



**COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA**

Chiara Minelli (*a cura di*)

CERTEZZA DEL DIRITTO E ORDINAMENTO CANONICO

**Percorsi di ricerca nel centenario
del Codice piobenedettino**

in memoria di

Maria Vismara Missiroli



G. Giappichelli Editore – Torino



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Nuova Serie – 8

Chiara Minelli (*a cura di*)

CERTEZZA DEL DIRITTO E ORDINAMENTO CANONICO

Percorsi di ricerca nel centenario
del Codice piobenedettino

in memoria di

Maria Vismara Missiroli



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1117-2

La pubblicazione di questo volume è stata subordinata alla valutazione positiva espressa su di esso da due docenti esterni anonimi, scelti dal Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia (nella sua qualità di Coordinatore pro-tempore della Collana) secondo il modello della "revisione fra pari in doppio cieco".

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia (Fondi Locali della Ricerca).

Composizione: Carla Degiacomi - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice-Sommario

	<i>pag.</i>
CHIARA MINELLI: <i>Maria Vismara Missiroli</i>	1
ALBERTO SCIUMÈ: <i>Il giurista e la certezza nell'aurora del terzo millennio: il ritorno della dialettica tra diritto e giustizia</i>	11
1. Dedicà e introduzione	11
2. La certezza del diritto nel suo divenire storico	17
3. Certezza <i>vs</i> interpretazione: dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge	19
4. Per una certezza del diritto nella stagione dell'incertezza	22
CHIARA MINELLI: <i>Diritto "certo" e diritto "vivo". Un itinerario canonistico</i>	25
1. Certezza giuridica e codificazione canonica	25
2. Il confronto tra Flavio Lopez de Oñate e Pio Fedele	33
3. La certezza del diritto "vivo"	49
STEFANO SOLIMANO: <i>«La codification est plus qu'un multiple de la loi». Spigolature sulla 'forma codice'</i>	65
CARLO FANTAPPIÈ: <i>Sistemi giuridici e certezza del diritto. Tre modelli per il diritto canonico</i>	75
1. Il problema	75
2. Il metodo	76
3. Il modello classico	78
4. Il modello tridentino	83

	<i>pag.</i>
5. Il modello codificatorio	85
6. Osservazioni conclusive	88
PATRICK VALDRINI: <i>La certezza giuridica nel diritto canonico</i>	91
1. Codificazione e certezza giuridica	92
2. Canoni a contenuto teologico e certezza giuridica	95
3. Applicazione del diritto e certezza giuridica	98
4. Governo e certezza giuridica	101
5. Potere discrezionale e certezza giuridica	104
PAOLO GROSSI: <i>Quale certezza per il diritto canonico?</i>	107

MARIA VISMARA MISSIROLI*

Chiara Minelli

Il mio primo incontro con Maria Vismara risale all'autunno del 1989.

Ero alle prese con la tesi di laurea che si inseriva nel solco di ricerca sulla codificazione canonica, tracciato nei suoi lineamenti essenziali fin dall'inizio degli anni ottanta da Giorgio Feliciani¹. Fedele a quella originale impostazione metodologica che era destinata a proiettare la canonistica nel terzo millennio con una consapevolezza nuova, ben fondata, circa la natura di quanto era accaduto nello snodo decisivo della codificazione, ero sommersa dalle carte inedite che mi avrebbero consentito la ricostruzione del processo di formazione delle norme piobenedettine sui parroci. Avevo bisogno di un confronto, o forse è meglio dire di un conforto, sulla esattezza della mia ricognizione e sulla solidità dell'impianto documentale sul quale avrei poi costruito il mio iter argomentativo: molti documenti risultavano privi di data, altri deteriorati e di difficile lettura, altri ancora quasi a dispetto della loro importanza saltavano fuori come fogli sparsi in mezzo a fascicoli omogenei dedicati ad altro. Giorgio Feliciani mi suggerì di rivolgermi a Maria e così feci. Ci incontrammo più volte e con un lavoro paziente e anche, direi, divertente, verificammo la ricostruzione temporale e sostanziale dei materiali che ci parve più realistica ed attendibile – usavamo la grande e accogliente tavola della sua cucina come base di un mosaico i cui tasselli si collocavano via via nella giusta sede, sotto gli occhi di sua figlia Caterina che, tra un compito e l'altro, sbirciava curiosa questo nuovo gioco.

Cosa nacque da quel primo incontro è impossibile dirlo, noi stesse non avremmo saputo dirlo nemmeno nei nostri ultimi dialoghi. Anzi avevamo l'acuta consapevolezza che i venticinque anni vissuti insieme non ci bastavano, non sarebbero mai bastati a dire tutto l'urto del cuore che condividevamo di fronte alle sfide della vita, nella sua drammatica ed evidente bellezza.

* Ricordo in occasione della Giornata di studi *Diritto e religioni. L'itinerario scientifico e accademico di Luciano Musselli*, Collegio Ghislieri, Pavia, 18 novembre 2016.

¹ G. FELICIANI, *Lineamenti di ricerca sulle origini della codificazione canonica vigente*, in *Annali dell'Università di Macerata. Studi in onore di Attilio Moroni*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 205-225.

E forse proprio per questo, non potrei mai tracciare il suo profilo accademico e scientifico se non dall'interno di quella virtù, alla portata di tutti eppure così rara, che abbiamo avuto la grazia di coltivare insieme; dall'interno della virtù dell'amicizia.

La sua vocazione agli studi giuridici matura in un ambiente familiare favorevolissimo. È la terza dei cinque figli di Giulio Vismara e di Lelia Marro, dai quali riceve un'educazione profondamente cattolica in cui vibra un'intelligenza della realtà originale, capace di cogliere la bellezza tanto nei particolari della vita quotidiana – dai panorami della natura, soprattutto durante le vacanze in montagna, al gusto per la lettura e per il gioco tra fratelli – quanto nelle grandi esperienze artistiche – dalla letteratura alla musica fino alle arti figurative cui i ragazzi Vismara venivano costantemente introdotti. Questa apertura alla totalità fiorisce nell'incontro con don Giussani, suo professore di religione nella quarta ginnasio al liceo Berchet di Milano. Alla promessa e ai frutti di questo incontro rimarrà fedele sempre, in un'appartenenza profonda e lieta alla vita della Chiesa.

L'interesse per il diritto nasce nel rapporto con il papà dal quale eredita innanzitutto l'amore per l'Università come luogo di alta educazione e di dialogo sempre possibile tra maestro e discepolo. Un dialogo, come dirà Paolo Grossi, sentito e vissuto nella sua essenza di «colloquio tra due animi», in cui «la voce del maestro ha un accesso esteriore alle orecchie del discepolo, ma ne ha uno più sottile, più segreto nell'interno del suo animo, dove non penetra forzatamente ma spontaneamente; ad essa, con un gesto di assoluta libertà egli dischiude la propria interiorità»². Forse nessuno meglio di Luciano Musselli, con il quale Maria visse una intensa consuetudine di rapporto, fatta di stima reciproca e di affezione sincera e profonda, avrebbe potuto testimoniare quanto la sua collega di sempre sapesse entrare nell'interiorità di ciascuno, studente o docente che fosse, quasi in punta di piedi, con una immedesimazione solidale che invitava a gioire di ogni frammento di bene, scoperto nella ricerca scientifica o nell'esperienza quotidiana e a ripartire fiduciosi nell'avventura del vivere, a qualunque punto ci si fosse arrestati, qualunque fosse la contraddizione patita.

Da Giulio Vismara apprende certamente anche il gusto per l'ordine giuridico, concepito nel suo intenso travaglio storico e percepito nella sua dimensione dinamica, nella sua intensità spirituale, in ultima istanza nella sua umanità. Ci fa bene ricordare a questo proposito la lezione di un altro grande giurista, Luigi Mengoni, che in una famosa lettera a Natalino Irti del 2002, dinanzi ai rischi sempre incombenti del normativismo puro dichiarò con franchezza: «perdita di spiritualità significa perdita di umani-

² E. BIANCHI, M. CACCIARI, I. DIONIGI, P. GROSSI, M. RECALCATI, B. SPINELLI, *Eredi. Ripensare i padri*, a cura di I. DIONIGI, Rizzoli, Milano, pp. 51-52.

tà. E se venisse meno l'umanità del diritto vorrebbe dire che ho sprecato la mia vita»³.

Forte di questa tradizione, che si corroborerà nel corso degli anni grazie al dialogo mai interrotto con il papà al quale farà compagnia costante, leggendogli i saggi più amati ed aiutandolo nelle ultime edizioni dei suoi libri, ed anche grazie all'amicizia con i numerosi allievi della feconda scuola paterna cui si sentirà sempre profondamente legata, Maria si iscrive alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano. Tuttavia, per una maggiore libertà, in considerazione della presenza di Giulio Vismara nell'ateneo milanese, si trasferisce all'Università di Pavia ove si laurea il 6 marzo 1974 discutendo una tesi di diritto canonico dal titolo *Natura e struttura del Sinodo dei vescovi*, relatore Tommaso Mauro.

Avvertiamo subito che l'attenzione alla dimensione sinodale resterà una costante del suo pensiero e del suo magistero tra gli studenti, come documenta la sua cura nella raccolta e nella pubblicazione de *I sinodi diocesani di Pio IX (1866-1878)*⁴ e l'attenzione dedicata a questa tematica ed alle sue implicazioni più significative soprattutto nell'assegnazione delle tesi di laurea ai suoi studenti migliori.

Dal 1° novembre 1974 è titolare di un assegno biennale di formazione scientifica e didattica presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia, gruppo materie pubblicistiche, e a decorrere dal 1° agosto 1980, viene inquadrata nel ruolo organico dei ricercatori con la qualifica di ricercatore confermato per il gruppo di discipline n. 6, insegnamento di Diritto canonico. In questi anni matura la collaborazione scientifica e didattica con Giorgio Feliciani che nel 1977 era succeduto a Tommaso Mauro.

Dal 1984 è cultore di diritto canonico, a fianco di Eugenio Corecco, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano e poco più tardi anche di diritto ecclesiastico, tornando a collaborare con Giorgio Feliciani che nel frattempo era stato chiamato nell'Ateneo di largo Gemelli. Nel 1995 viene nominata cultore dell'insegnamento di Storia e sistemi delle relazioni tra Stato e Chiesa nell'età moderna, impartito da Romeo Astorri, presso la Facoltà di Scienze politiche della medesima università.

Dall'anno accademico 1998/1999 al 2003/2004 accetta la titolarità dell'insegnamento di Diritto ecclesiastico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Brescia, nella consapevolezza crescente dell'importanza di un rilancio delle discipline che coltivava a Pavia con gran-

³ Lettera a suo tempo pubblicata per iniziativa di Natalino Irti destinatario della medesima in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2002, pp. 1155-1157, ora anche in L. MENGONI, *Metodo e teoria giuridica. Scritti I*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 52.

⁴ *I sinodi diocesani di Pio IX (1866-1878)*, a cura di M. VISMARA MISSIROLI, Herder, Roma, 1988.

de dedizione, insieme a Luciano Musselli. Una dedizione, cui non venne mai meno, fino agli ultimi giorni della sua vita, e che investiva uno a uno la vita intera dei suoi studenti pavesi e poi bresciani, i quali trovavano in lei un punto di riferimento sicuro anche nelle scelte delicate del post-laurea e perfino nelle sfide che la vita adulta dischiudeva loro passo dopo passo (dal matrimonio, alla nascita dei figli, al sorgere di problemi economici o di salute).

Dal 1981 è membro della *Consociatio internationalis studio iuris canonici promovendo*.

Collabora alla ricerca C.N.R., Comitato nazionale per le scienze giuridiche e politiche, «La codificazione del diritto canonico», di cui è responsabile Giorgio Feliciani, negli anni 1978-1980, occupandosi dei lavori preparatori al codice del 1917 relativi alla materia penale.

Negli anni 1987-89 partecipa alla ricerca della Unità operativa dell'Università cattolica per il progetto di ricerca «Nuova legislazione enti e beni ecclesiastici», responsabile dell'unità Giorgio Feliciani, responsabile nazionale Giovanni Barberini. Dal 1991 collabora con il «Centro studi sugli enti ecclesiastici e sugli altri enti senza fine di lucro» dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

Giudicata idonea nel concorso a professore associato, settore disciplinare IUS 11, 12C2 nel gennaio 2001, dal 1° ottobre 2001 è professore associato di diritto canonico presso l'Università di Pavia, dove ha tenuto anche il corso di Diritto ecclesiastico nell'a.a. 2001/2002.

Dal 2004 al 2010 è membro del Collegio dei Docenti del Dottorato di Ricerca in «Diritto Romano e Cultura Giuridica Europea», con sede amministrativa presso l'Università di Pavia; e dal 2010 è membro del Collegio dei Docenti del Dottorato di Ricerca in «Diritto Privato, Diritto Romano e Cultura Giuridica Europea», nella medesima sede.

Il 1° ottobre 2014 rassegna le dimissioni, per l'incalzare della malattia che l'aveva colpita nel 2010 e che vive fiduciosa e obbediente, accompagnata in modo speciale da Andrea, suo amatissimo sposo e da Caterina, divenuta mamma di Elena e Lorenzo, i suoi splendidi nipotini.

La sua produzione scientifica si caratterizza per la finezza e la trasparenza dello stile nel trattare questioni particolarmente delicate che le venivano via via affidate contando sulla sua sensibilità umana e accademica – penso a quel ricchissimo filone di ricerca di cui fu interlocutore privilegiato Francesco Margiotta Broglio e che culminerà nella pubblicazione in due tomi delle Lettere di Arturo Carlo Jemolo a Mario Falco⁵ – o nell'offri-

⁵ Oltre alla pubblicazione dell'imponente carteggio tra Arturo Carlo Jemolo e Mario Falco di cui si dirà immediatamente, appartengono a questo filone di ricerca altri saggi importanti, come M. VISMARA MISSIROLI, *Caro Falco. Lettere di Francesco Ruffini a Mario Falco (1906-1932)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/1993, pp. 229-290; Id., «*Pregiatissimo Professore*». *Ritratto di una carriera universitaria nella corrispondenza di Cesare Magni*

re un primo approccio a tematiche non ancora arate e che sperava di poter sviluppare a livello scientifico secondo tutte le implicazioni che vi aveva intraviste – penso allo studio del diritto penale o a quelli sui beni culturali di interesse religioso⁶ – ma che di fatto ebbero la loro vera ricaduta nel corso della sua attività didattica. Anche perché Maria aveva ben chiaro come la lezione fosse essa stessa «ricerca», un momento privilegiato della «ricerca di verità»⁷, tanto privilegiato da esigere tutta la responsabilità del docente e tutta la partecipazione del discente.

Sul primo versante, e cioè su quello delle ricerche dedicate ai protagonisti della cultura canonistica ed ecclesiasticistica novecentesca, non posso non ricordare l'intensità del lavoro previo all'attività strettamente scientifica nel quale Maria si implicava con grande serietà, investendo generosamente tutto il tempo necessario. Mi riferisco in particolare al rapporto che visse con la Signora Anna Marcella Falco. Un rapporto che divenne amichevole compagnia nel lungo arco di tempo dedicato all'acquisizione e al riordino del preziosissimo carteggio Jemolo-Falco poi suddiviso nelle due scansioni temporali che vanno rispettivamente dal 1910 al 1927 e dal 1928 al 1943⁸. Di quest'opera Francesco Margiotta Broglio, nella sua presentazione presso l'Università degli studi di Milano il 6 aprile 2011⁹, non

con Mario Falco e Arturo Carlo Jemolo, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/1995, pp. 255-282; ID., *Il diritto canonico nel quadro delle Facoltà di Giurisprudenza secondo D'Avack e Lombardía*, in *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico. Atti del Convegno Internazionale di Studi «La Scienza canonistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi e prospettive in D'Avack, Lombardía, Gismondi e Corecco»*, Roma, 13-16 novembre 1996, a cura di J.I. ARRIETA e G.P. MILANO, Libreria editrice vaticana, 1999, pp. 367-388; ID., *Cultura giuridica e vita civile nelle voci di un'altra Italia. Lettere di Croce, Gentile, Ruffini*, in *Nuova Antologia*, 2/2000, pp. 5-41; ID., *Dalle leggi «fasciste» alle leggi razziali nelle lettere di Jemolo*, in *Nuova Antologia*, 1/2006, pp. 57-81.

⁶ A quest'ultima area di ricerca vanno senz'altro ascritti i seguenti saggi: M. VISMARA MISSIROLI, *Codice dei beni culturali di interesse religioso. I. Normativa canonica*, Giuffrè, Milano, 1993; ID., *Codice dei beni culturali di interesse religioso*, a cura di M. RENNA, V.M. SESSA, M. VISMARA MISSIROLI, Giuffrè, Milano, 2003; ID., *I beni culturali di interesse religioso dall'Accordo del 1984 al Codice Urbani*, in «Iustitia», 2-3/2004, pp. 170-187.

⁷ L'esperienza didattica di Maria Vismara trova in queste parole di Paolo Grossi la sua lettura più vera e profonda: «Il modello (della lezione *tout court*, ndr.) è la lezione universitaria, dove didattica e ricerca si fondono, debbono fondersi; dove il didatta è (e non può non essere) uno scienziato, dove la lezione è frammento del suo farsi. L'aula universitaria è simbioticamente connessa allo scrittoio o al laboratorio del docente, ne è la naturale appendice, vincolando in modo inscindibile, necessario, lezione e ricerca. Ed è importante che la lezione non lasci mai il carattere salvante dell'essere ricerca», in E. BIANCHI, M. CACCIARI, I. DIONIGI, P. GROSSI, M. RECALCATI, B. SPINELLI, *Eredi. Ripensare i padri*, cit., pp. 53-54.

⁸ Ci si riferisce ai due volumi accolti nella prestigiosa Collana del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno dell'Università di Firenze: A.C. JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. I (1910-1927), a cura di MARIA VISMARA MISSIROLI, Giuffrè, Milano, 2005; A.C. JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. II (1928-1943), a cura di MARIA VISMARA MISSIROLI, Giuffrè, Milano, 2009.

⁹ Si trattò di un evento assai significativo, presieduto da Alessandro Albisetti, dell'Uni-

esità a riconoscere l'alto valore scientifico: le sole «inestimabili annotazioni»¹⁰ poste a corredo di quel materiale vasto e delicatissimo avrebbero integrato, a suo dire, una poderosa monografia. La lettura delle due introduzioni poi testimonia uno sguardo teso a cogliere «innanzitutto la personalità di colui che scrive, in tutti i suoi aspetti di carattere, di formazione, di cultura, di sentimenti e di affetti, di reazioni, di giudizi su avvenimenti, persone e scritti, di modalità di approccio all'insegnamento e alla ricerca scientifica, e al tempo stesso, la nascita, l'approfondimento, lo svolgimento di una amicizia che le lettere ampiamente documentano»¹¹, nella consapevolezza acuta e talvolta drammatica che «pubblicare quelle lettere significava scrivere un capitolo centrale della storia della cultura giuridica dell'Italia del Novecento ed anche tenendo conto di altre corrispondenze e della vasta rete di comuni amicizie dei due ecclesiasticisti (da Croce a Gentile, da Sraffa a Ruffini, dai Momigliano a Buonaiuti), una pagina non marginale della cultura e del pensiero del secolo scorso»¹².

Una analoga sensibilità era peraltro già emersa nella monografia dedicata a *Diritto canonico e scienze giuridiche. L'insegnamento del diritto della Chiesa nelle università italiane dall'unità al Vaticano II*, che le valse il titolo di professore associato. In essa l'autrice ripercorre il travaglio metodologico della scienza canonistica che conduce alla riattivazione dell'insegnamento in ambienti, come le Facoltà di Giurisprudenza del tempo, di chiaro orientamento positivista. Una rivisitazione che Maria visse come preziosa occasione di confronto tra modelli didattici, funzionale innanzitutto a quel travaglio continuo che accompagnava la preparazione dei suoi corsi¹³. Non solo, sentiva questo lavoro del tutto pertinente alla crisi odierna, alla quale guardava con lucidità e con una certa apprensione, senza mai però dubitare della possibilità di nuovi percorsi che riaprissero al diritto canonico le porte del grande dibattito giuridico.

Quanto ai temi che aveva abordato nella speranza di ulteriori sviluppi, non posso non ricordare la sua passione per il diritto penale che fiorisce nel primo studio organico del processo piobenedettino condiviso con Luciano Musselli, secondo la metodologia inaugurata da Giorgio Feliciani.

versità di Milano, cui intervennero Alberto Cavaglion, dell'Università di Firenze, Francesco Margiotta Broglio, dell'Università di Firenze e Alberto Sciumè, dell'Università di Brescia.

¹⁰ F. MARGIOTTA BROGLIO, *Premessa*, in A.C. JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. I (1910-1927), cit., p. XVII.

¹¹ M. VISMARA MISSIROLI, *Arturo Carlo Jemolo e Mario Falco (1910-1927)*, in A.C. JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. I (1910-1927), cit., p. 1.

¹² F. MARGIOTTA BROGLIO, *Premessa*, in A.C. JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. I (1910-1927), cit., p. V.

¹³ Particolarmente significativo in tal senso il «bilancio» tracciato nell'ultimo capitolo del volume, M. VISMARA MISSIROLI, *Diritto canonico e scienze giuridiche. L'insegnamento del diritto della Chiesa nelle Università italiane dall'unità al Vaticano II*, Cedam, Padova, 1998, pp. 183-216.

Di quel suo saggio, dedicato ai lavori preparatori dei canoni «de delictis» e «de poenis in genere», colpisce la linearità della ricostruzione della carte inedite, resa ancor più fruibile dalla tavola sinottica degli schemi che la correda¹⁴. Ed è proprio la rilettura delle carte secondo una scansione opportunamente verificata che lascia trasparire lo spessore critico del lavoro. Per esempio, all'autrice non sfugge come fosse proprio l'opzione iniziale dei consultori a favore di una definizione di delitto piuttosto ampia, comprensiva anche delle violazioni delle leggi penali di carattere colposo, a spingere poi la Commissione nel prosieguo dei lavori verso «una maggiore sensibilità nei confronti del principio *nullum crimen* e una chiara tendenza ad aumentare le cause che limitano o tolgono l'imputabilità»¹⁵. Le sembrava cioè che «il cardinal Gasparri e i suoi collaboratori dopo aver accettato contro le opinioni della migliore dottrina una definizione di delitto piuttosto ampia, avvertissero l'esigenza di limitare in qualche modo la possibilità di applicazione delle pene»¹⁶. Particolarmente stimolante, per i miei interessi scientifici, è poi quella notazione apparentemente marginale in cui si accenna alla scomparsa nello schema B, che l'autrice colloca tra il 1911 e il 1913, della norma relativa ai requisiti della «poena iusta»¹⁷. Innanzitutto essa si colloca nel solco di quella traiettoria che emergerà con chiarezza negli scavi successivi dedicati ad altre sezioni normative, segnatamente in quelli relativi al libro I del *Codex*, in cui il *Coetus* assume un orientamento decisamente pragmatico, ben sintetizzato nel brocardo «*omnis definitio periculosa in iure est*», al quale sovente ricorrono i consultori per motivare le loro opinioni nei più vari ambiti del processo in corso: costituisce dunque preziosa intuizione anticipatrice di quanto ora può considerarsi dato acquisito negli studi sulla codificazione piobenedettina. Sotto il profilo sostanziale, poi, merita una sottolineatura specifica il contenuto della previsione eliminata, la quale richiedeva, «*ut poena iusta sit*», che venisse rispettato il criterio della «*proportio inter delictum et poenam*»¹⁸. Il legislatore, consapevole senz'altro dell'ascrivibilità del sostantivo «*proportio*» all'ampio spettro semantico dell'attributo «*iusta*», sceglieva la via dell'implicito come del resto accadeva a livello delle *Normae Generales* proprio con riguardo a quella dimensione originale ed imprescindibile per la vita dell'ordinamento canonico che evocava più di ogni altra l'idea della proporzione: e cioè la *rationabilitas*¹⁹.

¹⁴ M. VISMARA MISSIROLI, L. MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Cedam, Padova, 1983, pp. 51-107.

¹⁵ *Ivi*, p. 49.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ivi*, p. 45.

¹⁸ *Ivi*, p. 74.

¹⁹ V. in proposito C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Giappichelli, Torino, 2015, segnatamente pp. 65-95, 120-143, 193-204.

Un cenno conclusivo meritano almeno altri due studi, forse meno noti. Il primo, pubblicato ne *Il Diritto ecclesiastico* del 1976 è uno scavo profondo e rigoroso della giurisprudenza matrimoniale, compulsata ad ampio raggio e corredata di un imponente apparato critico, sul problema dell'«error qualitatis» e del «dolus» nel consenso matrimoniale. Un saggio particolarmente felice nella sua apertura agli sviluppi che il diritto matrimoniale avrebbe di lì a poco conosciuto con la codificazione postconciliare²⁰.

E l'ultimo, anch'esso particolarmente consistente, pubblicato presso la rivista telematica *Stato, chiese e pluralismo confessionale* il 6 febbraio 2012 dal titolo *L'art. 27 ultimo capoverso del Concordato lateranense e la sua applicazione al santuario della Beata Vergine delle Grazie in Brescia* nel quale l'autrice mette a frutto la sua capacità di cogliere la rilevanza giuridica dell'espressione popolare della fede, ben documentata nelle vicende del santuario bresciano²¹.

Maria pare qui totalmente immedesimata nell'esperienza che è all'origine della realtà del Santuario e che ne assicura la permanenza nella storia: il pellegrinaggio. Il protagonista suggestivo delle sue conclusioni è non a caso il pellegrino. Nell'immagine felice che Maria trae dal magistero di Benedetto XVI, il pellegrino ha sempre davanti a sé una meta, costituita dal Santuario, come luogo privilegiato per «l'incontro con Dio per mezzo di Gesù Cristo, in cui tutte le nostre aspirazioni trovano risposta»²².

Chi ha avuto la fortuna di starle accanto, mano a mano che anche per Maria si avvicinava la meta, non ha potuto evitare una impressione grande e indicibile. Lei stessa si stupiva di questo, tanto che in uno dei nostri ultimi incontri mi chiese: «ma cosa mai vedete voi in me ... io so bene come sono le mie giornate ...».

Cosa vedevamo noi?

Lo lascio dire al genio umile e profondo di Ada Negri:

Mia giovinezza
 «Non t'ho perduta. Sei rimasta, in fondo
 all'essere. Sei tu, ma un'altra sei:
 senza fronda né fior, senza il lucente

²⁰ M. VISMARA MISSIROLI, *Il problema dell'«error qualitatis» e del «dolus» nel consenso matrimoniale nell'evoluzione della recente giurisprudenza canonica*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 87/II (1976), pp. 254-276.

²¹ M. VISMARA MISSIROLI, *L'art. 27 ultimo capoverso del Concordato lateranense e la sua applicazione al Santuario della B. Vergine delle Grazie in Brescia*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 6 febbraio 2012, pp. 1-45.

²² BENEDETTO XVI, *Messaggio a Mons. AM. Vegliò e mons. J. Barrio Barrio, in occasione del II Congresso mondiale di Pastorale dei Pellegrinaggi e Santuari (Santiago 27-30 settembre 2010)*, 8 settembre 2010, in M. VISMARA MISSIROLI, *L'art. 27 ultimo capoverso del Concordato lateranense e la sua applicazione al santuario della Beata Vergine delle Grazie in Brescia*, cit., p. 44.

riso che avevi al tempo che non torna,
senza quel canto. Un'altra sei, più bella.
Ami, e non pensi essere amata;
ad ogni
fiore che sboccia o frutto che rosseggia
o pargolo che nasce, al Dio dei campi
e delle stirpi rendi grazie in cuore»²³.

Di questo sguardo puro e gratuito che ci hai regalato fino all'ultimo respiro non finiremo mai di ringraziarti, Maria.

²³ A. NEGRI, *Mia giovinezza*, Rizzoli, Milano, 1995, p. 78.

IL GIURISTA E LA CERTEZZA NELL'AURORA DEL TERZO MILLENNIO: IL RITORNO DELLA DIALETTICA TRA DIRITTO E GIUSTIZIA

Alberto Sciumè

SOMMARIO: 1. Dedicà e introduzione. – 2. La certezza del diritto nel suo divenire storico. – 3. Certezza vs interpretazione: dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge. – 4. Per una certezza del diritto nella stagione dell'incertezza.

1. *Dedicà e introduzione*

Il volume che qui si pubblica nella collana del Dipartimento di Giurisprudenza raccoglie una serie di scritti che costituisce lo sviluppo di un Convegno di studi promosso a Brescia, per ricordare la ricorrenza del trentesimo anniversario dell'emanazione del *Codex Iuris Canonici* vigente. La decisione di aprire uno spazio di riflessione su «Certezza del diritto e codificazione canonica» (questo il titolo dell'incontro di allora) e di collocarlo nell'ambito dei corsi di diritto canonico e di diritto ecclesiastico nasceva dalla consapevolezza che le istanze di rinnovamento dominanti gli snodi della legislazione canonica novecentesca toccassero in misura non irrilevante uno dei nervi scoperti della cultura giuridica contemporanea. Pur trattandosi di un tema spesso solo «presupposto», «talora accantonato» e «altra volta scongiurato», è difficile negare che anche oggi «la certezza del diritto continui ad essere al centro del discorso dei giuristi»¹. Si profilava così la possibilità di un incontro interdisciplinare di ampio respiro, ed i relatori di allora, Carlo Fantappiè, Paolo Grossi, Stefano Solimano e Patrick Valdrini, non si sottrassero al compito di affrontare coraggiosamente il tema, onorando con la loro presenza un'aula gremita di studenti e non pochi colleghi convenuti.

Tra loro vi era anche Maria Vismara.

Pur sapendola provata dall'incedere della malattia, nessuno di noi im-

¹ G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 8.

maginava che sarebbe stata la sua ultima comparsa ad un evento scientifico/accademico: allora non pareva neppure concepibile che fosse possibile fare a meno di quella tenace capacità costruttiva, che aveva contribuito in modo determinante al radicamento delle discipline ecclesiasticistiche e canonistiche nel contesto bresciano. A coloro, poi, che come me ne erano stati compagni di studi universitari ed amici di lunga durata, la solida presenza di Maria e la sua umile e ridente discrezione si erano rese compagna inconfondibile delle nostre vite.

La sua scomparsa, avvenuta prematuramente il 30 agosto 2015, ha contribuito non poco a riprendere il filo dei tanti pensieri condivisi in quel dialogo oramai lontano, ai quali però la nuova ricorrenza, questa volta dell'anno centenario della codificazione piobenedettina, attribuisce valore confermativo della loro perdurante attualità. Del resto è a Maria che si deve il primo decisivo affondo nella comprensione dell'esperienza codificatoria attraverso lo studio delle carte inedite relative ad una specifica sezione del *Codex Iuris Canonici* promulgato nel 1917.

Alla nostra amica dunque sono dedicati i saggi che marcano l'approfondirsi, secondo angoli prospettici differenziati, dei percorsi di ricerca allora intrapresi, insieme alle pagine di Paolo Grossi che, in pieno e cordiale accordo con il loro autore, riproducono le conclusioni di quell'incontro così come Maria ebbe ad apprezzarle, nella gratitudine di cui i suoi ultimi giorni erano meravigliosamente intessuti.

* * *

Nel 1951 Norberto Bobbio ebbe a definire la certezza del diritto come «un elemento intrinseco al diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto»². Nel 2017 possiamo considerare ancora valida e pienamente coerente con la nostra contemporaneità questa definizione? Nel dibattito attuale si sta infatti affermando una concezione del diritto che sembra avere abbandonato la tradizionale architettura dogmatica ed ermeneutica, trovando più solido ancoraggio in una visione, opposta a quella entro la quale la formula di Bobbio trovava logica collocazione ed immediatezza di significato, di sostanziale «incertezza». Così Nicolò Lipari l'anno addietro constatava come «il principio di ragionevolezza [avesse] soppiantato ogni modo di argomentare in chiave di deduttività» e fosse divenuto «l'unico in grado di consentire una interpretazione storica dei valori costituzionali», anche in considerazione del fatto che nella stagione d'incertezza, si assisteva alla «eclissi del principio della certezza del diritto cui la stagione del positivismo era tenacemente ancorata»³. Tale diversa congiuntura trova la

² N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1/1951, p. 150.

³ N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Jus civile*, 4/2016, p. 298.

sua genesi nella pluralità delle fonti e conforto nella flessibilità dei loro meccanismi di funzionamento e nella conseguente opinabilità degli esiti.

Il giurista, tanto più quello che sia anche storico del diritto, come il sottoscritto, non può provare sconforto davanti a simile mutamento di orizzonte. Si interroga invece sulle ragioni del cambiamento e guarda ad esso cercando di coglierne gli elementi costruttivi piuttosto che i fattori disgreganti, che, se presenti (e certamente ve ne sono), possono costituire anch'essi una preziosa indicazione di inadeguatezza del sistema (sistema entro il quale egli si è certamente formato) a rispondere ad una domanda di significato delle regole. Appare prepotente infatti la richiesta di individuare le ragioni della loro configurazione, oltre e forse prima di apprenderne il loro funzionamento. In altri termini l'incertezza del diritto è forse da porre in relazione, oggi, ad una rinnovata richiesta di dove e quale sia la giustizia di cui esso costituisce (necessaria) declinazione. Si tratta infatti di una «[...] domanda di giustizia che il nostro tempo avverte con particolare intensità»⁴. Di fronte a tale domanda, è pur vero che «Il problema consiste nel verificare – ed è inevitabile farlo attraverso le tecniche dell'argomentazione persuasiva – quale spazio debba di volta in volta essere riconosciuto al giudice in questo processo di adeguamento del testo (legislativo o contrattuale) al contesto» e che quella domanda «si colora inevitabilmente di significati diversi, storicamente contingenti» sì da rendere evidente «la difficoltà di assegnare un significato univoco al termine giustizia»⁵; di fronte a simile istanza il giurista deve tuttavia mantenere la consapevolezza che la relazione tra diritto e giustizia comporta un'ultima irriducibilità della seconda al primo, sì da essere dotata di una carica di irriducibilità definitiva all'ordine giuridico positivo, per acquartierarsi invece fra i desideri che contrassegnano l'uomo in quanto uomo. Lungi dallo spingere il giurista a lasciare il campo a frequentatori di altre aree del sapere, l'eccedenza che contraddistingue il rapporto tra diritto e giustizia lo spinge ad entrare con decisione nel campo ove si consuma, talora in modo impetuoso, la vicenda di dare risposta alle istanze fondamentali della persona. Si tratta del resto di assumere con responsabilità il compito che Adriano Cavanna assegnava al giurista poco più di un decennio fa: lavorare «disinteressatamente per il diritto, per costruire un diritto positivo [...] più umanamente possibile prossimo alla giustizia [...] Ed è giustizia tutto ciò che è ordinato alla crescita della persona umana»⁶.

È stato sottolineato di recente, attraverso un acuto richiamo alle riflessioni di Theodor Viehweg, che «[...] il giurista e, segnatamente, il civili-

⁴ N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Editoriale Scientifica, s.l., ma Napoli, 2016, p. 8.

⁵ *Ibidem*.

⁶ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Giuffrè, Milano, 2005, p. 9.

sta», oggi, sono posti «al cospetto del cuore stesso di quella dialettica imperitura – metodologica, argomentativa, ma prima ancora normativa nel senso più lato del termine – tra problema e sistema e, dunque, tra giustizia e certezza, con cui, inevitabilmente, finisce per confrontarsi la tematizzazione del concetto stesso di diritto»⁷.

L'inizio del terzo millennio costituisce senza dubbio per il mondo occidentale e non solo per esso un periodo in cui la stagione della modernità giuridica che aveva caratterizzato il secolo ventesimo, in particolare il secondo cinquantennio, appare in evidente e profonda crisi. Come ha segnalato Paolo Grossi, oggi stiamo vivendo «un momento di lenta transizione, che ha cominciato a profilarsi già nell'ultimo scorcio del secolo XIX, ha percorso tutto il Novecento crescendo costantemente e non ha visto ancora il suo termine. Ed è veramente crisi nel suo significato più pregnante: passaggio, passaggio dalla modernità a un tempo profondamente diverso, che possiamo contentarci di chiamare pos-moderno, paghi di aver segnalato con questo generico aggettivo il suo distacco dai caratteri del tempo precedente»⁸.

In effetti, nel percorso seguito dal diritto fra Otto e Novecento, il sistema delle regole disegnato dall'Illuminismo giuridico e dall'azione della Rivoluzione francese (naturalmente semplifichiamo al massimo questa aspetto della ricostruzione che veniamo compiendo in modo del tutto sommario) si è progressivamente e programmaticamente distaccato dal soggetto antropologico sottostante, distacco la cui rappresentazione più efficace resta in fondo pur sempre quella della definizione dei caratteri fondamentali della norma (ossia della regola giuridica per eccellenza nel paradigma della modernità) in termini di generalità ed astrattezza; requisiti, questi, che postulano la lontananza, la separazione dal soggetto del diritto e la ricostruzione del suo profilo in termini altrettanto astratti ed ipostatizzati, un soggetto concepito uguale perché deprivato, in sede di attribuzione originaria dei diritti fondamentali, delle qualità storiche la cui concretezza costituiva un dato marginale per il giurista, un'area di semplice applicazione di un diritto generato, costruito, altrove.

Questo metodo di costruzione e ricostruzione del diritto (questa politica del diritto, dunque) ha finito con il collocare la regola giuridica (una regola che, tuttavia, ha avuto la funzione di cinghia trainante sull'intero sistema del dovere essere dell'uomo contemporaneo) alle spalle del concreto soggetto di diritto fino a farla diventare un apparato che ricopre la carne della sua storicità ed a sovrapporsi alla sua pelle, quasi un esoscheletro dunque, applicato all'uomo contemporaneo. È un'immagine che, attraverso

⁷ M. MARTINO, *La topica, il sistema e il diritto globalizzato: a cinquant'anni dalla pubblicazione italiana di Topik und Jurisprudenz*, in *Rivista di diritto civile*, LIX (2013), p. 1490.

⁸ P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, http://www.lincedi.it/files/convegni/840_allegatouno.pdf, p. 25.

so il linguaggio della tecnica, evoca alla nostra immaginazione la similitudine fra la lotta fra esoscheletri, gusci vuoti privi, all'interno, di un corpo che li guidi che costituisce il tema dominante di una pellicola apparsa nei cinema qualche anno fa (mi riferisco a "Iron Man 3") ed il confronto sul terreno delle relazioni sociali (favorito, tra l'altro, dalla spinta della virtualità delle relazioni) fra regole astratte che, come gli esoscheletri del film, si presentano separate dal soggetto storico, concreto.

Non è perciò un caso che la fase attuale dell'esperienza politica degli stati contemporanei (almeno di quelli dell'Occidente europeo) sia caratterizzata da una profonda revisione dei canoni novecenteschi della certezza del diritto, che sia in atto un confronto vivacissimo sul primato della sovranità (non solo dello Stato) e che contemporaneamente torni a farsi prepotente un'esigenza di giustizia che la dimensione esoscheletrica delle regole non appare in grado di soddisfare. In un'opera del 1989, Norberto Bobbio ebbe a ricordare che «La maggior parte dei diritti sociali è rimasta sulla carta», mentre all'opposto «si può realisticamente affermare che [tutti] sono eguali nel godimento delle libertà negative»⁹. Quella che oggi si presenta a noi è, a ben vedere, una sovranità attenuata, per così dire 'impura', dello stato contemporaneo uscito dalle ceneri della seconda guerra mondiale. La purezza, «essenziale nota della modernità», come pochi anni addietro è stata qualificata finemente¹⁰, viene oggi messa alla prova, nel mondo del diritto, da una complessità del sistema delle fonti, nel quale non solo è venuto meno «il punto fermo della competenza generale della legge statale»¹¹ a seguito della proliferazione di norme internazionali di origine pattizia, ma (certamente sotto l'influsso di questa pluralità conclamata delle fonti) si è anche diffuso un processo di interazione fra regola e circostanza di fatto in ragione del quale il diritto viene sempre più spesso frammentato in una "regola del caso" in cui, tuttavia – è alla riflessione di Roberto Bin che mi richiamo – «i "casi" [...] non sono gli "eventi" che si producono nel mondo reale, ma le ricostruzioni che l'interprete ne fa attraverso la qualificazione [...]. Il che significa che la regola del caso fissa il "punto di diritto"; ma non si tratta di un punto geometrico, per definizione indivisibile [...], bensì di un "punto materiale", che ha una propria massa e può ulteriormente suddividersi assumendo un maggior grado di definizione, ossia "distinguendo"»¹².

⁹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2005², p. XX.

¹⁰ N. IRTI, *Violenza 'conforme alla legge' (da un carteggio fra Einstein e Freud)*, in *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 4 (2013), p. 3.

¹¹ Così R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere I. Delle fonti del diritto*, Estratto, Jovene, Napoli, 2009, p. 35.

¹² *Ibidem*, p. 57.

La prospettiva formalistica ha così progressivamente ceduto il passo ad una prospettiva realistica di sviluppo del diritto e dell'interpretazione. Ne consegue una netta prevalenza della qualificazione del diritto come esperienza: al giurista di oggi, perciò, «appare più corretto e meno ambiguo svincolarsi dalla rigidità di un criterio definitorio ed assumere invece, quale essenziale postulato metodologico, il riferimento al concetto di esperienza giuridica, nella quale dialetticamente si saldano la dimensione soggettiva e quella oggettiva, l'apparente staticità degli assetti istituzionali con la variabilità storica dei loro protagonisti, le sedimentazioni della tradizione con le prospettive evolutive di un futuro atteso o temuto»¹³.

Guardare oggi al tema della certezza del diritto richiede innanzitutto acquisire la consapevolezza della necessità di accostarvisi collocandosi tanto su di un piano sincronico quanto su di un piano diacronico e di scostarsi dalla preoccupazione di isolare un unico concetto guida per orientarsi piuttosto ad identificare una molteplicità di profili carichi di complessità ed a volte di ambiguità, destinati ad intrecciarsi l'uno con l'altro e difficilmente studiabili separatamente gli uni dagli altri: la varietà dei punti di vista a partire dai quali è non solo possibile ma oggi del tutto legittimo e ragionevole aggredire le questioni che la materia della certezza propone dà ragione della complessa articolazione comparatistica e della preoccupazione di guardare in modo attento al significato che a via via, nel tempo, è stato attribuito alla locuzione dai giuristi e dai teorici del pensiero giuridico di ogni epoca. Così, con la locuzione «sono stati identificati, di volta in volta, la stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo, l'efficacia dell'ordinamento, l'osservanza delle norme giuridiche da parte dei destinatari delle stesse, l'accessibilità delle prescrizioni alla conoscenza degli interessati, l'effettiva cognizione del diritto da parte dei consociati, l'univocità delle qualificazioni giuridiche, la possibilità di prevedere l'intervento degli organi giuridici di applicazione e di esecuzione, la prevedibilità del contenuto delle decisioni del giudice, l'inviolabilità dei diritti quesiti, la conformità del diritto a standard di giustizia, l'artificiosa certificazione dei fatti o degli atti da parte dell'ordinamento giuridico, la presenza nel sistema giuridico di alcuni istituti specifici, quali, ad esempio, l'irretroattività della legge, il principio di legalità, la separazione dei poteri e la distinzione delle funzioni pubbliche»¹⁴.

La nozione di certezza del diritto ha perciò assunto, nel tempo, diverse connotazioni concettuali, che costituiscono il riflesso di altrettante accezioni messe a fuoco nelle riflessioni condotte sulla questione.

¹³ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 7.

¹⁴ S. BERTEA, *La concezione della certezza del diritto presso alcuni interpreti del dibattito teorico giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXI (2001), pp. 131-164. Si rimanda anche a G. GOMETS, *Indici di certezza giuridica*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 12 (2012), pp. 309-343.

2. La certezza del diritto nel suo divenire storico

L'odierno dibattito attorno alla "fissità del diritto" (così Zagrebelsky) rivela anzi la persistente consistenza delle diverse interpretazioni e connotazioni che a mano a mano si sono stratificate fino ad oggi.

Sicuramente la individuazione di cosa si debba intendere per certezza del diritto ha rappresentato un percorso intellettuale che, nel diritto moderno, ha recuperato la puntualizzazione operata da Cicerone sulla certezza quale caratteristica intrinseca, tratto essenziale e costitutivo del diritto stesso (e, diciamo pure, della stessa liceità del potere): «de illo autem quem penes est omnis potestas, nihil video quod timeam, nisi quod omnia sunt incerta cum a iure discessum est»¹⁵, ovvero la via della certezza è quella del diritto e non vi è nulla da temere nell'esercizio del potere se questo è retto dal diritto; in caso contrario, domina l'incertezza e l'insicurezza, e il potere si trasforma in dispotismo.

Del resto, è pensiero largamente condiviso come sia nel pensiero giuridico moderno che il principio di certezza del diritto si afferma come verità dogmatica: «si tratta di un principio essenziale per questa civiltà, che ha, alla sua base, uno stretto legame fra Stato e produzione giuridica e identifica il diritto nella manifestazione di volontà del potere politico, cioè nella legge. Si tratta, dunque, di certezza della legge, condizione perché si possa pretendere l'obbedienza ai comandi in essa contenuti»¹⁶.

La certezza, quale noi conosciamo se non nell'oggi quanto meno nel tempo di ieri, ha davvero un'anima giuspositivistica e si qualifica come prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti degli individui; l'azione certa del diritto diventa un principio di civiltà giuridica secondo il quale i singoli debbono sapere in anticipo, per potersi regolare di conseguenza, quali siano i comportamenti giuridicamente leciti e quali i comportamenti giuridicamente illeciti, quali gli interessi protetti dal diritto e quali gli interessi non protetti. Conoscibilità e prevedibilità sono la sintesi di questo atteggiamento verso il diritto e tutto il pensiero giusnaturalistico moderno appare percorso dall'esigenza di garantire gli individui, uguali in forza della legge di natura, da qualsiasi possibilità di arbitrio: si garantisce perciò un diritto certo e universale quando «si dispensa la giustizia e si decide intorno ai diritti dei sudditi con leggi promulgate e fisse e giudici autorizzati e conosciuti. Gli uomini rimettono tutto il loro potere naturale alla società in cui entrano con la fiducia che saranno governati da leggi dichiarate, altrimenti la pace e la tranquillità

¹⁵ CICERONE, *Epistolae – Ad familiares*, Libro 9, Epistola 16, 46 a.C.

¹⁶ P. GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giustizia civile: rivista bimestrale di giurisprudenza e dottrina*, 4/2014, p. 921.

e le proprietà rimarranno nella medesima incertezza in cui si trovavano allo stato di natura»¹⁷.

Nel quadro del diritto europeo contemporaneo, la certezza del diritto è quindi conoscibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche dei comportamenti individuali, basata esclusivamente sulla conoscenza (presunta, in virtù dell'appartenenza ad una determinata comunità giuridica) dei contenuti delle norme del diritto. Così concepita, la certezza diviene parte della definizione dello stesso diritto e un carattere a tal punto necessario degli ordinamenti giuridici da differenziarlo da altri sistemi normativi, come la morale e il costume. Ciò implica che la visione liberale dell'ordinamento giuridico lo individui come insieme di norme, facilmente identificabili e conoscibili da parte dei destinatari e applicate fedelmente ai casi particolari¹⁸. Un sistema giuridico limitato a norme chiaramente identificabili e conoscibili e l'applicabilità diretta di tali norme ai casi particolari definiscono pertanto la "certezza del diritto" come possibilità di prevedere con esattezza gli effetti giuridici dei comportamenti degli individui sulla base della sola conoscenza delle regole generali ed astratte.

È bene ricordare che, a seguito del progressivo indebolimento dei principi propri della matrice ottocentesca del positivismo, gli orientamenti normativistici affermatasi con decisione alla metà del secolo scorso produssero una diversa configurazione dell'elemento della certezza fino a renderlo un aspetto eventuale del diritto positivo anziché un carattere dei concreti sistemi giuridici. Per Kelsen, la certezza del diritto dipende dalla struttura piramidale dell'ordinamento giuridico che produce norme a partire dalle fondamentali fino a quelle particolari in una relazione a cascata di fedeltà tra i diversi gradi delle fonti¹⁹.

Vi è chi ha osservato che la posizione quasi estrema di Kelsen si sia rivelata però ben presto chiaramente illusoria perché carica di una implicita e vana speranza che «dalle norme scritte si possa ricavare la soluzione di ogni problema concreto, quasi che si trattasse di estrarre da un deposito contenuti performati, mediante un'attività di scavo simile a quella dei minatori»²⁰.

¹⁷ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, par. 136, Utet, Torino, 1960.

¹⁸ «Per lo Stato liberale classico, dunque, la legge formale costituisce la fonte suprema del diritto e gli ordinamenti normativi possono facilmente presentarsi come chiusi, completi e coerenti perché basati su regole univoche e chiare, oltre che poche (tratto caro alla ideologia della Rivoluzione francese come ripreso in più occasioni da Voltaire) e, quindi, facilmente accessibili da parte dei destinatari e meccanicamente applicabili ai casi particolari nelle decisioni giuridiche senza sforzi interpretativi». Così F. SCARPINO, *Certezza e incertezza del diritto*, 2016.

¹⁹ In particolare, H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, p. 131.

²⁰ G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, p. 2.

I tempi danno senz'altro ragione di simile lettura: a mano a mano che le società passano da una fase di relativa stabilità ad una di movimento progressivamente accelerato e si caratterizzano così per la predominanza di grandi mutamenti e di rapide trasformazioni, la legge così concepita come astratta e generale è destinata a perdere la centralità che la visione normativista impone. In un orizzonte segnato dal tramonto del mito della completezza dell'ordinamento giuridico l'attribuzione di un ruolo più o meno creativo ad un giudice che interpreti invece che dedurre sembra la via di uscita.

3. *Certezza vs interpretazione: dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge*

Molto cambia nell'attuale momento storico (oggi qualificato post-moderno, in attesa che gli storici di domani formulino una loro propria definizione), in cui è venuto meno il protagonismo giuridico dello Stato e si viene con il riscoprire la dimensione naturale del vincolo fra diritto e società, con i corollari dell'abbandono del monismo giuridico statale e dell'affermazione di un sempre più ampio pluralismo: pluralismo di fonti e pluralismo di destinatari. L'odierno diritto ci appare sempre meno legale e sempre più affidato per buona parte alla interpretazione giudiziale e dottrinale mentre, a livello globale, prassi e consuetudini contano sempre di più. «È uno sviluppo post-moderno, che si può constatare nel riferimento costante a dei principii, viziati forse di indefinitezza ma anche duttili, elasticamente disponibili a tener dietro al mutamento profondo e rapido di questi ultimi decenni. Se la legge deve essere solo obbedita, il principio deve – al contrario – essere interpretato. Come si accennava più sopra, interpretazione e interpreti trionfano oggi, riproponendo in modo sensibilmente diverso il problema della moderna certezza del diritto»²¹.

Al capovolgimento del rapporto tra norme e principii (in virtù del quale è dal sistema delle norme, colte però in azione e non prefigurate astrattamente, che è possibile ricavare principii generali di diritto, la cui estensione subisce oramai forti limitazioni in termini di tempo e di spazio) fa seguito l'affermarsi della centralità dell'uomo di legge rispetto alla legge stessa²². Il dibattito attuale appare perciò fortemente influenzato dalla ca-

²¹ P. GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, cit., pp. 921-922.

²² «Ci era stato insegnato che i principii generali del diritto (quelli che l'art. 12 delle preleggi indicava come valvola di chiusura del procedimento interpretativo) si ricavassero, per astrazione o per sintesi, dal sistema delle norme. Oggi i giudici hanno invertito il procedimento: affermano che sono le norme, ancorché non dettate, a ricavarsi dai principii. Primo fra tutti il principio di ragionevolezza, che, nel momento stesso in cui entra come criterio

pacità interpretativa del diritto da parte di chi è chiamato a far applicare le norme. Se da un lato è presente un orientamento oramai consolidato che al bisogno di certezza affianca una altrettanto significativa esigenza di dare intenso rilievo alla tutela integrale delle singole posizioni soggettive, dall'altro lato il nucleo concettuale della stessa certezza tende a saldarsi ai processi di interpretazione e di argomentazione a cui molti riconoscono un ruolo essenziale nella determinazione dell'identità stessa del diritto, così deprimendo all'estremo quella connotazione di predittività propria del pensiero giuspositivista, lapidariamente fissata dalla frase di Bobbio dalla quale abbiamo preso le mosse e costantemente ribadita dal filosofo del diritto: «l'esigenza della certezza del diritto fa sì che il giurista debba rinunciare ad ogni contributo creativo nell'interpretazione della legge, per limitarsi semplicemente a rendere esplicito attraverso un procedimento logico (sillogismo) ciò che è già implicitamente stabilito nella legge»²³.

Prima di essere oggetto di discussione o di critica, la figura di un "giurista applicatore", calcolatore di sillogismi, un giurista che elabori risposte già contenute nelle premesse da sviluppare, è contraddetta da una realtà che oggi appare muoversi verso direzioni sensibilmente lontane dai postulati positivisti e da quelli normativisti. Del resto, è ancora Paolo Grossi a mettere in guardia dal rischio di un umiliante *status subiectionis* del giurista: «temiamo cioè l'inquinamento – che sarebbe tale – di una nozione della interpretazione come attività puramente logica e dell'interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che constatiamo ancora dominante presso tanti giuristi beatamente e beatamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di stretta legalità e l'immagine dello *iudex* come *servus legis*, che la propaganda giuridica borghese da due secoli ha loro instillato nel cervello»²⁴.

È ben vero, peraltro, che il grado di complessità raggiunto dalle azioni volte al corretto funzionamento dei meccanismi che assicurano la piena ed efficace operatività del diritto è effettivamente sotto gli occhi di tutti: nell'applicazione dei principi costituzionali l'interpretazione – dovuta a mutate circostanze economico-finanziarie contingenti – deve infatti contenersi entro una banda di oscillazione difficile da tratteggiarsi *ex ante* con precisione. Norme non direttamente in contrasto con il dettato costituzionale possono presentare un superamento della soglia minima che non coincide necessariamente con la totale negazione del diritto ma che diventano effettivamente erosive della consistenza minima costituzionalmente

principe nello strumentario del giurista, sovverte lo schema nomologico-deduttivo e riconduce la giustificazione del modello giuridico ad un criterio di socialità. Il diritto finisce per riscoprire la sua socialità e si libera dalla genericità delle vecchie formule, ma tutto ciò non accade in maniera indolore». N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza*, cit., pp. 295-305.

²³ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, p. 74.

²⁴ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 163.

accettabile. «Dove porre l'asticella? La risposta è legata alla potestà degli organi di garanzia (Corte Costituzionale *in primis*) di ritenere 'abuso' della libertà di scelta del legislatore il superamento del nucleo essenziale di un principio da parte del legislatore, pur senza la negazione esplicita del principio stesso»²⁵.

Più in generale, possiamo dire di essere passati dalla consolidata struttura di un diritto consegnato ad un sistema di enunciati, alla mobile, ma storicamente viva, realtà di un diritto che si articola in una molteplicità di situazioni giuridiche, in grado di generare vicende, esiti, effetti, la effettività giuridica dei quali è soggetta alla prova di resistenza della loro capacità di sostenere positivamente l'esperienza. Dottrina e giurisprudenza non sono chiamate a leggere testi e a confrontarsi tra loro sulle modalità di quella lettura, ma ad analizzare contesti nella asprezza delle loro tensioni, ma anche nella aspirazione a ricercare un punto di equilibrio. «Questa trasformazione implica una palese assunzione di responsabilità politica da parte del giurista. Una responsabilità che non si circoscrive ad una limitata *élite* di operatori del diritto, ma che investe l'intera società, la quale – se pur in forma indiretta – è partecipe alla definizione della norma giuridica perché la norma, per essere adeguata alla regolamentazione del contesto sociale per il quale è proposta, non può disattendere le aspirazioni, i valori, gli interessi ivi operanti»²⁶.

Persino nei progressivi mutamenti delle leggi costituzionali, oltre a tutti gli altri ambiti dell'ordinamento giuridico, risulta evidente che le norme vengono sì definite e modificate per via legislativa ma sono il risultato dell'intreccio tra chi le produce, chi ne verifica la legittimità costituzionale e chi, applicandole, le interpreta. Il profilo del giurista assume, pertanto, una caratterizzazione poliedrica e diversificata, non più identificabile come una semplice applicazione statica di norme codificate. L'applicazione delle norme ad opera dell'interprete assume la veste di una creazione e avviene così, quasi inevitabilmente, una forma di concorso al processo di produzione normativa. Inevitabile allora che la certezza del diritto subisca, anch'essa, una metamorfosi a produrre la quale, a differenza del passato, giocano un ruolo decisivo gli intrecci complessi tra istituzioni e società, tra idee e costumi che trasmettono ad essa la dinamica e la vitalità che le anima: sono da leggere anche con l'assunzione di simile angolo prospettico alcune sentenze interpretative in ambiti che potremmo chiamare *life sensitive* (*stepchild adoption*, unioni civili, morte assistita, ...), che abbiamo visto suscitare un dibattito intensissimo nell'opinione pubblica italiana e sono destinate a lasciare una traccia ed un'incidenza notevole sulle successive discussioni e sulle delibere che il legislatore andrà ad assume-

²⁵ G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, cit., p. 7.

²⁶ M. COSSUTTA, *Digressioni sul diritto fra libertà e sicurezza*, in *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, VIII, 1/2016, p. 108.

re²⁷, tanto quanto sulle istituzioni e sui gruppi sociali all'interno dei quali, pure, sono state suscitate.

4. *Per una certezza del diritto nella stagione dell'incertezza*

Una breve riflessione conclusiva alla luce di questo raccolto grappolo di considerazioni.

Nell'attuale instabilità ordinamentale e nella presenza di eterogenei modelli culturali e giuridici di organizzazione delle relazioni fra società e diritto, accanto alla caratteristica del tutto positiva di un nuovo irrompere dell'esperienza quotidiana della persona all'interno dell'orizzonte della pluralità normativa che attraversa le nostre fragili ed insieme incredibilmente persistenti forme di organizzazione istituzionale, sembra presente una contraddizione di fondo tanto nella elaborazione teorica quanto nella applicazione giurisprudenziale. Da un lato infatti assistiamo all'affermazione ed al consolidarsi di un diritto che pretende di farsi interprete dei mutamenti in atto nella società, mentre dall'altro il giurista resta ancorato ad un uso degli strumenti di organizzazione della giustizia espressione di paradigmi di segno formalista che orientano il diritto verso il mantenimento di un persistente ruolo di relativa staticità e che agevolano un impiego di quello stesso diritto in senso strumentale a forme di conservazione del potere, da chiunque sia detenuto.

Il superamento di simile dicotomia che permetta di svuotarla di ogni forza distruttiva della società civile, può avvenire solo attraverso l'affermazione di una certezza che non si ponga come parametro statico ed immutabile di un diritto reso oramai elastico dalle circostanze, ma che, al contrario, si proponga piuttosto quale strumento di affermazione di un civile «diritto alla certezza», mediante il quale la soluzione giuridica presente nella concreta fattispecie divenga espressione dell'impiego di una procedura argomentativa che, abbandonata ogni residua concezione di un diritto asettico, sia invece pienamente atta a dimostrare che quella soluzione sia riconoscibile come legittima e non arbitraria, in quanto inclusa in un diritto orientato alla realizzazione di un ideale di giustizia condiviso. Questo va sottolineato con chiarezza: la presenza di tale ideale di giustizia è essenziale al buon funzionamento del sistema (inteso quale apparato di norme, interventi di buona amministrazione e provvedimenti giudiziari) per svolgervi la funzione di permanente parametro delle singole soluzioni storicamente realizzate. Per dirla con uno slogan, vi è oggi necessità di un diritto e di interpreti che siano progressivi, non conservativi e nemmeno

²⁷ Cfr. R. CONTE, *Evoluzione e interpretazione della legge, fra certezza e incertezza del diritto*, Mechrì, Milano, 2017.

eversivi, che non siano dominati da una strategia teleologica ma ontologica della funzione che l'uno e gli altri assolvono. Sono ancora le parole di Adriano Cavanna che echeggiano persistentemente in me e che suggeriscono queste riflessioni in modo credo efficacissimo e convincente. Trascorsa la stagione di una certezza tutta racchiusa nella consegna del giurista alla «[...] mera elaborazione logico – razionale e [al] puro impiego tecnico di immobili norme positive»²⁸, si dischiude un orizzonte promettente, carico di promesse di partecipazione alla individuazione di soluzioni tecnologicamente avanzate. Si tratta di «un giurista colto [...] affrancato senza complessi dalle illusioni formalistiche [che] si sente portatore di una giurisprudenza critica, in grado di supplire alle mancanze del mediocre legislatore moderno. Qui però siamo al punto nodale [...] La consapevolezza dello spazio concesso alle valutazioni etico-politiche dell'interprete non può far dimenticare che il dato normativo [...] vincola pur sempre in qualche modo chi l'interpreta. Il buon giurista si sente in equilibrio tra queste due dimensioni contrapposte»²⁹. La certezza che scaturisce dal suo impegno professionale si colloca oggi esattamente sulla linea di questa mediana. Egli, infatti, «Lavora con il diritto, ma anche *per* il diritto. Il diritto ha un suo superiore potere [...] ha certe sue coordinate interne, certe strutture ontologiche che lo rendono per vari aspetti indisponibile alle manipolazioni di parte. E anche agli interessi di ceto. Il buon giurista rispetterà questi limiti ontologici invalicabili»³⁰. Soltanto in questo modo egli sarà portatore di una certezza che non sia soltanto servile qualità tecnica, ma patrimonio destinato a costruire una società che abbia quale proprio target primario il progresso della persona.

²⁸ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 1, Giuffrè, Milano, 1979, p. 8.

²⁹ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, cit., 2, p. 8.

³⁰ *Ivi*, p. 9.

DIRITTO “CERTO” E DIRITTO “VIVO”. UN ITINERARIO CANONISTICO

Chiara Minelli

SOMMARIO: 1. Certezza giuridica e codificazione canonica. – 2. Il confronto tra Flavio Lopez de Oñate e Pio Fedele. – 3. La certezza del diritto “vivo”.

1. *Certezza giuridica e codificazione canonica*

Il centenario della codificazione piobenedettina si offre come occasione propizia per ripensare ai motivi che hanno spinto il legislatore canonico ad optare per la forma “codice” e a non recedere da tale scelta fino ad oggi, pur nella consapevolezza crescente della relatività di essa nella sensibilità giuridica ecclesiale¹ e, più in generale, nella cultura giuridica dell’età contemporanea².

¹ Come si è osservato, «se il legislatore ha fatto e per ben due volte la sua scelta», ciò «non deve impedire alla ricerca canonistica di capire le motivazioni di queste scelte, coglierne le conseguenze positive e negative così come emergono – obbiettive e indiscutibili – nel grande crogiolo decantatore dell’itinerario storico, misurarne l’opportunità alla luce dei segni dei tempi (che sono mutevoli anche per lo *ius ecclesiasticum*), offrire all’attuale legislatore quella ricchezza per la costruzione del futuro che solo una meditazione solidamente e passionatamente critica può dare», P. GROSSI, *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in ID., *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÈ, Giuffrè, Milano, 2013, p. 261.

² Già venticinque anni orsono, Luigi Mengoni avvertiva che «l’idea di codice può ridursi, e ormai si è ridotta, a un concetto puramente tecnico, ordinato alla funzione di apprestare un nucleo sistematico di principi e di categorie ordinatorie adeguato alla selezione strutturale dei conflitti di interesse e all’organizzazione delle relative decisioni nell’unità del sistema giuridico, garantendo il primato dell’argomentazione giuridica sulla contingenza delle valutazioni politiche». D’altro canto, «la forza» che ancora esercitava in Europa «l’idea di codice» derivava, a suo dire, «precisamente dal senso profondo della sistematicità del diritto, che assegna ai concetti sistematici una funzione irrinunciabile di guida e di controllo dell’argomentazione giuridica, e quindi di razionalizzazione unificante dell’esperienza giuridica», L. MENGONI, *L’Europa dei Codici o un Codice per l’Europa?*, in ID., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 320.

Le istanze che, dalla seconda metà del secolo XIX in poi, urgono il processo di codificazione canonico, riflettono senza dubbio quella pluralità di esigenze facilmente riconducibili alla certezza del diritto, il cui soddisfacimento viene avvertito di vitale importanza anche per l'ordinamento canonico. Il che non sorprende se si considera quanto la tensione al diritto «certo» caratterizzi il panorama della «modernità giuridica».

A tale «aspirazione costante»³ s'intende guardare qui non tanto nella prospettiva inerente la sua natura profonda di esigenza «ineliminabile per la convivenza sociale ordinata»⁴, e dunque, secondo modulazioni peculiari, anche per la società ecclesiale; e neppure nell'ottica volta a stimare l'effettiva rilevanza nell'ordinamento canonico del nesso che in linea generale unisce il principio della certezza del diritto alla codificazione *tout court*⁵. Si vorrebbe piuttosto mettere a fuoco un'altra dimensione del tema, quella

³ Cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. CAPOGRASSI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI e P. FEDELE, Appendice di M. CORSALÈ, a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, Milano, 1968, p. 48. Pare opportuno segnalare fin d'ora che quest'opera, alla quale si farà ampio riferimento nelle pagine seguenti, viene citata nell'ultima edizione, anche per consentire al lettore di accedere con maggior agio ai contributi dell'intenso dibattito cui essa diede luogo fin dal suo primo apparire, nel 1942, e che sono accorpati al volume pubblicato appunto nel 1968.

⁴ Ora, «quale sia il fondamento di questa esigenza (...) in via preliminare, essa è basata sulla sicurezza che all'individuo ne deriva». Seguendo l'itinerario del Lopez, a grandi linee e con sommarietà estrema, l'evoluzione storica nella percezione della esigenza di certezza intesa come sicurezza dell'individuo, ovvero «la *salus*, cioè la salvezza (sicurezza), che il diritto procura», essa «è posta in rilievo da Cicerone, che esprime al riguardo il pensiero giuridico classico». Nell'età medioevale poi, «la validità del *jus naturale* che “dignitate praevallet consuetudini et constitutioni” (*Decretum Gratiani*), in quanto è *lex aeterna*, fa sì che la *securitas* non sia individuata quale esigenza a sé e come tale tutelata, per quanto San Tommaso indichi la *temporalis tranquillitas civitatis* come il fine della legge umana». Dunque «solo con Marsilio da Padova, in ciò almeno precursore del pensiero laico, il concetto stesso di diritto naturale viene criticato in quanto in esso mancano norme certe». Nel pensiero giuridico moderno, «dal primo grande teorico dello Stato come racchiudente la sovranità assoluta del mondo umano in poi, cioè da Hobbes in poi, la esigenza della *securitas* torna ad essere il motivo centrale, che non verrà più disperso». Quanto all'«illuminismo, o almeno una parte di esso, lascia questo tema della sicurezza in eredità perfino al pensiero della Restaurazione, e il concetto di Stato di diritto sorge alimentandosi alle sue radici proprio di questo succo vitale». In ogni caso «presso i giuristi contemporanei, anche dopo le critiche e le discussioni vivacissime circa lo Stato di diritto, la certezza della norma e la conseguente sicurezza giuridica restano beni acquisiti alla esperienza giuridica moderna». F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 47.

⁵ Non vi è dubbio che la codificazione rappresenti «una delle affermazioni storiche di questo principio», P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 211. Né quindi è in discussione l'influsso che, agli albori del secolo XX, quell'ideale compenetrazione tra «precisione, fissità» e «certezza» promesse dal Codice (*ivi*, p. 51) ebbe ad esercitare sulle scelte del legislatore canonico, per secoli custode creativo di una tradizione equitativa, imparagonabile per flessibilità ed «adattabilità pratica» a qualsiasi altra attecchita nella cultura giuridica occidentale, cfr. F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, in Id., *Scritti giuridici minori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1936, p. 94.

relativa alla portata culturale dell'esigenza di certezza, tanto vividamente avvertita in un certo tornante del pensiero giuridico laico da indurlo ad un paragone con quello canonistico.

A tal fine, non sarà inutile segnalare brevemente gli snodi decisivi dell'itinerario codificatorio, che marca i tratti del diritto canonico vigente, per poter meglio contestualizzare il nostro punto di vista.

Non si può non ricordare almeno l'immagine pittoresca con la quale i vescovi napoletani, durante il Concilio Vaticano I, lamentavano lo stato delle fonti canoniche: nemmeno un imponente stuolo di cammelli avrebbe potuto caricarle su di sé⁶. Senza contare le difficoltà ad orientarsi tra le nuove norme continuamente emanate dall'autorità legislativa per rispondere ai bisogni emergenti nel corpo ecclesiale e quelle cadute in desuetudine e mai abrogate, e ad arginare il ricorso agli elementi di flessibilità con il proliferare delle dispense, dei privilegi e di tutti quegli atti singolari tipici dell'ordinamento canonico⁷.

Era dunque la macroscopica sproporzione del corpo normativo denunciata dai padri conciliari ad imporsi agli operatori del diritto come il sintomo più evidente dell'urgenza di un effettivo risanamento dell'assetto ordinamentale.

Del resto, come è ormai ampiamente documentato, l'esigenza di procedere sulla via della razionalizzazione e modernizzazione del diritto canonico, fino alla riformulazione del linguaggio tecnico⁸, giunge ad attraversare tutta la trama che lega le diverse componenti protagoniste dell'esperienza giuridica precludendo significativamente alla grande iniziativa legi-

⁶ V. *Series propositionum a XXXVII Neapolitanae antistitum exhibita*, in J.D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio, Sacrosanti Oecumenici Concilii Vaticani*, Graz, 1961, vol. 53, c. 341.

⁷ V. C. MINELLI, *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico. L'esperienza delle codificazioni*, Cedam, Padova, 2000, pp. 7-20.

⁸ A tale proposito, occorre tenere in grande considerazione «il lento ma graduale mutamento che si profila nella tecnica giuridica impiegata dalla curia romana di fine Ottocento». La formulazione del dispositivo giuridico, grazie alla «differenziazione delle attività potestative del romano pontefice» ed alla conseguente «creazione di specifiche tipologie documentali» con la relativa «diversificazione dei generi letterari», viene progressivamente depurata degli elementi extragiuridici legati «agli scopi parenetici e pastorali attribuiti al provvedimento legislativo». Dopo il Vaticano I si assiste dunque «ad un graduale cambiamento tendente a semplificare il linguaggio e il formulario». Illuminanti in proposito le pagine di C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, segnatamente pp. 556-563; pp. 591-599. Così, all'indomani dell'*Arduum sane munus* si avverte chiaramente la necessità di un perfezionamento della tecnica giuridica tale da riformulare le norme con un linguaggio rigoroso, «più elaborato, uniforme e costante»; un linguaggio cioè che «non aveva quasi più nulla a che vedere con l'enunciazione del testo contenuto nel *Corpus Iuris Canonici*». Cfr. F.X. WERNZ, *Animadversiones in Const. Rom. Pontifices de Sede Apost. Vacante*, in *Archivio storico del Consiglio per gli affari pubblici della Chiesa*, Città del Vaticano, anno 1904-1905, pos. 1276 fasc. 433, cc. 18-23; C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 598-599.

slativa di Pio X. Dalla consolidazione delle fonti di diritto pontificio all'adattamento tecnico-legislativo della curia romana⁹, dagli esiti dell'attività sinodale¹⁰ all'incremento degli studi canonistici fino ai tentativi privati di codificazione¹¹, tutte le dimensioni dell'esperienza giuridica negli anni a cavallo tra la brusca interruzione dell'assise ecumenica e l'inizio del processo di codificazione vero e proprio, sono percorse da un'istanza, perseguita talora in maniera «rapsodica, lacunosa e poco sistematica»¹², ma mai abbandonata, di semplificazione e di adattamento del diritto vigente secondo una forma ordinata e razionale.

⁹ Non vi è dubbio che il compito dei canonisti si presentasse «di gran lunga più arduo rispetto a quello dei civilisti che si erano apprestati all'opera di codificazione del diritto statale», i quali avevano potuto trarre vantaggio «sul piano scientifico, dalla redazione di alcune compilazioni ufficiali e dal consolidamento delle raccolte nei secoli XVII-XVIII e, sul piano politico, dalla enorme semplificazione del panorama sociale e normativo imposta dalla rivoluzione francese e dalla dominazione napoleonica». Non si deve tuttavia trascurare «l'opera dei raccoglitori della giurisprudenza curiale» che segna «una tappa indispensabile per porre ordine a tre secoli e mezzo di attività amministrativa e giudiziaria della Chiesa, e per preparare l'unificazione normativa che sfocerà nel Codice». Particolarmente significativo in tal senso «il ruolo della Congregazione del Concilio, non solamente sul piano della fissazione dello *stylus Curiae* ma anche su quello della giurisprudenza creativa». Grazie ad «una concezione ancora elastica del rapporto tra la norma canonica e la sua applicazione» si alimenta uno «scambio vitale» tra prassi locale, decisioni amministrative o giudicati della Congregazione e legislazione generale, che divenendo un vero e proprio «processo circolare» rispecchia appieno la creatività della giurisprudenza dei dicasteri. Viene in tal modo offerto al legislatore «uno dei principali strumenti (...) per l'adeguamento della normativa nel processo di codificazione», cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 556-563; pp. 591-599.

¹⁰ Dell'analisi al riguardo di Carlo Fantappiè, cui si rinvia integralmente, preme qui sottolineare l'importanza dei rilievi sulla prassi sinodale d'Oltremare: in particolare l'alta probabilità che «l'evoluzione normativa della chiesa statunitense nel secondo Ottocento abbia avuto un'importanza paradigmatica per la Santa Sede e abbia contribuito a spianare la strada verso il codice canonico del 1917». Infatti proprio tale esperienza doveva aver mostrato «la possibilità di raggiungere una soglia normativa abbastanza vicina alla codificazione, in un continente dove peraltro non esisteva un sostrato giuridico comune a quello dell'Europa, mediante il progressivo reinserimento del diritto particolare nell'alveo del *ius commune* e l'assunzione di alcuni elementi tipici della chiesa statunitense», v. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 576-590, in particolare p. 579. Cfr. E. CORECCO, *La formazione della Chiesa Cattolica negli Stati Uniti d'America attraverso la prassi sinodale*, Il Mulino, Bologna, 1991 e, specificamente sul nesso tra Concili di Baltimora e Codice piobenedettino, J.D.M. BARRETT, *A comparative Study of the Councils of Baltimore and the Code of canon Law*, The Catholic University of America, Washington, 1932.

¹¹ Per una visione complessiva dell'attività dottrinale, sia con riferimento agli sviluppi della manualistica ed all'evoluzione della trattatistica sia con riguardo al vero e proprio movimento codificatorio ed ai suoi frutti più cospicui, v. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. I, *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*, pp. 263-331 e t. II, cit., pp. 563-576 e pp. 599-634.

¹² Così riguardo all'opera di «repertoriamento e consolidamento» della giurisprudenza curiale, effettuato sul materiale della Congregazione del Concilio, C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, cit., p. 562.

E, nella medesima direzione, all'indomani dell'*Arduum sane munus*, si volgono gli esiti della consultazione dell'episcopato mondiale dinanzi alla prospettiva di una riforma del diritto canonico che non aveva precedenti. L'invito a ridurre il corpo normativo alle disposizioni che «ubique necessariae sunt ad procurandam observantiam praeceptorum Evangelii»¹³, diffidando dal recepire nel nuovo Codice qualsiasi legge «quin clarum et definitum sensum prae se ferat»¹⁴; la netta preferenza per un impianto della materia logico e sistematico¹⁵, secondo la tripartizione delle Istituzioni¹⁶, la scelta di distribuire la disciplina in libri, titoli e capitoli, redigendole sotto forma di articoli brevi, chiari ed esatti¹⁷, costituiscono tutti indici rivelatori inequivocabili di quanto i pastori si attendessero come primo obiettivo dalla riforma. Lo snellimento, la chiarezza e la disposizione razionale delle nuove norme avrebbero dovuto riguadagnare quella certezza giuridica di cui ci si augurava la benefica ricaduta soprattutto a livello pastorale.

Anche i pareri che, sulla base delle risultanze documentali ora accessibili, dominano le discussioni tra i consultori e determinano gli snodi cruciali del grande progetto normativo in corso, soprattutto nelle sezioni più direttamente dedicate ai fondamenti della disciplina, riflettono quella preoccupazione di fondo; si pensi soltanto all'impostazione pragmatica che domina la stesura delle *Normae Generales*, sulla quale ci si è ampiamente soffermati in altra occasione¹⁸.

Colpisce infine l'ulteriore torsione, determinata dal prevalere delle direttive gasparriane nell'indirizzo del legislatore circa il metodo di studio e l'attività ermeneutica del diritto codificato, verso una visione positivista del sistema delle fonti tesa a «garantire certezza, oggettività e universalità della legge», a suo tempo stigmatizzata da Carlo Fantappiè¹⁹.

¹³ In tale ottica, per i vescovi della provincia di Dubuque, «ceterae abrogentur, aut dumtaxat tolerantur tamquam leges locales, ubi circumstantiae postulent», v. *Postulata episcoporum in ordinem digesta a B. Klumper consultore*, Typis Vaticanis, Romae, 1905, 1, in Archivio Segreto Vaticano, *Fondo Codex Iuris Canonici*, scatola 4.

¹⁴ Concordano al riguardo i padri olandesi ed il vescovo del Patrimonio di San Pietro, v. *Postulata episcoporum in ordinem digesta a B. Klumper consultore*, 1.

¹⁵ Tale richiesta dei vescovi di Monaco viene ulteriormente esplicitata nell'altra relativa all'impostazione metodologica della riforma: «leges exponantur, methodo codicum iuris civilis hodierni», *Postulata episcoporum in ordinem digesta a B. Klumper consultore*, 12.

¹⁶ Convengono con i vescovi di Leopoli i padri della provincia di Sens i quali suggeriscono: «in Codice retineatur hic ordo, ut agatur 1° de Prolegomenis, 2° de personis, 3° de rebus, 4° de iudiciis, 5° de poenis; redigatur in articulos, qui clara et praecisa forma legem continent», *Postulata episcoporum in ordinem digesta a B. Klumper consultore*, 6.

¹⁷ Questa la richiesta dei padri delle province di Lione e di Tours, *Postulata episcoporum in ordinem digesta a B. Klumper consultore*, 8.

¹⁸ Cfr. C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 63 ss.; Id., *Le fonti dello ius singulare nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 99 ss. e 147.

¹⁹ Ci si riferisce segnatamente ai contenuti del decreto *Cum novum iuris canonici* del 7

Quanto al *Codex Iuris Canonici* vigente, le linee di forza che guidano la sua storia giuridica e culturale risultano chiaramente inassimilabili a quelle che determinarono la prima opzione del legislatore supremo per una codificazione di tipo moderno. Il dato più vistoso è senz'altro il cambio di prospettiva che conduce l'intera revisione del Codice piobenedettino: non più lo sforzo enorme di dominare la massa del materiale legislativo che si era accumulato per sedimentazioni plurisecolari²⁰, al fine di restituirne l'accessibilità e l'utilità, ma la traduzione in linguaggio giuridico del grande evento conciliare²¹, a partire da un contesto normativo decisamente ridotto e semplificato²².

Pensando all'idea forte della codificazione, così come venne sentita ed interpretata dalla canonistica agli inizi del '900, secondo gli osservatori più attenti, il suo ruolo nel rinnovarsi della scelta per il medesimo modello formale non è che «modesto»²³. Semmai, ciò che emerge all'indomani del Vaticano II, in modo più esplicito e perentorio, è la vocazione strumentale della forma Codice nell'ordinamento canonico. Una vocazione che, come si è potuto dimostrare, apparteneva già al DNA della prima codificazione – si pensi a quella ricerca seria ed obiettiva della proporzione del mezzo al fine che connota tutte le fasi prodromiche all'*Arduum sane munus*²⁴ ed al-

agosto 1917, con cui la Congregazione dei seminari e delle Università stabiliva il metodo nell'insegnamento e nell'interpretazione del Codice e del m.p. *Cum iuris canonici Codicem* del 15 settembre successivo. È bene tener presente, riguardo al primo documento, che «mentre nella bozza (...) il gesuita Ojetti – uno dei principali artefici e revisori del Codice – aveva lungamente sottolineato l'importanza dell'indirizzo di tipo storico-giuridico nell'esegesi delle norme codicistiche, Gasparri altererà il significato complessivo del documento imponendo, non solo (...) la riduzione progressiva del diritto canonico al Codice, ma anche l'applicazione ad esso dello stesso metodo adottato dal diritto civile». Secondo Fantappiè, «è fuor di dubbio che tale indicazione abbia favorito nelle scuole dei seminari e della facoltà ecclesiastiche l'assimilazione del metodo canonico al metodo dell'*Ecole de l'exégèse* e accentuato l'omologazione del diritto della Chiesa ai diritti codificati degli Stati». Un tale indirizzo non può che condurre a «trascurare la dimensione storica dell'interpretazione della norma a favore della sua dimensione razionale e atemporale», C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. II, cit., pp. 1152-1153.

²⁰ V., per tutti, P. LOMBARDÍA, *Técnica jurídica del nuevo Código (una primera aproximación al tema)*, in ID., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, Eunsa, Pamplona, 1991, vol. V, p. 203.

²¹ V. *Ibidem*.

²² V. *Ivi*, p. 200. Per rendersi conto dell'entità della produzione normativa successiva al *Codex Iuris Canonici* del 1917 fino all'avvio della sua revisione si possono consultare i primi tre volumi delle *Leges Ecclesiae post Codicem Iuris Canonici 1917 editae, collegit, digessit notisque ornavit X. Ochoa*, Ediurcla, Romae, 1966 e ss.: *Leges annis 1917-1941 editae*, vol. 1, Romae, 1966; *Leges annis 1942-1958 editae*, vol. 2, Romae, 1969; *Leges annis 1959-1968 editae*, vol. 3, Romae, 1972.

²³ Così P. LOMBARDÍA, *Codificación y ordenamiento canónico*, in ID., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, cit., p. 171.

²⁴ V. C. MINELLI, *Pio X e la sistematica del Codex Iuris Canonici*, in G. BRUGNOTTO e G.

la valenza pastorale che essa aveva assunto nella *mens* del legislatore supremo, fino ad orientarne tutta la politica legislativa²⁵. Ma che raggiunge con Giovanni Paolo II la sua definitività: «instrumentum, quod *Codex* est, plane congruit cum natura Ecclesiae, qualis praesertim proponitur per magisterium Concilii Vaticani II in universum spectatum, peculiarique rationem per eius ecclesiologicam doctrinam»²⁶.

Se la prospettiva della revisione e l'intenzione del legislatore che l'animava non potevano essere più lineari, nei fatti però la transizione dal Vaticano II al nuovo Codice latino si rivela oltremodo tortuosa. Non solo per i problemi specifici legati all'idea di una legge costituzionale comune alla Chiesa latina e alle Chiese orientali ed allo studio dell'ipotesi relativa²⁷ nonché, in linea generale, per le difficoltà tecniche a tradurre in linguaggio giuridico le deliberazioni conciliari²⁸. Ma forse più ancora per quella messa in discussione della legittimità stessa di un diritto ecclesiale²⁹, che

ROMANATO (a cura di), *Riforma del Cattolicesimo? Le attività e le scelte di Pio X*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, pp. 302-306.

²⁵ Assai significativa a tale riguardo la testimonianza di Merry del Val circa la decisione personale di Pio X nell'intraprendere l'*Arduum sane munus*: «prima di tutto egli era sacerdote e pastore e, per temperamento, amante di provvedimenti pratici ed efficaci»; il che «non deve suscitare meraviglia, poiché più di una volta Pio X aveva constatato la propria impossibilità di governare bene con decreti che ammettevano diverse interpretazioni, leggi complesse antiquate e un cumulo di disposizioni che erano lungi dall'essere sempre in armonia tra loro o dall'essere confacenti con le nuove circostanze». La codificazione del diritto canonico, in tale ottica, era «una misura (...) importantissima», che «avrebbe rappresentato un contributo per mantenere con maggiore determinazione i principi immutabili e la forza della disciplina ecclesiastica, *nova et vetera*», R. MERRY DEL VAL, *San Pio X. Un santo che ho conosciuto*, trad. it., Fede e Cultura, Verona, 2012, p. 53.

²⁶ GIOVANNI PAOLO II, Cost. Ap. *Sacrae disciplinae leges*, 25 gennaio 1983, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXV (1983), pars. II, p. XI.

²⁷ Il 20 novembre 1965, Paolo VI, rivolgendosi ai membri della *Pontificia Commissio Codici Iuris canonici recognoscendo*, si esprimeva in questi termini: «Peculiaris vero existit quaestio aequae gravis, eo quod duplex est Codex Iuris Canonici, pro Ecclesiae Latinae et Orientali, videlicet num conveniat communem et fundamentalem condici Codicem ius constitutum Ecclesiae continentem», PAULUS VI, *Oratio ad E. mos Patres Cardinales et ad Consultores Pontificii Consilii Codici Iuris Canonici recognoscendo*, 20 novembris 1965, in *Acta Apostolicae Sedis*, LVII (1965), p. 988. Per una ricostruzione dell'evoluzione di questo progetto e delle relative problematiche si veda almeno D. CENALMOR PALANCA, *La ley fundamental de la Iglesia. Historia y análisis de un proyecto legislativo*, Eunsa, Pamplona, 1991.

²⁸ Come ricorda Lombardía, «en los momentos iniciales – y sobre todo en la discusión sobre la "Lex fundamentalis" – parecía que lo que se reclamaba era la inclusión de textos conciliares en el Codex, más que construcciones técnicas que ayudarán a aplicar la doctrina del Vaticano II a la vida social de la Iglesia. De aquí que, en ocasiones se ha plantado un problema fundamental de lenguaje», P. LOMBARDÍA, *Técnica jurídica del nuevo Código*, cit., p. 204. Per una trattazione organica del tema si rinvia a G. LO CASTRO, *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari nelle fonti del diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1970.

²⁹ Per una esposizione schematica delle ragioni e dei fondamenti di questo atteggiamento denominato sinteticamente «antigiuridismo», si rinvia alla «selezione» di P. LOMBARDÍA,

si alimenta in questa fase e che condizionerà pesantemente la percezione della dimensione giuridica nella vita della Chiesa fino ad oggi.

Se non è possibile dar conto in questa sede della pluralità dei fattori remoti e prossimi che premono in questa direzione negli anni della *revisio* – dai molteplici «effetti» della prima codificazione sull'esperienza giuridica del corpo ecclesiale e sulla scienza canonistica *post codicem* alle tensioni che attraversano il Concilio e l'immediato post-Concilio, a livello teologico, ecclesiologico e pastorale oltreché nel più vasto contesto socioculturale³⁰, caratterizzato dalla tendenza a demonizzare «tutto ciò che è diritto ed istituzione»³¹ – occorre prendere atto della portata culturale della sfida proprio al livello del problema che ci interessa.

In un tale mutamento di scenario, che ne è dunque dell'ideale della certezza giuridica al quale manifestamente tendeva la prima opzione del legislatore ecclesiastico in favore del Codice? Quale la sua traduzione, se ve n'è una, nelle istanze che animano il diritto canonico vigente?

Pare dunque opportuno lasciare aperti tali interrogativi e concentrare l'attenzione su alcuni fattori congiunturali che potranno forse consentire di mettere a fuoco le implicazioni tipicamente canonistiche del problema «certezza del diritto» e di valutare la loro pertinenza all'oggi dell'ordinamento canonico.

El derecho en el actual momento de la vida de la Iglesia, in ID., *Escritos de derecho canónico*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1973, vol. II, pp. 435-436.

³⁰ Per una lettura equilibrata del difficile rapporto che si instaura nel postconcilio tra diritto canonico e teologia e quindi tra ecclesiologia e canonistica e per una riflessione profonda sugli sviluppi metodologici più recenti e le prospettive del presente si rinvia senz'altro a C. FANTAPPIÈ, *Ecclesiologia e canonistica nel Post-Concilio*, in *Periodica*, 2014, pp. 165-205, ora anche in G. BONI, E. CAMASSA, P. CAVANA, P. LILLO, V. TURCHI (a cura di), *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Giappichelli, Torino, 2014, vol. I, pp. 316-338 ed al recente volume C. FANTAPPIÈ, *Ecclesiologia e canonistica*, Marcianum Press, Venezia, 2015.

³¹ C. FANTAPPIÈ, *L'insegnamento del diritto canonico in Italia dal Concilio Vaticano I ai Codici Vigenti*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO – ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA, *L'insegnamento del diritto canonico*, XL Incontro di Studio Centro Turistico Pio X, Borca di Cadore, 1-5 luglio 2013, Glossa, Milano, 2014, p. 51. Su questa complessa problematica, e nel contesto di quel dibattito, si segnala l'originalità del pensiero di Lombardía: «mi preoccupa sia la posizione che nega o sottovaluta la funzione ecclesiale del diritto canonico per sottolineare l'importanza dei carismi, sia quella che esalta l'elemento giuridico partendo esclusivamente dal dato istituzionale e gerarchico, perché tanto l'una quanto l'altra mi sembrano unilaterali». Infatti secondo il canonista spagnolo «ambidue coincidono, in definitiva, nel concepire il diritto nella Chiesa come qualcosa che ha senso solo alla luce del dato istituzionale e nel vedere il dinamismo carismatico come qualcosa che, per la sua vitalità, resta ai margini del diritto». Ora, per Lombardía, «quel che è di più importante il Concilio Vaticano II ha mostrato al canonista non è il fatto che si trovino nei suoi documenti testi che mostrano la validità permanente della dimensione istituzionale e gerarchica della Chiesa e la sua coerenza e armonia con l'elemento carismatico»; «quel che è più significativo della dottrina del Vaticano II in rapporto al diritto canonico è che anche i carismi personali (...) hanno rilevanza giuridica», P. LOMBARDÍA, *Il diritto della Chiesa, ordinamento dinamico*, in ID., *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiastico del Estado*, Eunsa, Pamplona, 1991, vol. IV, pp. 521-522.

2. Il confronto tra Flavio Lopez de Oñate e Pio Fedele

Vi è infatti un momento preciso nella storia del pensiero giuridico novecentesco in cui dinanzi ad tema cruciale per l'intera cultura, quello della certezza, affiora nella riflessione giuridico/filosofica laica l'idea di misurarsi con la scienza canonistica³². Si tratta di una congiuntura straordinaria in cui, il diritto canonico, dopo un lungo esilio, torna ad essere sentito come un interlocutore «interessante»³³.

Siamo nel pieno del secondo conflitto mondiale, «quando la crisi del diritto assumeva proporzioni paurose e sembrava segnare la fine della civiltà occidentale»³⁴. In questo contesto esce, «in edizione ristrettissima»³⁵, *La certezza del diritto* di Flavio Lopez de Oñate³⁶.

Il libro, scritto da «un giovane studioso quasi sconosciuto»³⁷, «in un singolare momento di grazia speculativa»³⁸, ottiene successo immediato e grande risonanza, suscitando un dibattito di eccezionale qualità scientifica. Gli interventi di Piero Calamandrei, di Francesco Carnelutti, di Pio Fe-

³² Vale la pena, a tale proposito, richiamare un importante giudizio storico sulla «fioritura canonistica italiana» degli anni Trenta de secolo scorso, in particolare, al lascito culturale di quella «Rivista-progetto» che fu, nella sua breve vita, l'«Archivio di diritto ecclesiastico». Se si guarda ai contenuti delle sue cinque annate, dal 1939 al 1943, «emerge limpido il suo carattere di vessillo della rinnovazione canonistica italiana»: «continuano – e non a vuoto – gli approcci con i gravi problemi di metodo; si fanno insistenti le aperture verso la teoria generale del diritto verso le altre scienze giuridiche, si dibattono grossi problemi generali discussi nella dottrina italiana». In questo contesto assai vivace, la vicenda che ci occupa costituisce un «esempio illuminantissimo». Nell'ultimo volume il suo direttore Pio Fedele raccoglie la sollecitazione di Flavio Lopez de Oñate e scrive «La certezza del diritto e l'ordinamento canonico». Così «il diritto canonico perde quel sapore di muffa e di stantio consegnato nelle tradizionali raffigurazioni oleografiche, si inserisce nelle dispute più attuali e a largo raggio, entra in dialogo coi filosofi Lopez de Oñate e Capograssi, con Carnelutti e Calamandrei, sui temi pressanti della legalità e della certezza», in P. GROSSI, *Fioritura canonistica*, Id., *Scritti canonistici*, cit., pp. 190-191.

³³ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 96.

³⁴ G. ASTUTI, *Avvertenza*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. VII.

³⁵ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 241.

³⁶ Per un profilo di questo autore si veda il saggio di P. CAPPELLINI, *Lopez de Oñate, Flavio*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2013, pp. 1199-1200. È bene tener presente comunque l'avvertenza di Cappellini, e cioè che Lopez de Oñate «non fu, come potrebbe apparire, uomo di un unico libro». Infatti «quello che sembra essere il suo unico raggiungimento», rappresenta invece il coronamento di un itinerario per più versi coerente e unitario», in una «vita che non l'aveva certo guastato con i suoi premi» (così G. CAPOGRASSI, *Flavio Lopez de Oñate*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 14).

³⁷ G. ASTUTI, *Avvertenza*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. VII.

³⁸ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 241.

dele e di Giuseppe Capograssi, che si susseguiranno in un brevissimo lasso di tempo, contribuiscono da diversi angoli di visuale a gettar luce su quel «complesso di germi, di indicazioni, di intuizioni», quasi «una prodigiosa sinfonia»³⁹, che il libro, pur «nella sua contratta brevità»⁴⁰, offre al lettore anche profano. D'altro canto, le edizioni postume del volume, curate «con diligenza precisa ed esperta di ogni accorgimento critico» da Guido Astuti, sulla base del «piccolo mucchio di carte, appunti, accenni» che restano del lavoro successivo dell'autore prematuramente scomparso, attestano, insieme alla testimonianza commossa degli amici, che egli «non aveva ancora finita l'opera sua che si era già messo a rimeditarla»⁴¹.

Il percorso della ricerca, «potente di sintesi e paziente nell'analisi, scaturito dalla vita e nutrito di una sterminata erudizione»⁴², si snoda attraverso «tutti i principali momenti della crisi della sua epoca visti attraverso il prisma della crisi del diritto», sentita essenzialmente come «crisi di certezza»⁴³. Della ricca trama argomentativa, che lo sostiene e che sollecita la recensione critica dei protagonisti di quel dibattito, preme qui individuare, contestualizzare e seguire quei fili, anche i più riposti, di cui è intessuta la riflessione comparativa con il diritto canonico per coglierne l'importanza soprattutto a livello metodologico.

Non s'intende beninteso trascurare il fatto che il Lopez guardasse al principio della certezza del diritto in un'ottica prettamente filosofica⁴⁴, né che certe sue conclusioni contribuissero in fin dei conti ad irrobustire l'apologetica del giuspositivismo moderno a lui contemporanea; si pensi soltanto all'entusiasmo di un Calamandrei «ancora avvinto da un legalismo compattissimo»⁴⁵. Piuttosto, senza sottovalutare la complessità del tema

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ P. CAPPELLINI, *Lopez de Oñate, Flavio*, cit., p. 1200.

⁴¹ Del resto, il Lopez aveva chiarissimo che «l'approfondimento del pensiero non può mai cessare e quindi una certezza può essere raggiunta – anzi il pensiero è di per sé conferimento di certezza – a patto che non pretenda di essere fuori dal pensiero, come qualcosa di trovato e di constatato esteriormente, escludendone l'opera», F. LOPEZ DE OÑATE, *Compendio di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 74. Egli dunque «sapeva bene per esperienza, che la legge crudele e inviolabile del pensiero è di non potersi staccare dal suo oggetto, perché l'oggetto del pensiero è inesauribile», G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 241.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ G. ASTUTI, *Avvertenza*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. VII.

⁴⁴ Cfr. P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in *Giustizia civile*, 4/2014, pp. 921-922.

⁴⁵ P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, cit., p. 922. Sull'«itinerario» di Calamandrei e sulla «palingenesi interiore» degli ultimi anni, v. P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili dei giuristi*, t. II, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 33-54. Lo «spartiacque» è il famoso discorso di Palazzo Vecchio del 1947, cinque anni dopo «la clamorosa recensione a Lopez de Oñate, dove l'assillo legalitario era portato ben al di là dei limiti pretesi dalla vigilanza etica, dove si esigeva obbedienza ad ogni comando, con qualsi-

sotto il profilo filosofico e delle sue gravi implicazioni in una lettura integrale del travaglio culturale che caratterizza il passaggio dagli ultimi colpi di coda del giuspositivismo novecentesco a questo «nostro difficile e fertile tempo di transizione»⁴⁶, preme mettere a fuoco la profondità dello sguardo sulla crisi e sul diritto che consente al Lopez di aprire uno spiraglio all'esperienza canonistica, al quale con tutta probabilità egli avrebbe dato energie ulteriori, se il tempo glielo avesse concesso. Un'intenzione questa che si evince con chiarezza dall'ultima chiosa sul punto, riportata in tutte le edizioni postume: «l'A. si proponeva di sviluppare nel testo l'esame del problema della certezza nel diritto canonico, anche in relazione allo scritto del Fedele, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, V, Roma, 1943, pp. 3 ss., cui aveva dato occasione con le sue osservazioni»⁴⁷.

Il punto di partenza del Lopez è dunque il giudizio sulla crisi del mondo a lui contemporaneo⁴⁸: egli è infatti convinto che «studiare la crisi del diritto per ricercarne una specifica genesi, sarebbe fare opera destinata fallire», se non la si riconducesse «al fenomeno più vasto del cui poliedro è una faccia»⁴⁹. Ora, se è indubbio che ogni epoca rifletta inevitabilmente «l'impressione precisa di essere epoca di transizione», e che, analogamente a quanto accade nella vita dell'individuo⁵⁰, la storia stessa si presenti

voglia contenuto, purché provenisse per il tramite nobilitante e purificante di un procedimento legislativo». Da quel momento «gli occhi non sono più velati, e le stesse cortine mitologiche si sono dissolte nel crogiuolo dissacrante della storia italiana»: «sì, la legalità è molto, ma non è tutto; l'abbiamo difesa in tempo di disfacimento giuridico, ma ora non ci basta più. Al di sopra e al di dentro delle leggi scritte, di cui noi siamo i custodi e gli interpreti, ci occorrono quelle leggi non scritte di cui parlava Antigone, quella legge di cui parlava, prima di morire Cino da Pistoia, nostro confratello, "che scritta in cuor si porta"», cfr. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, p. 46 e *Intervento di Piero Calamandrei*, in G. ALPA, S. BORSACCHI, R. RUSSO (a cura di), *Atti del Primo Congresso Nazionale Forense del secondo dopoguerra*, (settembre-novembre 1947), Il Mulino, Bologna, 2008, p. 56.

⁴⁶ P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, cit., p. 943.

⁴⁷ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 97 cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, ristampa postuma a cura di G. ASTUTI, con prefazione di G. CAPOGRASSI, Casa editrice Gismondi, Roma, 1950, p. 121.

⁴⁸ Del resto, «tutto quello che questo studioso ha pensato non ha avuto altra origine e altro scopo che di appagare il suo profondo istintivo imperativo bisogno di rendersi chiaro, di rendersi trasparente il problema del suo tempo, di vivere con piena consapevolezza la sua vita e il suo tempo», G. CAPOGRASSI, *Flavio Lopez de Oñate*, cit., p. 3.

⁴⁹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 38. Nello stesso senso, P. HUIZINGA, *La crisi della civiltà*, tr. it., 2ª ed., Einaudi, Torino, 1938, pp. 11-12: «vediamo distintamente come quasi tutte le cose, che altra volta ci apparivano salde e sacre, si siano messe a vacillare: verità e umanità, ragione e diritto».

⁵⁰ E infatti, «ogni individuo che rifletta sulla propria vita, nella puntuale realizzazione di essa, ha necessariamente – in quanto ogni momento è il punto di distinzione tra il presente e il passato – l'impressione di trovarsi ad una svolta della sua vita, e certo in una fase di preparazione. Ciascuno, cioè, non ha l'impressione, in ogni istante, di vivere solamente, nella

«come “crisi continua”, attraverso la quale, faticosamente, dal presente e di sul presente nasce l'avvenire»⁵¹, la crisi del suo tempo gli pare recepisca «tali e tanti elementi di contrasto, su piani così svariati e molteplici» da assumere connotati del tutto inediti se non altro per la loro «particolare macroscopica evidenza»⁵².

Di questi, il tratto più vistoso e tangibile si svela nella analogia tra i dinamismi della storia e quelli della coscienza individuale che Lopez coglie lucidamente nella loro portata e, in ultima analisi, nella loro profonda identità: «il contrasto tra meccanizzazione e spiritualità, tra collettivismo e solitudine interiore, tra godimento banale e intima miseria, tra le soddisfazioni offerte dal possesso della tecnica e le delusioni che la tecnica, con le sue contraddizioni, offre, tra la volontà esteriore di conquistare il piacere e la continua amarezza e melanconia, tra l'indifferenza al vero e la preoccupazione, tra l'anelito il più delle volte vago e indeterminato verso il trascendente e l'attaccamento al mondo terreno, in cui l'uomo contemporaneo mostra di sentire sempre più profondamente affondate le radici della sua vita, tra la consapevolezza storicistica e dialetticistica, che nel secolo XIX restava sul piano della filosofia nel senso più rigoroso ed ora è invece coscienza diffusa, e il sentimento geloso ed irriducibile dell'individualità – (...) questi molteplici contrasti danno luogo a una serie di antinomie che si trovano nell'anima dell'uomo contemporaneo e ne formano il travaglio che sembra insanabile»⁵³.

Scaturisce da qui quell'«inquietudine» di cui «l'anima moderna si è a poco a poco innamorata», scorrendo «in essa una profonda poesia» capace di rendere «la vita più varia e più complessa, più affascinante e più misteriosa»⁵⁴. Ma l'angoscia che ne deriva e che «per alcuni geniali pensatori», apre «la via percorrendo la quale lo spirito diviene ancora capace di sentire l'anelito verso l'infinito, che può essere la sua salvezza, cioè il mezzo per tornare al suo vero se stesso»⁵⁵, difficilmente «nel frammentarismo della vita moderna» riesce a superare lo «stadio psicologico»⁵⁶. Così l'individuo resta «ancora invischiato nel finito» e l'angoscia, «che rimane psico-

pienezza dell'attimo, ma ha invece la certezza di preparare la sua vita, di prepararsi a quel futuro, proteso verso il quale ed in funzione del quale gli pare di vivere, e che sente sgorgare di continuo dalla sua stessa azione», F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 25. Si vedano in proposito le brevi, profonde osservazioni di Giacomo Leopardi, Id., *Dialogo di Tristano e un amico*, in *Le prose morali*, I. DELLA GIOVANNA (cur.), Sansoni, Firenze, 1895, p. 272.

⁵¹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 25.

⁵² *Ivi*, p. 26.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ivi*, p. 27.

⁵⁶ *Ibidem*.

logica», pur dolorosamente amata, «non gli consente di cercare l'infinito se non nel finito»⁵⁷. E qui, avverte il Lopez, «lo spirito, con immane inganno, non può trovare se non un nulla profondo, che lo delude come una beffa e lo satura solo di aridità, e di sete febbrile e di spasimo»⁵⁸.

Qual è allora, per il giovane filosofo, la caratteristica fondamentale di questa crisi in paragone a tutte le altre che hanno attraversato la storia? E qual è il suo punto nevralgico?

Essa, pur determinata da «una infinità di motivi che possono empiricamente classificarsi come non spirituali e che in effetti appaiono tali», «nella sua precisa realtà è essenzialmente crisi spirituale»⁵⁹ ed il suo epicentro non è altro che l'«individuo considerato quale esso è»⁶⁰.

Non a caso, per il Lopez, «attualmente il problema della filosofia è divenuto, in maniera prepotente ed intransigente, quello della certezza, così come nell'epoca precedente è stato quello della verità, e nell'epoca classica quello della realtà»⁶¹. E infatti «il problema della certezza è quello del singolo», «restio ad ogni riduzione universalistica», «con il suo destino assolutamente individuale, nella sua situazione personalissima, legato alla singolarità che non intende abbandonare e che non può perdere»⁶².

La verifica dell'attendibilità di questa lettura si gioca per il Lopez proprio nel mondo del diritto, «ove appare palese ciò che è nell'intimo dell'esperienza sociale»⁶³; vale a dire, è la crisi stessa dell'esperienza giuridica ad offrire la cartina di tornasole più fedele della crisi generale, illuminandone l'essenza, «se non nelle scaturigini della sua origine profonda, almeno nella determinazione oggettiva»⁶⁴ che essa assume su più vasta scala.

Ora, per il Lopez, non vi è dubbio che il «motivo centrale dell'attuale crisi del diritto», risieda sostanzialmente nell'incertezza giuridica, così come è dato di coglierla dall'interno di quel «suo sforzo laborioso di adeguarsi alle nuove realtà sociali»⁶⁵.

I molteplici segnali di un *trend* che egli registra in modo puntuale e che culmina nel «discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta preesistente al giudizio»⁶⁶ ovvero nell'«aspirazione sempre più viva al diritto caso per caso»⁶⁷,

⁵⁷ *Ibidem*, p. 28.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ivi*, p. 29.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ivi*, p. 37.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ivi*, p. 40.

⁶⁶ *Ivi*, p. 38.

denotano inequivocabilmente un importante «mutamento di pensiero e di atteggiamento circa i concetti giuridici fondamentali»⁶⁸. In estrema sintesi si potrebbe dire che il primo concetto ad essere sovvertito è quello «fondamentale» di legge: contro di essa «si rivolgono tutte le critiche, vibrante e vivaci e inesauribili, che il pensiero moderno ha diretto contro l'astratto e il generale, in favore dell'individuale storico, cioè del concreto»⁶⁹.

Nella visione drammatica di Tocqueville, ripresa in proposito dal Lopez, il singolo, «impotente, povero ed isolato», non può che arretrare di fronte alla legge che gli appare «onnipotente e terribile, indifferente alla sua precisa e particolare individualità, rigida e astratta nella severità del suo comando»⁷⁰, barricandosi «dietro il diritto, (...) che ciascuno porta con sé, che la realtà, che i fatti, che la vita portano con sé»⁷¹. Qui si annida la pretesa antinomia tra legalità ed equità che ottenebra la mentalità comune, rendendola incapace di «giustificare» l'esigenza della «certezza» di fronte a quella della «giustizia», concepita come ideale esclusivo e totalizzante ma non chiarito nella sua vera natura e nelle sue reali implicazioni. Di questa frattura che tormenta la coscienza del suo tempo Lopez trova un'immagine efficace nei «due giudici integri» cui «lo spirito geniale e corrosivo di Anatole France dà voce in un dialogo indimenticabile»⁷²: «l'uno sostiene la validità assoluta della legge scritta identica e immutabile, l'altro la necessità della equità variabile e adeguata al singolo caso»; essi sono «irrimediabilmente fissi nella loro opinione» e mentre si recano in Tribunale, «il loro cavalli legati a un piuolo sotto un grande olmo, iniziano e svolgono insieme fra loro lo stesso discorso, e le loro opinioni sono anch'esse egualmente ferme ed egualmente inconciliabili»⁷³.

Tale contrasto, apparentemente insanabile, «tra lo spirito e la lettera,

⁶⁷ *Ibidem*. La diagnosi è del Calamandrei il quale segnala anche il «progressivo affievolimento del diritto soggettivo», spesso ridotto ad «interesse occasionalmente protetto»; l'«allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile»; l'«assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa»; l'«aumento dei poteri volontari del giudice»; l'«annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto privato e diritto processuale», P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, estr. Padova, 1939, p. 23.

⁶⁸ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 38.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ivi*, p. 40. Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Première édition historique-critique revue et augmentée par Eduardo Nolla, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1990.

⁷¹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 40.

⁷² *Ivi*, p. 158. Il dialogo è nel racconto *Les juges intègres* che significativamente si apre con questa battuta: «J'ai vu, dit, Jean Marteau, des juges intègres. Ce fut en peinture», A. FRANCE, *Crainquebille, Putois, Riquet et plusieurs récits profitables*, Calmann-Levy, Paris, 1921, p. 225 ss.

⁷³ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 158.

tra la giustizia equa e la giustizia certa, tra il valore interiore della giustizia e la sua necessaria traduzione in termini di oggettività»⁷⁴ non solo tradisce per il Lopez «la mancanza di una sana coscienza giuridica» ma dimostra paradossalmente come la crisi del diritto, «colta nella sua essenza, e vista alla radice», sia crisi dell'«individuo contemporaneo che ha smarrito se stesso»⁷⁵. Così il cammino, «né breve né agevole», necessario all'uomo «per riconquistare se medesimo»⁷⁶, non può evitare lo scoglio di un recupero pieno della necessità e validità della legge, e dunque della «certezza del diritto» ad essa inscindibilmente connessa.

In tale prospettiva il pensiero del Lopez si sviluppa secondo un duplice registro teso a cogliere la legge nella sua profondità di «valore dello spirito»⁷⁷ ed a colpire i fattori scatenanti il corto circuito da cui si è generata quell'ultima, invincibile estraneità di essa alla coscienza comune che connota il suo tempo. In che senso dunque lo smarrimento della certezza della legge concorre allo smarrimento dell'individuo? E quali sono i fattori determinanti questo corto circuito?

Sotto il primo profilo, occorre rendersi conto «più in concreto e più a fondo» dell'esigenza di certezza sottesa ad ogni fenomeno di natura giuridica «senza però che in generale si abbia un adeguato concetto di quello che essa implica in sé e della sua reale portata, anche sul piano speculativo»⁷⁸. Nei suoi connotati essenziali, essa si riconduce al bisogno elementare dell'uomo di sapere, «una volta concepita l'azione», «non quale sarà il suo risultato storico, il che varrebbe quanto conoscere l'assoluto, ma almeno come l'azione sarà qualificata, e come l'azione si inserirà nella vita storica della società»⁷⁹.

Ora il diritto, con le sue norme, «introduce la certezza nella vita sociale», nella misura in cui garantisce «la qualifica dei comportamenti possibili»⁸⁰. Ed in questo rivela «la sua natura schiettamente umana, indissolubilmente legata al mondo degli uomini e solo ad esso»⁸¹: «gli uomini hanno bisogno per la loro azione presente, di poter contare sulla loro azione futura, sulla portata della propria azione futura, e dunque anche sull'azione degli altri uomini»⁸².

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ *Ivi*, p. 69.

⁷⁸ *Ivi*, p. 48.

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ivi*, p. 49.

⁸¹ *Ibidem.* D'altro canto «il diritto è un'esperienza fondamentale della realtà, in particolare del mondo storico e (...) nessun uomo può ignorarla, pur non conoscendola nel suo aspetto scientifico», F. LOPEZ DE OÑATE, *Compendio di filosofia del diritto*, cit., p. 70.

⁸² F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 49.

Nella sua dimensione più elementare, dunque, certezza del diritto si potrebbe tradurre in «certezza dell'azione», ovvero in effettiva possibilità di essa⁸³. Ed i caratteri basilari della norma giuridica, comunemente ricondotti alla generalità ed all'astrattezza e contro i quali «da tanti archi vengono lanciati miriadi di strali», per il Lopez mirerebbero semplicemente «a garantire in modo certo e inequivocabile l'azione», «in modo che gli uomini possano contare su ciò che verrà»⁸⁴.

In tale ottica, «obbedire alla legge degna di questo nome, vuol dire obbedire alla ragione profonda che ciascuno porta in sé, come legge della sua vita e del suo intimo essere»⁸⁵. Insomma «la legge incerta tradisce la sua missione di legge» proprio in quanto «rifiuta di dare all'individuo il sostegno esteriore, ed interiore, che egli va affannosamente cercando, per essere soccorso nell'attuazione del suo desiderio di essere se stesso», mediante l'azione⁸⁶.

Ora, guardando alla legge, in questi termini, concepandola cioè essenzialmente come «valore dello spirito»⁸⁷, non è difficile per il Lopez rendersi conto della diversa natura e della portata effettiva degli attentati che colpiscono la certezza giuridica nel suo farsi storico.

Egli è convinto che le minacce «di fatto» contro realtà di natura valoriale, quali la legge, siano «meno gravi», «in quanto i valori permangono, colpiti ma non negati o abbattuti»; mentre è la loro «negazione teorica»

⁸³ Cfr. *ivi*, p. 52.

⁸⁴ *Ibidem*. Del resto, «la prevedibilità dei comportamenti, cioè della loro valutazione, è il motivo per il quale la legge non ragiona di *cose particolari e presenti* ma di *cose future e generali* , secondo la geniale intuizione di Aristotile. In questo la legge rende possibile la continuità, che lega l'azione presente all'azione futura, che lega gli uomini gli uni con gli altri e addirittura che lega – lo ha osservato con vera profondità Bentham – la generazione presente alla generazione futura», *ivi*, p. 50. In questo solco si colloca l'elaborata definizione dell'Orestano: «il diritto è la definizione tipica di rapporti e fatti umani collettivi e personali, necessari o elettivi, ai quali è connessa *la costante certezza di una loro efficienza pratica socialmente determinata* », F. ORESTANO, *Filosofia del diritto*, F.lli Bocca, Milano, 1940, p. 62. In piena sintonia, Calamandrei sottolineava come la scienza giuridica debba «servire a rendere più agevole e più facile l'applicazione della norma al caso pratico, ad aumentare, con le sue sistemazioni razionali, il grado di certezza del diritto, cioè a rendere sempre più intelligibile la portata delle regole prestabilite dal legislatore all'agire umano ed a mettere il singolo in condizione di calcolare in anticipo, con previsioni sempre più sicure, le conseguenze giuridiche delle proprie azioni», P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 174.

⁸⁵ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 53.

⁸⁶ Non vi è dubbio che «il carattere di certezza che la norma reca con sé» implichi «una limitazione»: «ma l'individuo si assoggetta volentieri o almeno spontaneamente ad essa, piegando la propria volontà alla necessità della legge, purché quest'ultima gli doni la propria garanzia, ossia gli dia la possibilità di attuare un comportamento che si protende nel futuro, quindi compiere un'azione, come estrinsecazione della possibilità di quella garanzia», F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pp. 52-53.

⁸⁷ *Ivi*, p. 69.

ad assumere «carattere eccezionalmente micidiale», proprio nella misura in cui punta a «distruggerli nelle coscienze»⁸⁸.

Così, non è che «una consapevolezza oscura»⁸⁹, ben lontana dalle dichiarazioni programmatiche, a trapelare nelle manifestazioni *di fatto* della incertezza del diritto. Fenomeni affatto ricorrenti, come l'oscurità delle norme, la loro mancanza di semplicità, l'instabilità e l'ipertrofia spesso contraddittoria che le caratterizza, o situazioni pressoché inevitabili, come la lacunosità dell'ordinamento, meritano sì attenzione specifica e rimedi efficaci, ma appartengono in buona sostanza al divenire stesso dell'esperienza giuridica⁹⁰. Mentre tutt'altro calibro assumono le minacce «anche teoriche alla certezza del diritto», perpetrate dalle varie correnti che tendono, sia pur «preterintenzionalmente», ad «infrangere» quella certezza e ad «annichilire il sentimento della legalità»⁹¹.

Ad esse il Lopez non risparmia una critica penetrante e serrata, che gli dischiude la via al paragone con il diritto canonico.

Dai postulati della scuola del diritto libero sino a quelli ascrivibili alle derive di matrice nazionalsocialista e di stampo sovietico, emerge, pur nella diversità degli accenti, una tendenza inequivocabile a misconoscere «l'indole propria del diritto, e cioè la natura del diritto come valore»⁹². In esse, la norma, concepita come «mezzo per raggiungere un fine», «è attuata di volta in volta dal giudice nell'atto stesso in cui egli la crea»⁹³, sia che egli si ispiri ad una «esigenza di giustizia», alla «natura del rapporto esaminato», o all'«equità» quale «fonte di diritto», come nella scuola del diritto libero⁹⁴; ovvero, secondo l'ideologia nazionalsocialista, allo spirito del popolo latente nelle norme scritte⁹⁵; o infine «al criterio puramente tecnico dell'interesse politico», proprio della dottrina sovietica⁹⁶. In ogni caso, l'esperienza giuridica, sempre «legata a qualcosa d'altro da se medesima»,

⁸⁸ *Ivi*, p. 67.

⁸⁹ *Ivi*, p. 81.

⁹⁰ Limitandosi al problema della completezza, basti qui richiamare la qualifica dell'ordinamento positivo come «lacunoso per definizione» di T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disposizioni preliminari del diritto privato*, in *Archivio giuridico*, 94 (1925), p. 235; o la definizione estrema dell'ordinamento come «sistema di lacune» di M. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, Roma, Athenaeum, 1928, p. 39. Qualifiche queste che riecheggiano una consapevolezza antica, già ben esplicitata nel *Digesto*: «neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoquoque inciderint, comprehendantur» (fr. 10, D. 1, 3).

⁹¹ *Ivi*, p. 81.

⁹² *Ivi*, p. 101.

⁹³ *Ibidem*, p. 101.

⁹⁴ *Ivi*, p. 86.

⁹⁵ *V. ivi*, pp. 86-87.

⁹⁶ *Ivi*, p. 86.

finisce per rivestire «un carattere puramente strumentale»⁹⁷, che determina la sua irreducibile provvisorietà.

Ora, si chiede il Lopez, «se il fine politico, e in generale trascendente – rispetto al quale il diritto assume carattere strumentale – fa sì che nell'ordinamento sia messo da parte il principio della certezza, *quid* di questo principio nel diritto canonico?»⁹⁸.

Egli, richiamando le tesi opposte di Orio Giacchi e di Pio Fedele ed appoggiandosi alla posizione di Charles Lefebvre sull'equità⁹⁹, non esita ad affermare che «l'esigenza della certezza è dovunque rispettata nel sistema giuridico della Chiesa, nonostante il suo fine ultraterreno, più che non lo sia negli altri sistemi giuridici sopra esaminati, fondati su una concezione che considera il diritto come strumento per il raggiungimento di importanti fini terreni»¹⁰⁰.

La risposta, come Pio Fedele non mancherà di rilevare con la consueta schiettezza¹⁰¹, risente di una certa frettosità ed angustia in paragone alla ricchezza di idee che alimentano le pagine del Lopez, ma ha il pregio di cogliere il *focus* del problema sul quale l'avanguardia della dottrina canonistica, allora impegnata in una decisiva battaglia culturale per la dignità scientifica della disciplina nelle Università italiane, non cessava di interrogarsi¹⁰².

⁹⁷ *Ivi*, p. 101.

⁹⁸ *Ivi*, p. 96.

⁹⁹ Il Lopez si riferisce esplicitamente ai seguenti saggi: O. GIACCHI, *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna*, in *Il Foro italiano*, estr., LXIV, 1939, pp. 44-45; P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Perugia*, estr., LV, Padova, 1941, p. 101; ID., *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *Annali della R. Università di Macerata*, XI, estr., Tolentino, 1937, p. 30; C. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris, Recueil Sirey, 1938, p. 307. È da notare che anche altre sezioni dell'opera del Lopez riflettono una attenzione seria alla letteratura canonistica contemporanea; in particolare a proposito della «massima *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*», egli richiama Orio Giacchi, ID., *Precedenti canonistici del principio «nullum crimen sine praevia lege poenali»*, in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, estr., Firenze, 1936, e Pio Fedele nel suo *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, LV, estr., Padova, 1941, p. 97 ss.

¹⁰⁰ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 97.

¹⁰¹ «Confesso», egli scrive, «che avrei desiderato che al problema della certezza del diritto nell'ordinamento canonico fosse fatto più largo posto in un libro così ricco di idee e tanto meritatamente apprezzato come quello del Lopez»; «... ed è un vero peccato che un problema filosofico, prima ancora che giuridico, come è indubbiamente quello della certezza del diritto, non sia stato adeguatamente affrontato e risolto anche relativamente al diritto canonico da un filosofo del diritto, come è il Lopez, così copiosamente dotato», P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pp. 210-211.

¹⁰² Ci si riferisce innanzitutto a quel ripensamento metodologico, inaugurato negli anni trenta/quaranta del secolo scorso dalla scuola italiana, che, traendo lo studio del diritto canonico dalle secche dell'esegesi e riaprendolo all'orizzonte vasto e stimolante del confronto con l'intera scienza giuridica, ne prospetta una impostazione «nuova ed originale».

L'avventura culturale della scuola canonistica italiana nasce dall'«esigenza» che «anche

Al Lopez non sfugge come in ultima analisi, anche sotto l'impero del *Codex Iuris Canonici*, sia a tema l'«esatta cognizione della portata dell'equità in diritto canonico»¹⁰³. Del resto, prendendo le mosse dai postulati della scuola del diritto libero, egli non aveva mancato di rilevare, in linea generale, la centralità e la delicatezza della questione. Da un lato non si poteva negare la validità dell'esigenza che era alla radice di quel pensiero, pur ritenendola in buona sostanza già soddisfatta dall'equità aristotelicamente intesa, come giustizia concreta del caso singolo¹⁰⁴. Dall'altro andava senz'altro respinto l'apporto di novità ascrivibile a quella corrente: se non vi è dubbio che l'equità supponga sempre «un appello dalla forma al contenuto, o per meglio dire un diritto superiore a quello che proviene dalla volontà dello Stato»¹⁰⁵, per il Lopez, essa non può mai andar oltre la

il diritto canonico sia studiato col metodo proprio degli ordinamenti giuridici; il quale del resto, non è che il procedimento solito, imposto dalla logica formale per l'intendimento di ogni ordinamento di leggi e dettami». Una esigenza che per quanto variamente interpretata e diversamente tradotta dai protagonisti di questo dibattito – i quali, come è bene ricordare, «avevano opinioni non sempre concordanti, anche su questioni di grande rilevanza» – non li induce mai «a sottacere l'esistenza di significative differenze tra il diritto della Chiesa e il diritto dello Stato». Anzi, sotto questo profilo, va rilevato che «i canonisti italiani non si limitano ad affermazioni di carattere generale, ma si preoccupano di indicare specificamente ed enumerare accuratamente le "peculiarità" del diritto della Chiesa». Si veda in proposito, G. FELICIANI, *Il diritto canonico nelle Università non ecclesiastiche*, in *L'insegnamento del diritto canonico*, cit., p. 116. Per un opportuno inquadramento di questo indirizzo metodologico, della statura scientifica dei suoi protagonisti, delle implicazioni a livello didattico e più in generale per la questione del metodo nel diritto canonico, si vedano in particolare P. LOMBARDÍA, *Sobre la enseñanza universitaria y el metodo de estudio del derecho canónico. A proposito de un libro*, in Id., *Escritos de derecho canónico*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1973, vol. I, pp. 95-111; P. LOMBARDÍA, *El derecho canónico en las Facultades de Derecho*, in *ivi*, pp. 279-309; P. LOMBARDÍA, *Aportaciones de Vincenzo Del Giudice al estudio sistematico del derecho canónico*, in *ivi*, pp. 431-495; R. BERTOLINO (a cura di), *Scienza giuridica e diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1991; R. TORF, *Les écoles canoniques*, in *Revue de droit canonique*, 47/1 (1997), pp. 94 ss.; S. BERLINGÒ, *L'insegnamento del diritto canonico nelle Università Statali Italiane. Lo statuto epistemologico di una canonistica laica*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, X (1997), pp. 145 ss.; M. VISMARA MISSIROLI, *Diritto canonico e scienze giuridiche. L'insegnamento del diritto della Chiesa nelle università italiane dall'Unità al Vaticano II*, Cedam, Padova, 1998; C. FANTAPPIÈ, *Pietro Agostino d'Avack: dal confronto con la canonistica curiale all'autonomia scientifica del diritto canonico*, in J.I. ARRIETA e G.P. MILANO (a cura di), *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1999, pp. 139-170. M. VISMARA MISSIROLI, *Il diritto canonico nel quadro delle Facoltà di Giurisprudenza secondo d'Avack e Lombardía*, in *ivi*, pp. 367-368; G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto, III, L'uomo, il diritto, la giustizia*, Giappichelli, Torino, 2012; C. MINELLI, *La questione del metodo nel diritto canonico. Il rinnovarsi di una sfida*, in *Ius Ecclesiae*, XXV(2013), pp. 449-458; M. MIELE (a cura di), *Gli insegnamenti del diritto canonico ed ecclesiastico a centocinquant'anni dall'Unità*, Il Mulino, Bologna, 2015; C. FANTAPPIÈ, *Eclesiologia e canonistica*, Marcianum Press, Venezia, 2015, pp. 255-314.

¹⁰³ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 97.

¹⁰⁴ V. *ivi*, p. 115.

¹⁰⁵ V. MICELI, *Psicologia del diritto*, in *Annali della Regia Università di Perugia*, XII (1902), p. 183, cfr. Id., *Principii di filosofia del diritto*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 1928, p. 291 ss.

valutazione giuridica concreta o la specificazione della giustizia. Pertanto l'invocata «ricezione dell'equità come fonte di diritto, da parte di un sistema legislativo»¹⁰⁶, sarebbe a suo dire del tutto «contraddittoria», in quanto ne implicherebbe l'«intima smentita», «giacché l'equità come fonte immediata di diritto è la distruzione della legge scritta»¹⁰⁷.

Ed è a questo livello che si gioca la replica del Fedele.

Con la tempra che lo induce normalmente a percorrere la propria via fino in fondo e, solo dopo averla tutta percorsa, a render conto «dell'altrui pensiero», ritenendo di poter «vagliare» soltanto alla luce della sua tesi «la forza di resistenza di quelle altrui»¹⁰⁸, il canonista perugino rompe ogni possibile indugio: «chi sia penetrato nello spirito del diritto della Chiesa; chi abbia considerato l'inconfondibile fisionomia di questo diritto quale si rivela, per visibili segni, non pure attraverso i canoni del *Codex*, ma anche e soprattutto attraverso la sua plurisecolare evoluzione; chi abbia fermato la propria attenzione su taluni istituti caratteristici dell'ordinamento canonico, quali la *dissimulatio*, il *tolerari potest*, la *epicheia*, la *aequitas canonica*, o vivi in questo ordinamento come in nessun altro ordinamento giuridico, quale la dispensa, su taluni modi di cessazione della legge, sul valore della consuetudine; chi abbia posto mente alla sorte che hanno nel diritto della Chiesa taluni principi, come quello della divisione dei poteri; chi abbia avuto riguardo ai poteri del giudice nel diritto canonico; insomma chi abbia guardato questo diritto come ad un complesso di norme positive che, come tali, sono forma, ma che nella loro massima parte sono profondamente permeate da principi religiosi, metagiuridici, che assommano al principio della *salus animarum*, energia vitale di trasformazione permanente dei fenomeni giuridici, ed incessantemente tendono ad adeguare la sostanza viva che integra la vita stessa della Chiesa, della quale il diritto è una particolare manifestazione; chi tutto questo abbia studiato dal di dentro della carta stampata ed abbia vissuto nella realtà, non può non risolvere in senso negativo, rispetto all'ordinamento della Chiesa, il problema della certezza del diritto»¹⁰⁹.

E se è fuor di dubbio che la codificazione rappresenti «una delle affermazioni storiche di quel principio»¹¹⁰, la tesi radicale del Fedele trova ulteriore conforto nello «scetticismo» a suo tempo manifestato da alcuni autorevoli esponenti della dottrina laica dinanzi alla prospettiva di codifica-

¹⁰⁶ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 116.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ P. FEDELE, *Il problema dell'animum communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 130. Per un profilo del canonista di Perugia si veda C. FANTAPPIÈ, *Fedele, Pio*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, pp. 831-832.

¹⁰⁹ P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, cit., p. 210.

¹¹⁰ *Ivi*, p. 211.

re il diritto canonico, circa «la sua capacità ad essere ridotto ad un sistema di prescrizioni rigide ed assolute»¹¹¹ e nella convinzione assai diffusa che «se c'è un ordinamento giuridico che meno ha la vocazione per la codificazione delle sue norme, questo è senza dubbio l'ordinamento canonico»¹¹².

Senza sminuire la portata induttiva di tale ultimo argomento, che corrobora l'impostazione critica dei percorsi di ricerca riuniti nel presente volume, vale la pena soffermarsi sul problema sostanziale al centro della discussione. Del resto, la consapevolezza del legislatore ecclesiastico stesso circa «l'impossibilità» di sottrarre, «mediante la codificazione», il diritto canonico «all'arbitrio, prudente ma amplissimo, del giudice e in genere del legittimo superiore»¹¹³, soprattutto nel momento culminante del processo ermeneutico e cioè nell'applicazione della norma al caso concreto, si traduce tecnicamente, secondo modulazioni non incoerenti con la genuina tradizione canonistica, in una molteplicità di istituti recepiti nel *Codex*, tra i quali occupa un posto eminente l'*aequitas canonica*.

Il contesto, come noto, è quello del diritto suppletorio, racchiuso nella formula: «*generalia iuris principia cum aequitate canonica servata*»¹¹⁴. Una formula cruciale nella soluzione del problema delle lacune alla quale Fedele aveva già dedicato molta attenzione in un celebre saggio del 1936 e che riflette l'«intimo e imprescindibile» nesso tra i principi generali del diritto e l'*aequitas canonica*, «in quanto senza ricorrere a questa riuscirebbe impossibile trarre da quelli la disciplina dei casi concreti»¹¹⁵.

Tuttavia, alla luce della tradizione che il *Codex* non smentisce, egli ritiene che l'*aequitas* non esaurisca il suo ruolo in quello più modesto e «meno violento» di supplenza al silenzio del legislatore¹¹⁶.

¹¹¹ *Ibidem*. Cfr. C. CALISSE, *La codificazione del diritto canonico*, in *Rivista internazionale di scienze sociali*, XXXV (1904), p. 351; F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, cit., pp. 95-97; E.A. FRIEDBERG, *Ein neues Gesetzbuch für die katholische Kirche*, in *Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht*, VIII (1908), p. 49 ss.; P. HINSCHIUS, *Das kirchenrecht der katholischen und Protestanten*, Berlin, 1895, p. 895 ss.

¹¹² P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, cit., pp. 212-213.

¹¹³ *Ivi*, cit., p. 213.

¹¹⁴ Cfr. *Codex Iuris Canonici*, 1917, can. 20 e *Codex Iuris Canonici*, 1983, can. 19.

¹¹⁵ P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, p. 218. Del resto «l'aver il legislatore richiamato l'*aequitas canonica* accanto ai *generalia iuris principia* sta a dimostrare che esso ha inteso dare al problema delle lacune dell'ordinamento legislativo una soluzione che non trova riscontro in quella data a questo problema dal legislatore civile, in quanto pur riproducendo nell'espressione *generalia iuris principia* la corrispondente civilistica "principi generali del diritto" ha inteso attribuire a quell'espressione, mediante il richiamo dell'*aequitas canonica*, un significato tipicamente canonistico, cioè rispondente allo spirito dell'ordinamento canonico, e dunque senza riscontro nella legge civile e nella dogmatica civilistica», P. FEDELE, *Generalia iuris principia cum aequitate canonica servata*, in *Studi Urbinati*, 14 (1936), pp. 78-79.

¹¹⁶ P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, p. 217.

Se è vero che la sua funzione non varia tanto «secondo i diversi tipi di rapporti giuridici in cui essa opera» quanto «secondo le circostanze che nei singoli casi concreti vengono in considerazione»¹¹⁷, occorre piuttosto valutarne l'impatto in quelle fattispecie nelle quali «l'esigenza suprema di realizzare il fine dell'ordinamento canonico resterebbe senza più sacrificata se la norma giuridica fosse applicata (...) così come trovasi scritta»¹¹⁸.

In tali circostanze «sullo *ius scriptum* prende il sopravvento la *aequitas non scripta* e lo soppianta»¹¹⁹; vale a dire, «decidendo in base all'*aequitas*, il giudice ecclesiastico si trasforma essenzialmente in legislatore, perché decide il caso concreto applicando una norma diversa da quella contenuta nell'ordinamento legislativo vigente»¹²⁰. Ed è questa, secondo il Fedele, la funzione più tipicamente canonistica dell'*aequitas*.

Invero, se essa si limitasse a supplire le mancanze delle norme scritte, non comporterebbe di per sé alcun attentato al principio della certezza del diritto, che non esclude affatto la possibilità di integrazione di eventuali lacune legislative. Ma così non è. La sua vocazione di antagonista al suddetto principio si rivela pienamente nell'ipotesi, del tutto plausibile per la dottrina classica, «ubi *aequitas non scripta* habeat pro se praesumptionem animae»¹²¹; in tal caso «praefertur iuri scripto»¹²². Vale a dire, secondo l'efficace risposta dell'Ostiense alla tendenza legalitaria dei glossatori civilisti a lui contemporanei: «sed velint nolint, hanc aequitatem de iure necesse habent sequi, ubicumque agitur de periculo animarum»¹²³. L'*aequitas non scripta* è dunque chiamata a prevalere sul *rigor scriptus*, quante volte, «per circostanze speciali», l'applicazione del diritto scritto al caso concreto finisca per tradire lo scopo, «diretto o indiretto, prossimo o remoto», di ogni istituzione ecclesiastica: «omnis institutio ecclesiasticarum legum ad salutem referenda est animarum»¹²⁴.

In tale ottica, profondamente unitaria, risultano destituite di fondamento quelle letture della dottrina classica sull'*aequitas* che non esitano a contrapporre due tendenze di fondo: quella «incline alla misericordia e cioè a temperare le disposizioni legislative», all'altra portata piuttosto «a far prevalere queste ultime sull'*aequitas*»¹²⁵; ovvero «l'idea della carità cristiana,

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ivi*, p. 219.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ HENRICUS DE SEGUSIO, *Apparatus super quinque libris decretalium*, Strasburgo, 1512, ad c. 9, X, *De arbitris*, I, 48.

¹²⁴ IVO CARNUTENSIS, *Epistola LX*, in J.P. MIGNE (cur.), *Patrologiae cursus completus*, Apud J.P. Migne editorem, Parisiis, Tomus CLXII, p. 64.

¹²⁵ P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, cit., p. 220.

della misericordia, della pietà», quale «riflesso dello spirito del cristianesimo», all'«idea del bene comune, del fine della società ecclesiastica»¹²⁶, ispirata in ultima istanza ad una concezione strettamente legalistica dell'ordine giuridico.

L'equivoco, da cui non è immune la tesi del Lefebvre alla quale pur si appoggia il Lopez¹²⁷, risiede nella concezione stessa di bene comune. Infatti, trattandosi del fine ultimo della società ecclesiastica, essa non solo non è incompatibile con il principio di carità e misericordia, ma non ne può prescindere nemmeno in linea teorica. Semplicemente nell'ordinamento canonico non si dà «un concetto di interesse individuale contrapposto ad un concetto di interesse collettivo» o «una netta distinzione tra interesse privato e interesse pubblico»¹²⁸, quasi che «l'attuazione dell'interesse individuale» postuli «l'applicazione del principio equitativo», mentre «l'attuazione dell'interesse collettivo» esiga «l'applicazione rigorosa del principio legalitario»¹²⁹.

E tale equivoco, a sua volta, dipende, per il Fedele, da quella svista metodologica, che, considerando l'ordinamento canonico «alla stregua di qualsiasi altro ordinamento giuridico»¹³⁰, «arbitrariamente assume ed utilizza concetti propri della teoria generale del diritto senza tener conto delle radicali trasformazioni che essi devono subire»¹³¹ quando siano contemplati in seno a quell'ordinamento. Si riprenderà più oltre questo accenno ai profili di metodo rilevanti in materia. Basti qui trattenere il richiamo essenziale del canonista perugino e cioè che «le esigenze del bene della società ecclesiastica, in sé e per sé considerata, non sono, non possono essere diverse dalle esigenze del bene dei singoli membri che la compongono»¹³², *uti singuli*; e pertanto «non è possibile pensare a due diversi mezzi ordinati alla realizzazione di quel bene, che, come il fine della Chiesa, è uno ed indivisibile»¹³³.

Alla luce di queste considerazioni, il Fedele ritiene di poter concludere che «se si vuol pervenire alla soluzione del problema della certezza del diritto sul fondamento dell'esatta cognizione della portata dell'equità», tale soluzione, «per quanto riguarda l'ordinamento della Chiesa», «non può essere quella voluta dal Lopez, ma deve essere negativa»¹³⁴: in quanto «non

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ V. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pp. 96-97.

¹²⁸ P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, cit., pp. 220-221.

¹²⁹ *Ivi*, p. 221.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Ivi*, p. 222.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*.

esiste il principio della certezza del diritto in un ordinamento come quello canonico, in cui il giudice per soddisfare le esigenze insopprimibili dell'*aequitas canonica*, non solo ha il potere, ma altresì il dovere di sacrificare il diritto scritto emanando un atto che formalmente è un atto giurisdizionale (in senso stretto), ma sostanzialmente è un atto legislativo»¹³⁵.

Non è possibile qui addentrarsi nel merito della ricca campionatura offerta dal Fedele a conforto della sua tesi, nella quale egli compendia alcuni degli esiti più significativi delle sue note indagini circa le peculiarità dell'ordinamento canonico e sulla quale pure interverrà nella sua replica Giuseppe Capograssi ma che meriterebbe di essere rivisitata in un contesto totalmente dedicato. Tuttavia, nell'ottica di questo contributo, occorre segnalare almeno l'importanza del paragone con il diritto penale canonico e l'insistenza del Fedele sul fatto che proprio in tale ambito il problema della certezza del diritto «si acuisce raggiungendo il suo culmine»¹³⁶. All'affermazione del Lopez secondo cui «si coglie con particolare evidenza» la necessità della certezza in quel ramo del diritto, «a cagione della più spiccata e rigida fisionomia» di esso¹³⁷, già Carnelutti aveva opposto «il potere discrezionale del giudice, tra il massimo e il minimo nell'applicazione della pena»¹³⁸; il fatto cioè che «se la pena fosse veramente certa sarebbe inevitabilmente ingiusta»¹³⁹. A tale obiezione fa eco quella ancor più radicale del Fedele riguardo all'«amplissima deroga al divieto di analogia in materia penale»¹⁴⁰, a sua volta radicata nell'«idea della *salus animarum*», la quale trasforma la legge penale «da *odiosa* a *favorabilis*» e, di conseguenza, riduce «il monopolio legislativo della sanzione penale» nel diritto canonico a «lettera morta»¹⁴¹.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ivi*, p. 223.

¹³⁷ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 51.

¹³⁸ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 201.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, cit., p. 224.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 227. Vale la pena richiamare l'approccio al tema di Orio Giacchi che, all'esito di uno scavo importante nel periodo aureo del diritto canonico, è in grado di affermare l'ascendenza canonistica del principio della riserva di legge in materia penale: non si deve credere cioè «che l'accoglimento del principio sia smentito o comunque dall'aver il *Codex* ammesso la possibilità di una pena indeterminata, cioè di una pena "prudenti arbitrio iudicis vel Superioris relictà"; infatti, «l'ammissione della indeterminatezza può [...] coesistere col principio della riserva della legge penale» e «neppure possono essere considerati come deroghe al principio affermato nel can. 2195 § 1, i canoni 2222 § 1 e 2231», O. GIACCHI, *Precedenti canonistici del principio «Nullum crimen sine proevia lege poenali»*, in *Id.*, *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, Studi raccolti e presentati da O. FUMAGALLI CARULLI, *La Chiesa e il suo diritto. Religione e società*, I, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 421-436, in particolare p. 425.

Il canonista perugino, insomma, esclude risolutamente la possibilità che in seno all'ordinamento canonico vi sia spazio alcuno «per quel complesso di idee che va sotto il nome di positivismo»¹⁴², e quindi anche per «il principio della certezza del diritto, che del positivismo, checché se ne dica, è diretta filiazione»¹⁴³. Egli non ha dubbi: «soltanto nello *ius quod in Lege et Evangelio continetur* il diritto della Chiesa attinge il supremo grado della sua vera certezza»¹⁴⁴.

3. La certezza del diritto "vivo"

Le conclusioni categoriche di Pio Fedele dovevano aver lasciato una traccia non superficiale nell'animo del Lopez se, come annota Guido Astuti, egli si era ripromesso di tornare sul punto, proprio a partire dalle critiche del canonista perugino¹⁴⁵.

Ma per comprendere l'effettiva portata del confronto con il diritto canonico occorre guardare agli esiti del tentativo di Giuseppe Capograssi il quale, dinanzi alla complessità dei problemi sollevati dalle reazioni a *La certezza del diritto* ed all'inesorabile incompiutezza del dialogo relativo, si prefigge di mettere a confronto il libro con le critiche, al puro scopo di «rendere esplicite», senza «nulla aggiungere», «le soluzioni che già il libro porta in sé»¹⁴⁶. Nessuno meglio di Capograssi avrebbe potuto farlo: basti pensare all'intensità del suo legame con quel giovane filosofo «contraddittore»¹⁴⁷ il quale, «a compenso dell'accademico rapporto con il proprio "maestro" accademico», aveva finalmente trovato in lui un maestro vero che, «pur tra le remore dell'età e della devozione», gli sarebbe stato anche profondamente «amico»¹⁴⁸.

¹⁴² P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, cit., p. 234.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 237.

¹⁴⁵ Esse infatti, insieme alle altre reazioni suscitate da *La certezza del diritto*, dovevano configurarsi nell'ottica speculativa del suo autore, come «nuova materia di studio e di ripensamento», G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 241.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 242. Della ricchissima bibliografia dedicata alla figura del filosofo giurista sulmonese, si segnalano per la pertinenza all'oggi dell'esperienza giuridica i saggi di L. MENGONI, *Attualità di Giuseppe Capograssi*, in ID., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, cit., pp. 229-235; e P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili dei giuristi*, t. I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 641-667.

¹⁴⁷ Così Capograssi «sentiva» Lopez, «amico e contraddittore», v. in proposito G. NENCIONI, *Introduzione* a F. LOPEZ DE OÑATE, *Responsabilità e azione: scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a cura e con un saggio di G. ACOCELLA, Morano, Napoli, 1974, p. X. sul legame tra Lopez, Capograssi e Nencioni, si veda P. GROSSI, *Il "giurista" Giovanni Nencioni*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili dei giuristi*, t. II, cit., pp. 63-71.

¹⁴⁸ G. NENCIONI, *Introduzione*, cit., p. LXVIII.

Così il saggio di Capograssi, pensato nell'ottica «subalterna»¹⁴⁹ di cui s'è detto, proprio per la caratura e l'attendibilità degli argomenti che scaturiscono in un'immedesimazione calda e profonda con l'intento originale del Lopez, è destinato a tirare le fila dell'intero dibattito.

Ebbene, non può non impressionare la centralità del tema canonistico in quella rilettura definita dal suo autore come meramente «pedissequa»¹⁵⁰, quasi vi si racchiudesse la chiave di volta di tutto il travaglio speculativo cui l'opera dell'amico scomparso aveva dato adito. Le ragioni di tale scelta, quanto meno inedita in uno scenario culturale dominato anche allora da ben altre voci, non dipendono appena dalla sensibilità di Giuseppe Capograssi che, oltre ad essere «cattolico convinto», come ammetterà Nencioni, fu anche «pensatore cattolico»¹⁵¹, né soltanto dalla radicalità della provocazione di Pio Fedele, ma, a ben guardare, appartengono in qualche misura all'anelito profondo che anima la trama argomentativa del Lopez e che affiora con maggiore evidenza negli snodi di cui si è più sopra riferito.

Sotto questo profilo, è di capitale importanza la puntualizzazione di Capograssi circa il piano puramente speculativo della ricerca lopeziana e l'oggetto specifico di essa, vale a dire «la certezza come consapevolezza dell'azione»¹⁵², come «obiettività», come «principio al quale obbedisce e intorno al quale si organizza tutto il mondo del diritto»¹⁵³.

Per tale via, egli è in grado di contestualizzare meglio la questione fondamentale sollevata da Carnelutti relativa al «costo terribile della certezza»¹⁵⁴, e cioè a quella fatale «antitesi» tra certezza e giustizia, che sempre si risolve nel sacrificio di questa a quella. L'«olimpico silenzio» del Lopez¹⁵⁵ su questo problema che è «il problema stesso dell'esperienza giuridica»¹⁵⁶, non avrebbe giustificazione plausibile se non si considerasse con esattezza l'angolo di visuale prescelto dal giovane filosofo. È una prospettiva anteriore la sua, che riguarda «la certezza in quanto tale», e non «la radicale relatività dell'esperienza giuridica»¹⁵⁷, cui invece si riferisce Carnelutti e

¹⁴⁹ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 242.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ G. NENCIONI, *Introduzione*, cit., p. IX.

¹⁵² G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 244.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Cfr. *ivi*, p. 243.

¹⁵⁵ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 199. Sull'itinerario scientifico di Francesco Carnelutti si vedano almeno N. BOBBIO, *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, in *Giurisprudenza Italiana*, CI (1949)/4, pp. 113-127; G. TARELLO, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926*, in ID. (cur.), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 497-524 e per una bibliografia degli scritti giuridici, pp. 525-598.

¹⁵⁶ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 246.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

che egli pure contempla non però come oggetto precipuo di indagine ma come dato contestuale ineliminabile, attinente alla «struttura stessa dell'esperienza umana»¹⁵⁸, a quell'«indigenza costitutiva» che si ritrova «in tutta l'area delle vita» segnata di fatto «dalla limitazione del finito e dalla presenza del male»¹⁵⁹.

Ridisegnati in questi termini i confini della ricerca, Capograssi può finalmente addentrarsi nel tema della certezza, seguendo la tensione speculativa del Lopez: la certezza appartiene essenzialmente alla «realtà profonda della vita del diritto»¹⁶⁰, non è «qualche cosa di meccanico ed esteriore»¹⁶¹, non coincide con «il nudo principio di legalità (...) formale», o «il nudo comando astratto e generale»¹⁶², ma piuttosto, «come tutto il libro dimostra», con l'«azione» che viene «salvata nella sua reale natura»¹⁶³, vale a dire «nel suo valore di certezza»¹⁶⁴, cioè «in quel valore che ogni azione porta effettivamente realmente con sé»¹⁶⁵. In quest'ottica il diritto è «principio di azione» e al tempo stesso «azione che si concreta in un mondo di principi, di esperienze di istituzioni di realtà»¹⁶⁶. E dunque non è mai «vuota forma»¹⁶⁷ in cui, secondo la felice immagine del Calamandrei, «ogni metallo nobile o vile può essere colato, per assumervi egualmente, appena freddato, la tranquillante impronta della giuridicità»¹⁶⁸; ma è sempre «forma e contenuto»¹⁶⁹, ovvero «forma piena e viva» dei contenuti «che la politica o la lotta delle forze sociali vanno preparando»¹⁷⁰, «non rivestendoli di un involucro esteriore, che li copre e li lascia intatti, ma trasformandoli in veri elementi concreti dell'ordine giuridico, assorbendoli in quest'ordine e purificandoli come elementi della vita del diritto, dando cioè loro profonda consapevolezza della pienezza concreta, della umanità della vita»¹⁷¹. Risulta così ancor più manifesto che il diritto, pur scaturendo da un'esigenza di libertà, non può, come pretenderebbe la scuola del

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 247.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 249.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 253.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 160.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 254.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 171.

¹⁶⁹ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 254.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

diritto libero, essere «*immediatamente* riportato alla libertà»¹⁷². Perché «l'esperienza diventi libera» non si può prescindere da quella «mediazione di consapevolezza» che implica «l'integrale ed eguale riconoscimento di tutti i valori umani dai più empirici ai supremi, che fanno umana la vita e uomo l'uomo»¹⁷³. Qui è l'essenza stessa dell'esperienza giuridica e la vera consistenza dell'«arte del diritto»¹⁷⁴: l'«intima libertà» del giudice e, più in generale, la responsabilità del giurista, chiamato ad assicurare «la vita ed il movimento del diritto dalla norma all'azione», si giocano tutte in «questo svolgere e individuare nel singolo caso i profondi principi che stanno al fondo dell'esperienza», per cui «l'esperienza giuridica ha valore», trasformandosi «da fatto in esperienza» piena di «significato spirituale».

Queste note di Capograssi consentono di penetrare più a fondo nella trama argomentativa del Lopez e di evidenziarne quella nota dominante che unisce il destino dell'esperienza giuridica al destino dell'io umano nella sua irriducibile singolarità e concretezza – «non l'io di Cartesio, fondamento di ogni pensiero, ma il mio io di carne e di ossa, questa carne e queste ossa che soffrono e portano come un peso il mio individuale dolore»¹⁷⁵. L'unico destino non solo si rende tangibile nel carattere eminentemente spirituale della crisi che stringe nella morsa dell'incertezza e il diritto e l'individuo, ma anche scandisce i passi di quel cammino – «né breve né agevole» – «per la riconquista di sé» che reclama come protagonista insostituibile l'individuo medesimo, fin dal primo e fondamentale recupero della legge nel suo valore appunto spirituale.

Così, il terreno per il confronto con il diritto canonico, proteso nella sua essenza e nel suo dinamismo ultimo «alla salvezza della singola persona umana», dinanzi alla quale da sempre si inchinano «tutta la Santa Chiesa, tutta la Sacra Gerarchia, tutta la ammirevole maestà dell'ordine giuridico»¹⁷⁶, non poteva essere meglio arato.

Ora, se si ammette con Capograssi che «il vero e maggior contributo» delle «acutissime ricerche speculative»¹⁷⁷ del Lopez riguardi la sostanza stessa della concezione di certezza, intesa come qualcosa «non di astratto generale e schematico, ma di concreto di specifico di correlativo alle singole esperienze ed ai singoli ordinamenti, di cui si compone il mondo del diritto»¹⁷⁸, non si può non riconoscere come siano «proprio queste ricer-

¹⁷² F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 82.

¹⁷³ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., pp. 254-255.

¹⁷⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, p. 204.

¹⁷⁵ Così il Lopez in una nota delle sue carte, rivisitate da Nencioni, nell'*Introduzione* a F. LOPEZ DE OÑATE, *Responsabilità e azione*, p. LII.

¹⁷⁶ Cfr. P. GROSSI, *Aequitas canonica*, in ID., *Scritti canonistici*, cit., p. 220.

¹⁷⁷ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 255.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

che e conclusioni» ad offrire l'«esatta prospettiva» per affrontare adeguatamente «il problema della certezza nell'ordinamento canonico»¹⁷⁹, sollevato in proposito da Pio Fedele.

Il primo contributo è di carattere metodologico: poiché «l'oggetto dev'essere preso per quello che è in se stesso»¹⁸⁰, «nell'intrinseco della sua vita», all'ordinamento canonico va senz'altro applicato «il criterio di certezza» che propriamente gli appartiene, in quanto inerisce «l'azione specifica con la quale si realizza la vita della Chiesa»¹⁸¹.

Tale osservazione, che Capograssi sviluppa secondo tutta la sua portata conoscitiva, è di capitale importanza per sgombrare il campo dall'equivoco vistoso e diffuso, anche nei più acuti lettori del Lopez, che il concetto di certezza giuridica sia di per sé univoco, quasi un'ipostasi a prescindere dall'azione giuridicamente rilevante e non dimensione costitutiva di essa. D'altro canto, se così non fosse nel pensiero del Lopez, il paragone con il diritto canonico semplicemente non avrebbe ragion d'essere. Per tale «via» si dischiude finalmente un paesaggio giuridico multiforme e si toglie ogni alibi a quella sottile e irresolubile incomunicabilità tra cultura laica e cultura canonistica ed alla conseguente reciproca irrilevanza dei risultati raggiunti su entrambi i versanti che le pagine di Pio Fedele, nella loro *vis* polemica, forse pur contro l'intenzione dell'autore, erano destinate ad incrementare.

Dunque, da dove nasce la «vita specifica» che la Chiesa realizza? E qual è il nesso tra questa «vita» e l'ordinamento canonico?

Essa, «per sua propria natura», «fa capo all'Incarnazione, cioè a Dio che incarnandosi come uomo si è inserito ed è entrato nella storia»¹⁸²; pertanto la società ecclesiale «si impianta nel cuore stesso della storia»¹⁸³ e «la sua esteriorità, la sua visibilità, non sono qualche cosa di aggiunto, di accessorio o peggio di arbitrario, ma la vita sua stessa che si esplica, l'essenza sua stessa che si svolge»¹⁸⁴. Questa «strana società»¹⁸⁵ che, secondo l'immagine suggestiva ed indimenticabile di Capograssi, viene «a portare», «direttamente ed apertamente», «con una pretesa incredibile in termini umani», «i diritti e gli interessi dell'Infinito nella vita del concreto tutto volto alle utilità e alle esigenze del finito»¹⁸⁶, «ha un ordinamento giuridico, è un ordinamento giuridico»¹⁸⁷.

¹⁷⁹ *Ibidem.*

¹⁸⁰ *Ibidem.*

¹⁸¹ *Ibidem.*

¹⁸² *Ivi*, p. 256.

¹⁸³ *Ibidem.*

¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ *Ivi*, p. 257.

¹⁸⁶ *Ibidem.*

¹⁸⁷ *Ibidem.*

Pertanto «l'ordinamento fa corpo con l'essenza stessa della vita della Chiesa»¹⁸⁸. Questo dato irrefutabile – «nessun errore maggiore e più fatale che considerarlo come forma esteriore staccabile da quella vita»¹⁸⁹ – apre «tutto il problema»¹⁹⁰ – «ed è problema tra i più difficili»¹⁹¹ – che l'ordinamento canonico pone dinanzi al pensiero giuridico, e cioè quello del «nesso tra società e ordinamento»¹⁹²: «il nesso per cui la società si pone come ordinamento e per cui l'ordinamento si pone come ordinamento della società, congiunti e distinti, congiunti quasi, si direbbe nella distinzione e distinti nella congiunzione»¹⁹³.

Per cogliere con esatta proporzione questo nesso occorre infatti guardarsi dal duplice e quasi opposto pericolo di concepire l'ordinamento canonico, da un lato, «come staccato dalla società cui inerisce, come se avesse la sua ragione in se stesso, e quindi visse di una sua vita a spese della società»¹⁹⁴; o, dall'altro, dissolto «nella esperienza puramente interiore della società, stemperandosi in una specie di incerto sistema di regole morali, e trascinando nella sua dissoluzione e liquefazione la società stessa»¹⁹⁵. Le cose, in realtà, «sono molto più semplici», ma, come osserva acutamente Capograssi, proprio per questo «è difficilissimo coglierle nella loro semplicità»¹⁹⁶. Appoggiandosi anche ai risultati raggiunti da Orio Giacchi riguardo ai rapporti tra «la struttura giuridica della Chiesa e la vita che deve circolare in essa», tra «sostanza e forma» nel diritto canonico¹⁹⁷, Capograssi mette a fuoco quell'«atto di volontà consapevole pratico attivo»¹⁹⁸ mediante il quale «la società cristiana si organizza e si ordina al fine che è suo»¹⁹⁹. In esso è la «radice» ultima dell'ordinamento canonico²⁰⁰: qui «è presente la società», in quanto l'«oggetto connaturato» di quell'atto imperativo è la sua instaurazione «pensata, sistematizzata e ordinata in se stessa», vale a dire è quel medesimo atto che «la pone come ordinamento»²⁰¹; e, al tempo stesso, qui è presente l'ordinamento poiché

¹⁸⁸ *Ibidem.*

¹⁸⁹ *Ibidem.*

¹⁹⁰ *Ibidem.*

¹⁹¹ *Ibidem.*

¹⁹² *Ibidem.*

¹⁹³ *Ivi*, p. 258.

¹⁹⁴ *Ivi*, p. 257.

¹⁹⁵ *Ivi*, p. 258.

¹⁹⁶ *Ibidem.*

¹⁹⁷ O. GIACCHI, *Sostanza e forma nel diritto della Chiesa*, in *Id.*, *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, cit., pp. 109-131.

¹⁹⁸ *Ivi*, p. 258.

¹⁹⁹ *Ibidem.*

²⁰⁰ *Ibidem.*

²⁰¹ *Ivi*, p. 259.

l'atto imperativo è la legge fondamentale, che presiede, dà carattere giuridico, fa obbligatorie tutte le posizioni, le istituzioni e le norme che lo compongono, insomma, è «la norma suprema che dà l'essere e mette in essere l'ordinamento canonico»²⁰². Non può che scaturire di qui, come flusso continuo, il nesso tra società e ordinamento: «non nesso logico, ma nesso vivente, dinamico, produttivo della realtà nuova dell'ordinamento»²⁰³.

Se così non fosse, se cioè «l'ordinamento dovesse risolversi in complessi di norme e di istituti chiusi nella propria generalità astratta»²⁰⁴, ovvero «solo legati dalla formale appartenenza ad un unico sistema di fonti», esploderebbe «la contraddizione tra tali complessi esteriori ed astratti e la natura della società da ordinare», che è «una unità vivente» ed insieme «un'esteriorità sociale», «tutta spiritualità», la quale, a sua volta, «deve realizzarsi in modo che il tutto sia sempre vivo e attuale in ogni momento»²⁰⁵. Del resto, tale ordinamento si configura propriamente come «una continua formazione di ordine»²⁰⁶; «non è mai una statica organizzazione dell'esistente», ma «un'incessante dinamica trasformazione dell'esistente» in quanto «lo ordina e lo organizza nella realtà vivente della società perfetta in Cristo»²⁰⁷. Semplificando al massimo si potrebbe dire, con Capograssi, che il suo «ordinare» coincide con «un far muovere l'esistente da un punto ad un altro»²⁰⁸. All'origine di tale dinamismo interiore ed essenziale resta sempre l'atto imperativo che, nel suo tendere alla «trasformazione del concreto»²⁰⁹, è «forza» capace di corrispondere ad ogni situazione: così mentre «si presenta tutto raccolto e concentrato nella vivente unità di se stesso come norma costitutiva»²¹⁰ si diffonde «nel grandioso sistema» delle «determinazioni»²¹¹, che di volta in volta «la varietà del reale» reclama. Pertanto ogni norma che vi appartiene è «norma canonica nel suo intrinseco», «in quanto non è che svolgimento e determinazione della norma fondamentale»²¹²; o meglio «è l'essere determinazione di quest'ultima che la fa norma e norma canonica»²¹³.

A questo nesso vitale Capograssi riconduce il requisito della *rationabilitas* della legge e della consuetudine al punto che, se esso venisse in qual-

²⁰² *Ivi*, p. 258.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Ivi*, p. 261.

²⁰⁵ *Ivi*, p. 258.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ *Ivi*, p. 262.

²¹⁰ *Ivi*, p. 258.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ivi*, pp. 262-263.

²¹³ *Ivi*, p. 263.

che modo violato o addirittura reciso, semplicemente non sarebbero più legge e consuetudine.

In tale intima connessione tra norma suprema e concrete determinazioni si riflettono più chiaramente «le singolari prerogative» della società che costituisce il loro oggetto. Innanzitutto, la pienezza dell'autorità che la fonda, «sempre viva nel Vicario di Cristo»²¹⁴: ad essa spetta quella funzione mediatrice «tra universalità della norma e circostanzialità e fluidità storica della vita»²¹⁵ che sola consente di giungere «a disciplinare le contingenti particolarità del reale»²¹⁶. In secondo luogo, i contenuti di cui la norma suprema la arricchisce nell'atto medesimo delle sue declinazioni specifiche, in quanto non rovesciano l'ordine naturale ma semplicemente lo confermano: «la struttura organica», «i rapporti essenziali ed elementari della vita», «le società in cui gli uomini mettono insieme le loro volontà e le loro vite per i loro fini comuni», insomma «tutta l'umanità della vita» vi trova conferma ed al tempo stesso, misurando la propria «radicale insufficienza», si apre alla «prospettiva della salvezza»²¹⁷.

In fin dei conti il tratto saliente di questa società è proprio che «impegna l'uomo con tutta la sua personalità», «con tutto se stesso»²¹⁸. Non solo quella mediazione umana, di cui, come già aveva sottolineato Capograssi, l'arte giuridica mai può fare a meno, trova qui una valorizzazione potente e incomparabile: «solo una viva coscienza umana»²¹⁹ può operare «in questo giuoco tra singolarità, particolarità e universalità» in cui la norma suprema, «contratta nella particolarità della singola norma», «è sempre pronta ad espandersi»²²⁰ ove quella medesima particolarità inibisca la sua compiuta attuazione nella concretezza della vita. E dunque l'«opera del giudice», come pure l'«autorità dei dottori», vi «appare scopertamente nella sua integrale pienezza»²²¹, fatta di «intelligenza, moralità, giustizia, verità»²²², fino agli esiti paradossali, scolpiti per sempre nel monito tridentino: «cum mansuetudine rigor, cum misericordia iudicium, cum lenitate severitas»²²³. Ma ancor più profondamente, «per ogni rapporto che inerisce alla formazione della società cristiana», l'ordinamento esige «l'integrale partecipazione di tutto l'uo-

²¹⁴ *Ivi*, p. 264.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ivi*, p. 263.

²¹⁹ *Ivi*, p. 271.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*.

²²² *Ibidem*.

²²³ *Trid. Sess. XIII*, de ref. c. I.

mo»²²⁴. Vale a dire, in esso «socialità e personalità coincidono»²²⁵ nel senso che la partecipazione stessa a tale società implica l'«adempimento della legge» ed insieme «l'avviamento alla vocazione soprannaturale della persona»²²⁶.

È difficile non percepire la pertinenza di questi rilievi di Capograssi, tanto evidenti nella loro essenzialità quanto rimossi nelle loro doverose implicazioni speculative e tecniche, all'attesa che anima le pagine più struggenti del suo giovane amico, e che egli doveva aver bene presenti nella loro forza dolorosamente scomoda e destabilizzante.

Ancora una volta è il terreno dell'esperienza umana ad offrire l'*humus* adatto alla fecondità del paragone con il diritto canonico.

Quale promessa avrebbe potuto ridestare l'individuo, «smarrito e incerto», che il Lopez aveva sorpreso in una tragica dimenticanza di sé e quale via gli si sarebbe potuta dischiudere per quel cammino «né breve né agevole», ma non più procrastinabile, alla «riconquista di se medesimo» nel quale egli non cessava di confidare? E, a tal fine, quale certezza si sarebbe dovuta riguadagnare?

A questo livello radicale dell'esperienza umana si gioca il ruolo dell'equità canonica ed è possibile, secondo Capograssi, affrontare finalmente il tema della certezza nell'ordinamento canonico secondo la prospettiva che gli è propria.

Ora, quella «caratteristica apertura» dell'ordinamento canonico, in cui ogni singola norma è «maggiore di se stessa perché contiene la norma fondamentale e si risolve in essa»²²⁷ e l'ordinamento medesimo è «maggiore di se stesso, perché contiene nella norma fondamentale la legge della vita etica e la legge della vita della grazia»²²⁸, trova «espressione precisa» nell'*aequitas canonica*. Quest'ultimo aggettivo ne identifica la cifra inconfondibile, in quanto rappresenta la dinamica originale dell'ordinamento. Nel suo senso pieno, così denotato, «l'equità viene veramente a tirar fuori la norma suprema, che ogni norma particolare tiene chiusa in sé» e nel contempo dispiega «le vere dimensioni e i veri contenuti dell'ordinamento». Così «la formazione della società cristiana, la presenza della legge etica e della legge evangelica, l'esigenza del rapporto sociale in spirito e verità, la legge profonda di unione, di aiuto, di misericordia, che regge questa vita, nella quale la *charitas* è la *plenitudo legis*»²²⁹, si realizzano «positivamente» e «tecnicamente» mediante l'equità canonica. Identificarne il contenuto con il diritto naturale «quod in lege et evangelio continetur», come

²²⁴ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., pp. 265-266.

²²⁵ *Ivi*, p. 265.

²²⁶ *Ivi*, p. 266.

²²⁷ *Ivi*, p. 267.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ *Ivi*, p. 268.

fa il Fedele²³⁰, presuppone necessariamente l'intuizione profonda che l'equità altro non sia «che l'espressione della norma suprema» secondo tutta la gamma della sue derivazioni. E dunque essa si rivela nella sua assoluta semplicità: «ricca com'è di tutti i contenuti della norma suprema»²³¹ ed «univoca com'è dell'univocità e della unità della norma stessa»²³², «non fa altro che rimuovere le complicazioni molteplici dei sistemi normativi, e far luogo a una sola esigenza e a una sola norma»²³³.

In tale ottica acquistano il loro vero significato le formule tradizionali *salus animarum*, *periculum animarum*, *remedium peccati*, che il Fedele vede quali ostacoli insormontabili alla realizzazione nell'ordinamento canonico della certezza giuridica così come riteneva la intendesse il Lopez.

Ora, se non si abbandona il punto di vista dell'ordinamento «per la più facile delle deviazioni logiche»²³⁴, quella che tende irresistibilmente a spostarsi sul piano dell'«intima vita della società»²³⁵, si deve riconoscere che «l'oggetto dell'ordinamento in quanto tale non è la salvezza delle anime, o il rimedio o la lotta contro il peccato»²³⁶, ma è proprio «l'instaurazione consapevole e ordinata della società cristiana» nella sua specificità²³⁷: «la *salus animarum* è il risultato, l'effetto dell'ordinamento»²³⁸; «il *periculum animarum* è il pericolo che quest'effetto non sia conseguito»²³⁹.

In tale ottica, Capograssi può correggere il tiro di Fedele. La correzione è garbata, ma non lieve.

Al canonista perugino si deve certamente l'aver messo a fuoco le peculiarità dell'ordinamento canonico, tutte racchiuse a suo avviso nel «principio basilare *omnis instituito ecclesiasticarum legum ad salutem referenda est animarum*»²⁴⁰; l'aver fissato cioè, «con tutta energia», i termini di un problema che dopo di lui «non è più possibile ignorare»²⁴¹. Tuttavia proprio a partire da tali acquisizioni occorre rendersi conto di quella «sostanziale mediazione che l'ordinamento rappresenta rispetto alla esigenza fondamentale della *salus animarum*»²⁴². Quest'ultima infatti non viene soddi-

²³⁰ V. P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, cit., p. 237.

²³¹ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 269.

²³² *Ibidem*.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ *Ivi*, p. 272.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Ivi*, p. 273.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Cedam, Padova, 1941, p. 41.

²⁴¹ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 274.

²⁴² *Ibidem*.

sfatta «immediatamente» dall'ordinamento ma soltanto mediatamente, cioè «solo in quanto traverso la norma suprema e l'instaurarsi, il vivere consapevole ordinato e articolato della società cristiana si dà luogo a quella *vita socialis*, nel senso pieno della parola, nella quale il peccato è vinto e riparato e le anime salvate perché portate al loro destino»²⁴³.

Nella medesima prospettiva, si coglie nitidamente quella perfetta coincidenza tra bene comune e bene del singolo che caratterizza l'ordinamento canonico. La *salus animarum* è l'apice di questa «singolarissima compenetrazione della vita e del destino del singolo con la vita e il destino del tutto e viceversa»²⁴⁴ che in esso si realizza, «superando le categorie del pubblico e del privato» in «una unità nella quale è la sostanza dell'uno e dell'altro»²⁴⁵.

Qual è dunque la certezza offerta dall'ordinamento di questa «strana società»?

La certezza «come legalità formale», avverte Capograssi per sgombrare il campo da ogni equivoco, «c'è anche qui»²⁴⁶: infatti «tutte le esigenze, i principi e i fini generali dell'ordinamento», di cui si è detto, «sono scritti e compresi nelle norme, o esplicitamente o implicitamente, in quanto determinazioni della norma suprema»²⁴⁷; e quelle che paiono «eccezioni rispetto agli altri ordinamenti» sono pur sempre oggetto di specifica previsione giuridica.

Tuttavia, proprio perché la certezza è «quello che deve essere in un tale ordinamento»²⁴⁸, essa nasce qui per così dire «dall'interno e non dall'esterno»²⁴⁹: è «nei criteri e nei principi con cui si forma tutto il rapporto»²⁵⁰; è «nelle leggi della struttura e nelle leggi obiettive della società da instaurare»²⁵¹. È certezza sostanziale e non formale in quanto non dipende dalla «forma esteriore della legge»²⁵², ma dalla «sostanza interiore dei principi della legge»²⁵³: è «vera certezza» di cui quella formale non è che «la veste esteriore»²⁵⁴.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ *Ivi*, p. 275.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ *Ivi*, pp. 275-276.

²⁵⁴ *Ivi*, p. 276. Per una recente ripresa di questi argomenti si veda almeno G. DALLA TORRE, *Diritto canonico e principio di legalità*, in G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 68.

In questo senso, paradossalmente, si può affermare, con Capograssi, che la certezza è «la caratteristica più saliente» dell'ordinamento canonico²⁵⁵; a tal punto che quelle «avventure piene di pericolo negli altri ordinamenti, come l'equità, il diritto naturale e simili, qui si consolidano in principi certi, si trasformano in atti tipici di ragione obiettiva, vale a dire in atti in cui tutta la ragione che dà vita e forma all'ordinamento viene alla sua manifestazione ed attuazione»²⁵⁶.

Contro ogni stereotipo, si deve ammettere che il vero *discrimen* tra equità canonica ed equità *tout court* si registra in relazione all'effettiva incidenza dell'una e dell'altra a livello ordinamentale: «quella è tutto l'ordinamento» che viene attuato «nelle sue più profonde esigenze positive»²⁵⁷ e «questa è per lo meno un mettere da parte l'ordinamento positivo ed un far luogo ad altre norme venute *aliunde*»²⁵⁸.

In tale prospettiva profondamente unitaria, «certezza come legalità e certezza come obiettività si fondono»²⁵⁹; vale a dire l'«obiettività», cioè la sostanza interiore dei principi e dei criteri che informano l'esperienza canonistica assume una «forma di legalità non più formale»²⁶⁰, diviene cioè «vera forma piena», in quanto manifestazione compiuta della «profonda obiettività intrinseca» del suo stesso porsi in atto²⁶¹. In questo senso «certezza e giustizia coincidono»²⁶², se per quest'ultima si intende quella «esplorazione della piena legge etica nel rapporto concreto tra soggetti» che costituisce «l'oggetto stesso dell'instaurazione della certezza positiva dell'ordinamento»²⁶³. Ed ancora coincidono «oggettivo e soggettivo»²⁶⁴, se «l'obbligo essenziale del soggetto» consiste nel «realizzare attraverso la singola norma la norma fondamentale» e quindi «la sua plenaria partecipazione alla società perfetta in Cristo, in cui la sua vita e la sua azione trovano il proprio oggetto connaturale e quindi la propria oggettività»²⁶⁵. Per tale via «la certezza è piena anche nel senso soggettivo»²⁶⁶, «nel senso cioè della legittima aspettazione del soggetto circa la qualifica futura del proprio contegno»²⁶⁷, cui tanto anelava il Lopez.

²⁵⁵ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 277.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Ivi*, p. 278.

²⁶¹ *Ivi*, p. 277.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*.

Così, secondo Capograssi, «in tale unica esperienza, la certezza è integrale»²⁶⁸: non «nonostante il suo fine ultraterreno», come si sentiva in dovere precisare il Lopez, ma proprio in forza di esso.

Qui il panorama è davvero «rovesciato»²⁶⁹ ed offre scenari inediti anche in riferimento alle intuizioni più acute del Fedele.

Paradigmatico è lo sviluppo della riflessione sull'equità canonica che, secondo il canonista perugino, con la forza non appena suppletiva ma pienamente sostitutiva dello *ius scriptum* provoca l'attentato più radicale alla certezza del diritto. Mentre, per Capograssi, proprio nella sua funzione suprema «di tirar fuori» in ogni momento «le vere dimensioni ed i veri contenuti dell'ordinamento» essa si rivela come «il modo positivo e quasi si direbbe tecnico» dell'effettivo adempimento di quella certezza.

Che cosa dunque è mutato?

Certamente il punto di osservazione, centrato non tanto sulla società indagata nell'intima sua vita, quanto su quello dell'ordinamento colto nel profondo del suo dinamismo.

Ma più ancora la concezione della certezza. Dopo il Lopez, come si è ricordato, non è più possibile pensare alla certezza del diritto in modo generale e astratto, avulso cioè dalla concretezza e dalla specificità delle singole esperienze e dei singoli ordinamenti di cui si compone il mondo del diritto. E non è nemmeno possibile pensare al diritto come forma vuota, ma come forma piena e viva. Su questa base, le peculiarità del diritto canonico non si frappongono più come barriera alla comprensione piena di uno dei problemi capitali della scienza giuridica, ma, se percepite nella loro incessante ed essenziale dinamica di trasformazione dell'esistente, come fa Capograssi, aprono una breccia vistosa nelle mura erette dal positivismo intorno a quell'aspirazione costante ed insopprimibile dell'esperienza giuridica di ogni tempo che è la certezza, fino a raggiungerne il nucleo vitale e umano.

In questa prospettiva, anche la concezione strumentale del diritto, di cui pure si erano avvalse le mostruosità giuridiche dei totalitarismi novecenteschi, cambia di segno: il fine dell'ordinamento non può essere il termine di un «interesse arbitrario e particolare»²⁷⁰ al quale tutta la «complessa umanità della vita» viene immolata, ma raccoglie in sé tutte «le fondamentali esigenze ed esperienze» del vivere fino al loro compimento eterno²⁷¹. Non si dà qui quella strumentalità vuota, potenzialmente recettiva di ogni contenuto politico, che tende a sacrificare «la certezza della legalità» alla certezza «come pretesa obbiettività» e che fatalmente conduce

²⁶⁸ *Ibidem.*

²⁶⁹ *Ivi*, p. 267.

²⁷⁰ *Ivi*, p. 279.

²⁷¹ *Ibidem.*

alla «massima divergenza tra certezza e giustizia»²⁷². La vocazione strumentale del diritto canonico trae piuttosto forma specifica e pienezza sostanziale dal contenuto umano e divino della norma suprema, «identificando con un'identificazione unica nell'esperienza giuridica, la giustizia come certezza e la giustizia come verità»²⁷³.

La portata del confronto con il diritto canonico non potrebbe essere più gravida di implicazioni, anche a livello metodologico.

Il tentativo di Capograssi non soggiace alla tentazione, stigmatizzata da Pio Fedele e sempre in agguato, di assumere nello studio del diritto canonico «concetti propri della teoria generale del diritto senza tener conto delle radicali trasformazioni che essi devono subire quando sono considerati in seno a questo ordinamento»²⁷⁴. Egli si muove piuttosto sul terreno di una reciprocità di apporti, dimostrandone l'effettiva praticabilità e la potenziale fecondità che non pare del tutto esclusa dalla canonistica a lui contemporanea. Si pensi in particolare alla prospettiva metodologica coltivata da Orio Giacchi che prevedeva nella sua versione integrale «di porre a servizio della costruzione del sistema canonistico quei risultati della elaborazione giuridica moderna nei quali siano espressi in forma approfondita e costruttiva gli stessi principi e gli stessi concetti che sono già impliciti nel diritto della Chiesa»²⁷⁵, senza peraltro «trascurare l'utilità e i proficui sviluppi che uno studio del diritto canonico così compiuto possa avere per la teoria generale del diritto, alla quale, studiato in tal modo, esso può dare elementi nuovi, soprattutto proprio là dove i risultati della dogmatica giuridica moderna non bastino più a comprenderlo e a contenerlo»²⁷⁶.

Tuttavia non è difficile cogliere un argomento ulteriore, più profondo, che libera la lettura di Capograssi dalle inevitabili contingenze della questione del metodo, allora dibattuta dalla canonistica italiana, e che costituisce forse il lascito più cospicuo a chi voglia riprendere quel confronto nell'oggi della scienza giuridica.

Si tratta della centralità della mediazione umana che appartiene all'esperienza di qualsivoglia ordinamento ma che raggiunge il suo culmine nell'ordinamento canonico. In quell'«integrale partecipazione di tutto l'uomo», che lo caratterizza fino a lambire «la vocazione soprannaturale della persona», è la chiave di volta del dramma del diritto, come intuì senza tergiversazione alcuna il Lopez²⁷⁷.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Ivi*, p. 280.

²⁷⁴ P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, cit., p. 221.

²⁷⁵ O. GIACCHI, *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna*, cit., p. 89.

²⁷⁶ *Ivi*, p. 90.

²⁷⁷ Non si deve dimenticare quanto osservava Nencioni, e cioè che proprio «attraverso il problema dell'individuo Lopez è risalito al cristianesimo e nell'etica cristiana ha trovato argomenti per l'individuo», NENCIONI, *Introduzione*, cit., p. XXXII.

Di fronte a questo dramma, e cioè alla irriducibilità dello scarto tra certezza e giustizia, Carnelutti invocava il tocco di un «artista»: «dipingere un ritratto o costruire un articolo di legge è la stessa cosa, si tratta sempre di tradurre nel finito l'infinito»²⁷⁸.

Ritorna qui uno dei motivi cruciali della crisi spirituale dalla quale il Lopez, come si è visto, aveva preso le mosse: e cioè quell'«anelito all'infinito» che non riesce normalmente a «superare lo stadio psicologico», lasciando l'«individuo invischiato nel finito»²⁷⁹. Ancora una volta ricorre l'analogia tra i moti profondi della coscienza umana e le forze che muovono la storia. Così, nel pieno recupero del «contenuto umano del diritto»²⁸⁰, che scaturisce dal confronto con l'ordinamento canonico, la tensione tra finito e infinito si libera dalla riduzione psicologica e riacquista tutta la sua portata conoscitiva, tutta la sua forza dinamica. Essa è massima nel diritto canonico, ma appartiene radicalmente al DNA dell'esperienza giuridica proprio in quanto esperienza umana. Se si intende il messaggio profondo del diritto canonico, l'inevitabile approssimazione dei risultati via via raggiunti ed il fatto che, come in una vera opera d'arte, «tutto non bisogna definire»²⁸¹, non sono di per sé nemici dell'esigenza di certezza; ne reclamano piuttosto una concezione dinamica e concreta, mentre urge il protagonismo di «una coscienza umana viva». Insomma «il tocco di un'artista» o «una coscienza umana viva»: così la scienza del diritto si rivela come «breve sfera di luce nella quale possiamo vedere manifesta e quasi in vitro la vita oscura ed intima che regge l'esperienza»²⁸²; essa «è come il fiore e con gli sconcertanti paradossi dei suoi problemi, e con il suo intimo dilemma, che fa la sua vita e la sua croce, è come il simbolo di questa esperienza paradossale»²⁸³.

²⁷⁸ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, cit., p. 205.

²⁷⁹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 27.

²⁸⁰ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 281.

²⁸¹ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, cit., p. 205.

²⁸² G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, nuova ed. riveduta a cura di P. PIOVANI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 252.

²⁸³ *Ibidem*.

«LA CODIFICATION EST PLUS QU'UN
MULTIPLE DE LA LOI».
SPIGOLATURE SULLA 'FORMA CODICE'

Stefano Solimano

Che il codice costituisca un fatto di razionalità scientifica, è fuor di dubbio e sarebbe ingenuo non rilevarlo. Nello stesso tempo il codice è un fatto di volontà politica – come tale si è presentato per la prima volta sulla scena della Storia – e non sarebbe corretto non evidenziarlo.

In questa sede, cercherò, per quanto possibile, di riflettere prima di tutto sulla densità politica che il sintagma codice civile ha assunto lungo il XIX secolo¹; successivamente, affronterò il problema dei “codici aperti”, vale a dire quei testi nei quali il legislatore, per risolvere il problema delle lacune, ha previsto espressamente il ricorso ad una fonte esterna. Il codice pio-benedettino è uno di questi. Si tratta di quei codici nei quali il legislatore ha tentato di compiere, direbbe qui Adriano Cavanna, una conciliazione tra le ragioni della scienza e quelle del legislatore.

Un'avvertenza, che non vuole essere un'autoassoluzione. I destinatari della mia comunicazione, non sono né gli storici del diritto, né i canonisti, bensì gli studenti del corso di diritto canonico dell'Università di Brescia, professato dalla carissima amica Chiara Minelli, che ringrazio per avermi invitato in questo consesso in cui ho appreso molto.

L'autore dell'icastica frase riprodotta nel titolo è Jean Carbonnier, un civilista francese fuori dal comune (non rifiutò mai le contaminazioni con la storia e con la sociologia del diritto), fine e acuto. Proprio in relazione al fenomeno *code civil*, Carbonnier ne colse lo strato profondo. «La codifi-

¹ Lo studente potrà approfondire tale aspetto avvalendosi degli scritti di P. UNGARI, *Per la storia dell'idea di codice*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, pp. 207-227; N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Laterza, Roma-Bari, 1979; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2005; P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2006, pp. 83-116; A. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia (riflessioni in margine al Panegirico a Napoleone Legislatore di Pietro Giordani)* [2000], in A. CAVANNA, *Scritti (1968-2002)*, Jovene, Napoli, 2007, pp. 1079-1129; Id., *Storia del diritto moderno in Europa*, II, Giuffrè, Milano, 2005.

cation – scrisse – est plus qu'un multiple de la loi: il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau politique, en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire»². In altri termini, la codificazione si sostanzia in una profonda riprogrammazione e livellamento della società compiuta dall'alto³. Dal legislatore.

Ebbene, siffatta operazione prende forma durante la rivoluzione francese. L'Ottantanove è l'incunabolo del codice.

All'interno del vocabolario rivoluzionario, la parola che esprime al meglio il progetto di ristrutturazione della società – lo sappiamo grazie agli studi di Mona Ozouf – è Rigenerazione⁴. La *Révolution* si sente vocata ad attuare il rinnovamento palinogenetico della collettività e del singolo *citoyen* attraverso la legge. Entro tale prospettiva il codice civile (!), assunto quale vero e proprio catechismo civico⁵, è chiamato, declama Cambacérès, a cambiare il cuore dell'uomo. Prende forma così quel fenomeno di pubblicizzazione del diritto privato, colto con acume da Portalis: durante la Rivoluzione «on ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux: on ne voit que l'objet politique et général; on cherche des confédérés plutôt que des concitoyens. Tout devient droit public»⁶.

Si assiste al preciso disegno di creare un nuovo ordine sociale in nome della libertà e dell'uguaglianza dell'individuo. In realtà, il processo di atomizzazione della società postula un *embrigadement* (imbrigliamento) degli stessi individui⁷. E che siano davvero questi l'atteggiamento e la psicologia dei rivoluzionari lo mostra bene una missiva inviata da Mirabeau a Luigi XVI:

² V. P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 119. Sulla figura del *doyen* Carbonnier il lettore italiano può giovarsi dello studio di F.S. Nisio, *Jean Carbonnier*, Giappichelli, Torino, 2002.

³ Suggestioni di sicuro interesse: P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La forma codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 35 ss.; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁴ M. OZOUF, *Rigenerazione*, in F. FURET, M. OZOUF, *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, Bompiani, Milano, 1989, pp. 748-757; A. CAVANNA, *Mito e destini*, cit., pp. 1117-1118.

⁵ Sulla pedagogia del legislatore rivoluzionario v. R. ISOTTON, *Brevi note sul Plan d'Education Nationale di Michel Lepeletier de Saint-Fargeaux*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Giuffrè, Milano, 2003, con particolare riferimento alle pp. 1248-1249, p. 1264, pp. 1269-1273, pp. 1281-1287.

⁶ J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement*, in PH. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, XV voll., rist. anast. O. Zeller, Osnabrück, 1968, I, pp. 464-465.

⁷ E. GUIBERT-SLEDZIEWSKI, *L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire*, in *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, P.U.F., Paris, 1988, I, p. 142; G. TAMAGNINI, *L'esodo di Robespierre dal costituzionalismo*, in *Diritto e Stato nella filosofia della Rivoluzione francese*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 228; A. CAVANNA, *Mito e destini*, cit., p. 1118.

«L'idea di formare una sola classe di cittadini sarebbe piaciuta a Richelieu: questa superficie tutta uguale facilita l'esercizio del potere. Parecchi periodi di governo assoluto non avrebbero fatto per l'autorità regia quanto questo solo anno di rivoluzione»⁸.

Questa superficie tutta uguale facilita l'esercizio del potere [...] Una frase che non richiede commento veruno.

L'aspetto interessante di questa vicenda, che qui ho rappresentato per cenni sintetici, risiede nel fatto che durante la dominazione napoleonica, i due fenomeni appena descritti permangono. Proprio così: nel 1804 come nel 1793, *l'ordre civil* è concepito per cementare quello politico⁹. Per Napoleone il codice è sì glorificazione del suo trionfo, ma soprattutto un *instrumentum regni*¹⁰. Come "diritto di Stato" dunque, anziché come norma prodotta da uno Stato di diritto. Le lettere che egli invia ai suoi *rois de l'Empire* (un nugolo) sono emblematiche¹¹. E che pure Napoleone non intenda emancipare la società è dimostrato dalla circostanza che, eccezion fatta per la famiglia (relegata anche questa a strumento politico, la *forte famiglia per il forte stato*¹², non si rinvergono corpi intermedi tra lo Stato e i suoi cittadini/sudditi. Le Chapelier nel 1791 gli ha, sostanzialmente, spianato la strada¹³.

⁸ Mirabeau a Luigi XVI, cit. in A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico regime e la Rivoluzione*, trad. it., a cura di G. CANDELORO, Rizzoli, Milano, 1989, pp. 45-46.

⁹ V. S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 7-8.

¹⁰ V. J.F. NIORT, *Droit, Idéologie et politique dans le code civil français de 1804*, in *Revue interdisciplinaire d'Etudes juridiques, Droit prospectif*, 1992, p. 105. e ID., *Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon*, in *Archives de philosophie du droit*, 1992, pp. 117-118, e con incisività A. CAVANNA, *L'influenza giuridica francese in Italia au XIX ème siècle*, in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1994, n. 19., p. 90, e ID., *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale*, in *Ius Mediolani, Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 672, v. anche adesso J.F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 2004, I, p. 47 ss.; P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima*, cit., p. 92.

¹¹ «Etablissez le code civil à Naples, tout ce qui ne vous est pas attaché va se détruire, en peu d'années, et ce que vous voudrez conserver se consolidera. [...] Voilà le grand avantage du code civil [...]: il consolide votre puissance puisque, par lui, tout ce qui ne vous est pas fidéicommiss tombe et qu'il ne reste plus de grandes maisons que celles que vous érigez en fiefs. C'est ce qui m'a fait prêcher un code civil et m'a porté à l'établir. Etablissez le code civil: tout ce qui vous est favorable vivra; tout ce qui vous est contraire mourra»: Napoleone a Giuseppe Bonaparte, in *Correspondance de Napoléon I er, publiée par ordre de l'empereur Napoléon III*, XII, H. Plon, J. Dumaine, Paris, 1863, pp. 432-433; v. S. SOLIMANO, *Imperialismo giuridico francese in difficoltà? (A proposito di A. Grilli, Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012, pp. 682)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2013, pp. 701-717.

¹² A. CAVANNA, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 c.c. (ovvero il ritorno del flautista di Hamelin)* [1995], nei citati *Scritti*, II, p. 822.

¹³ Sulla legge Le Chapelier del 14-17 giugno 1791, il Cazzetta osserva che «la distruzione

È interessante notare come durante la Restaurazione due sovrani in particolare, Ferdinando e Carlo Alberto, avrebbero colto distintamente la valenza politica del codice. Carlo Alberto avrebbe affermato senza esitazione di voler realizzare il codice «non pour flatter l'esprit du moment, pour seconder les nombreux écrits de beaux esprits et philosophes modernes, mais au contraire, pour élever une digue contre l'invasion des idées subversives; et pour élever sur les débris des Trônes qui croulent de toutes parts par la faiblesse et l'impéritie des Gouvernements, un Code purement Religieux et Monarchique»¹⁴. Ferdinando, invece, avrebbe agito su consiglio di Donato Tommasi, il quale, sin dal 1813, aveva fatto comprendere al Sovrano, momentaneamente confinato in Sicilia, e per ciò stesso non troppo incline a giudicare favorevolmente i prodotti d'importazione francese, che il *code civil* si sostanzialmente in uno strumento imprescindibile per il consolidamento del potere¹⁵.

Un ultimo rilievo, rapidissimo, sulla densità politica del codice. Con riferimento al BGB, l'incubazione del quale avviene a partire dagli anni Settanta dell'Ottocento, si è inclini a ritenere che esso non sia caratterizzato da una precisa politica del diritto: il BGB appare sostanzialmente come il prodotto finale della scuola pandettistica che ha eretto ad assioma una concezione formale, pura del diritto¹⁶. Il codice della Scienza giuridica per antonomasia, insomma. Come insegna Luigi Mengoni, invece, la metodologia pandettistica, «che si legittimava dall'interno in virtù della propria razionalità formale, era l'espressione e insieme la garanzia di una società omogenea, identificata da un blocco di valori assunti quali elementi incontestati e incontestabili dell'ordine sociale, e rispondeva a un'idea del progresso come sviluppo organico di strutture semplici e relativamente stabili dentro un orizzonte definito da una volontà normativa costante, che assicurava le condizioni di ricostituzione spontanea degli equilibri sociali»¹⁷.

Che il codice abbia risposto al bisogno di uniformità e dunque di certezza del diritto è un aspetto noto alla storiografia giuridica, cui debbo rinunciare nell'economia del discorso¹⁸. Il processo di secolarizzazione del diritto privato merita invece qualche considerazione. Esso rappresenta un

dei corpi intermedi, che avevano costituito l'armatura della società di antico regime, è perseguita politicamente con lucida determinazione per realizzare una contrapposizione pura tra gli individui e lo Stato» (G. CAZZETTA, *Lavoro e impresa*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Laterza, Bari-Roma, 2004, p. 140).

¹⁴ Cit. in S. SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla Restaurazione all'Unità*, in *Il Bicentenario del codice napoleonico*, Bardi, Roma, 2006, p. 67, n. 27.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, Giuffrè, Milano, 1980, II, p. 177 ss.

¹⁷ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 38. Sullo spirito del BGB rinvio ancora a F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno cit.*, II, pp. 190-199.

¹⁸ Quanto alla bibliografia v. nota 1.

vero e proprio punto di non ritorno, un fenomeno di lunga durata: il codice ottocentesco si disvela come una sorta di Bibbia laica¹⁹. Anche il codice austriaco, il testo che non si lascia del tutto alle spalle la mentalità di antico regime (è connotato da elementi di feudalità con riguardo al regime dei beni, in taluni casi vi persiste una dimensione cetuale, come ha evidenziato il Brauner²⁰) riflette tale dinamica, la quale ha preso forma con la politica radicalmente riformistica di Giuseppe II, il famoso giuseppinismo che a sua volta attingeva dal febronianesimo. È tuttavia sempre il *code civil* a portare il vessillo della *laicisation* nel senso più pieno. Portalis nella presentazione al Corpo Legislativo della legge sul matrimonio ricorre alla celebre formula «la loi ne doit voir des Français, comme la nature ne voit que des hommes»²¹. Solo a prima vista la formula portalisiana è conciliante e neutrale, come ebbe a rilevare Rosmini:

«Dee certo la legge de' francesi considerare i francesi; ma non come esseri astratti; ella dee considerare i francesi tali quali sono, con tutte le loro specialità e qualità di fatto, le quali diventano altrettanti titoli della legge: senza queste specialità, e qualità reali non esistono francesi [...].

La libertà religiosa di coscienza non può esistere, se la legge civile non si piega e adatta alle coscienze de' cittadini, mostrandosi rispettosa alle loro religiose credenze. La legge civile non può adattarsi alle coscienze e credenze religiose de' cittadini, se essa parte dal principio di astrarre da tutte le credenze. E quindi da tutte le obbligazioni religiose, affine di riuscire materialmente uniforme per tutti i cittadini qualunque religione professino»²².

Rosmini, lo ha notato Andrea Nicolussi, evidenziava «il limite di un appiccio al diritto di tipo astrattizzante» e paventava «che la separazione comportasse una lacerazione nella stessa coscienza delle persone, tra la loro dimensione di cittadini, i quali devono obbedienza alle leggi civili e la

¹⁹ V. P. CAPPELLINI, *Codici*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Laterza, Bari-Roma, 2004, pp. 113-121. Il lettore potrà trarre profitto dagli Atti del Convegno *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. LOMBARDI VALLAURI e G. DILCHER, I e II, Giuffrè, Milano, 1981. Si veda ancora di P. CAPPELLINI, *L'âme de Napoléon. Code civil, Säkularisierung, Politische Form*, in *200 Jahre Code civil. Die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa*, hg. W. Schubert, M. Schmoeckel, Böhlau, Köln-Weimar-Wien, 2005, pp. 1-16.

²⁰ W. BRAUNEDER, *Das ABGB in seiner Zeit: "Allgemeines" aber nicht gleiches Recht*, in H. HATTENHAUER, G. LANDWEHR, *Das nachfriderizianische Preußen 1786-1806*, C.F. Müller, Heidelberg, 1988, pp. 23-33.

²¹ PH. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires*, cit., IX, p. 142.

²² A. ROSMINI SERBATI, *Filosofia del diritto*, Boniardi-Pogliani, Milano, 1843, II, pp. 411-418. Ai suoi occhi l'ordinamento che aveva risolto al meglio la questione era quello piemontese: *ivi*, p. 418. E non solo, credo, perché il codice civile del 1837 riconosceva effetti civili al matrimonio canonico, ma forse anche per il motivo che veniva concesso a coloro che professavano i culti tollerati nello Stato di seguire gli «usi e le consuetudini che li riguardavano» (art. 150).

loro dimensione di credenti, i quali devono obbedienza alle leggi della loro fede e della loro Chiesa»²³.

In questo, il legislatore asburgico, dal 1786 (dal codice civile giuseppino, inglobato sostanzialmente nel testo del 1811) al 1855 (anno in cui è ridefinito il rapporto Stato Chiesa in favore di quest'ultima) era stato più accorto, poiché aveva tenuto conto dei diversi culti professati e, con riferimento ai sudditi cattolici era stato, se vogliamo, più subdolo, in quanto l'ufficiale dello stato civile era il parroco²⁴. Solo in caso di separazione i coniugi avrebbero avvertito che era stato accolto il matrimonio civile, poiché dovevano rivolgersi ai tribunali imperiali. Sicché, unicamente la Chiesa e i prelati (almeno quelli che in Austria non avevano aderito al febronianesimo) avevano tuonato contro la secolarizzazione del vincolo coniugale.

Ora, la formula portalisiana avrebbe avuto grande fortuna e impiego in Italia nell'ambito del processo di codificazione del diritto privato italiano. Tra il 1859 e il 1865, alla retorica del codice simbolo della Nazione si sarebbe affiancata appunto quella del codice civile quale icona della laicità²⁵. Va tuttavia riconosciuto al legislatore del 1865 di essersi mostrato laico e non laicista come quello francese. Quest'ultimo, infatti, aveva imposto la precedenza obbligatoria del rito civile, l'inosservanza del quale avrebbe comportato sanzioni nei confronti del ministro del culto²⁶. Il Parlamento italiano avrebbe invece respinto lungo tutto l'Ottocento i molteplici progetti di legge volti a introdurre la precedenza del rito civile²⁷ e, posto di fronte al problema dei sudditi che avevano celebrato il solo rito religioso, avrebbe instaurato un fecondo dialogo con i Vescovi italiani, i quali si sarebbero adoperati per ricucire lo strappo²⁸.

Non mi attarderò a spiegare come è stato possibile che la forma codice sia stata utilizzata dalla Chiesa nel Novecento. Lo ha spiegato Paolo Grossi²⁹

²³ A. NICOLUSSI, *Rosmini e il diritto di famiglia. Appunti di un giurista del XXI secolo*, in M. DOSSI, F. GHIA (a cura di) *Diritto e diritti nelle «tre società» di Antonio Rosmini*, Morcelliana, Brescia, 2014, pp. 73-74.

²⁴ G. VISMARA, *Il diritto di famiglia dalle Riforme ai codici*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 66.

²⁵ S. SOLIMANO, *L'edificazione*, cit., p. 86.

²⁶ L'ammenda e in caso di recidiva la detenzione da due a cinque anni, nell'ipotesi di un'ulteriore recidiva era prevista la deportazione: artt. 199-200 del *code pénal*.

²⁷ M.C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia fra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*.

²⁸ V. S. FERRARI, *Religione e codice civile. Dinamica istituzionale e problematica amministrativa del diritto matrimoniale postunitario*, in *Storia contemporanea. Rivista trimestrale di studi storici*, 1976, pp. 123-167; G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle Riforme ai codici*, cit., p. 80; S. SOLIMANO, *Tra esegesi e sistema? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908)*, in *Jus*, 2010, pp. 231-233.

²⁹ P. GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÈ, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*.

e lo ha messo in luce in questo consesso Carlo Fantappiè, il quale ha compiuto un imponente studio conclusivo su codesto tema³⁰. Qui basti dire che egli ha mostrato come la Chiesa abbia compiuto una sostanziale opera di neutralizzazione ideologica del concetto di codice³¹, un testo finalizzato a realizzare quel disegno di centralizzazione perseguito già da Pio X attraverso altre riforme³². Sappiamo, del resto, che il *Codex* non ha fatto venir meno i caratteri di un diritto canonico forgiato per l'*homo viator*. Il codice pio-benedettino valorizza la tradizione bimillenaria della Chiesa (canoni 6, 2, 18 e 23)³³ e rifiuta, come ha ben evidenziato il Fantappiè, «l'idea dell'esclusività e dell'assolutezza della *lex scripta* sia perché ammette fonti extralegislative, sia perché la subordina al principio trascendentale dell'*aequitas canonica* sia perché ne contempera il contrassegno della rigidità mediante istituti come la dispensa (canoni 80-86), il *tolerari potest* (canoni 5, 1258 § 2, 1374, 1452) o altri facenti parte della *traditio canonica* come la *dissimulatio* e l'*epicheia*»³⁴. Per quanto concerne il problema delle lacune il canone 20, com'è noto, permette addirittura di ricorrere alla *communis et constans sententia doctorum*.

Sotto questo profilo, il codice pio-benedettino è stato preceduto da quattro codici nei quali si concede al giudice/interprete di uscire dal recinto del codice in caso di lacuna, vale a dire il codice austriaco del 1811, quello piemontese del 1837, il codice unitario del 1865 e infine il codice svizzero del 1907. Il primo di questi è sicuramente quello più conosciuto. L'ABGB è presentato come il "codice giusnaturalista" per antonomasia, proprio perché il paragrafo 7 permette di riferirsi ai principi di diritto naturale³⁵. Se è vero questo è anche vero che nel volgere di trent'anni la norma sarebbe stata sostanzialmente depotenziata. Con Joseph Ritter von Winiwarter (1831)³⁶ e soprattutto con Joseph Unger (1856) si assiste ad una torsione di evidente segno positivistico, che merita davvero di essere riprodotta:

«È cosa nota quanto poco questo concetto del diritto naturale corrisponda alle vedute che oggi giorno si hanno sul diritto e sullo Stato ed è cosa interessantissima l'osservare come cominciando da Winiwarter gli scrittori austriaci più recenti si affaccendino d'interpretare il § 7 del Codice in maniera di ritorre al

³⁰ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica. L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*, I, Giuffrè, Milano, 2008; ID., *Chiesa romana e modernità giuridica. Il Codex iuris canonici* (1917), II, Giuffrè, Milano, 2008, *passim*.

³¹ *Ivi*, pp. 527-530.

³² *Ivi*, p. 641 ss.

³³ P. GROSSI, *Scritti canonistici*, cit., p. 236, pp. 251-252.

³⁴ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, cit., II, p. 1037.

³⁵ V. P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., pp. 63-64.

³⁶ G. WINIWARTER, *Il diritto civile austriaco sistematicamente esposto ed illustrato*, I, ed. Antonelli, Venezia, 1837, I, pp. 98-99.

diritto naturale propriamente detto quella forza sussidiaria che gli accorda il § 7 [...]. Dappoiché l'analogia di diritto basta pienamente per risolvere nello spirito del vigente diritto qualunque questione, e nel passo del § 7 relativo al diritto naturale altro non dee scorgersi che il soddisfacimento di un irresistibile impulso essenzialmente teoretico dei compilatori del codice civile»³⁷.

E, per non essere frainteso, fa sue le parole del civilista Schweppe:

«La pienezza del diritto positivo lascia nel diritto privato poco campo ai diritti naturali»³⁸.

Si tratta del momento in cui l'ABGB è sottoposto, lo ha messo in luce Pio Caroni, ad un processo di pandettizzazione, che conduce anche ad una concezione positivista dell'ordinamento privatistico dell'Impero asburgico³⁹.

Pure con riferimento alla formula *principi generali di diritto*, contenuta nelle 'Preleggi' al codice civile del 1865 si registra lo stesso fenomeno appena descritto⁴⁰. Si tratta di un orientamento dottrinale che in Italia si impone alla fine degli anni Settanta dell'Ottocento. Fino ad allora tale disposizione (che riprendeva fedelmente l'articolo del codice civile albertino del 1837, sul quale non mi posso soffermare) era stata utilizzata dai commentatori del codice come strumento attraverso il quale trasfondere nella *prassi* gli elementi della tradizione nazionale, come ha ben mostrato Giovanni Cazzetta⁴¹. Da un lato coloro che ammettevano il ricorso al diritto romano, e, ove esso non soccorresse, all'equità, oppure ai principi di diritto comune, ai precetti di diritto naturale. Sul versante opposto, più compatto, ma minoritario, si collocavano coloro che individuavano i principi generali del diritto esclusivamente all'interno dell'ordinamento positivo vigente⁴². Per uno di questi, Emidio Pacifici-Mazzoni, i principi generali si sostanziano «nelle teorie del diritto formate coll'operazione dell'astrazione eseguita, sia sui singoli istituti sia sull'intera legislazione e che perciò servirono certamente di guida al legislatore nel comporre gli uni e l'altra»⁴³. Tale impo-

³⁷ G. UNGER, *Sistema del diritto privato generale austriaco* (1856), I, edizione italiana, G. Woditza, Zara, 1877, p. 63.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., pp. 65-66.

⁴⁰ Anche per la bibliografia v. A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Giappichelli, Torino, 2002.

⁴¹ G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 37.

⁴² S. SOLIMANO, *Tra esegesi*, cit., pp. 220-228; G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., pp. 43-46.

⁴³ E. PACIFICI-MAZZONI *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Barbera, Firenze, 1880³, p. 50.

stazione positivistica sarebbe stata sviluppata e irrobustita, per effetto dell'assimilazione della dogmatica pandettistica, dal suo allievo Vittorio Scialoja nella sua celebrata prolusione camerte del 1879⁴⁴, teorica che sarebbe stata accolta dalla dottrina civilistica e dal legislatore del 1942, imprimendo un'ulteriore torsione di segno statualistico⁴⁵. La soluzione accolta nel codice svizzero del 1907 è passata alla storia, perché in ultima istanza concede al giudice di colmare direttamente la lacuna come se fosse il legislatore, un'apertura di credito che i magistrati elvetici non avrebbero troppo apprezzato: «atterriti com'erano dall'*horror vacui*, avrebbero regolarmente preferito l'analogia al salto nel vuoto loro suggerito, se non proprio imposto, dall'articolo introduttivo del codice»⁴⁶.

Ciò detto, sembrerà paradossale, ma anche il codice di diritto canonico del 1917 ha subito un *revirement* positivistico, come ha evidenziato il Fantappiè. A lavori ultimati, Gasparri predispone il decreto da inviare ai Seminari e alle facoltà di diritto canonico con il quale si invita a interpretare e ad insegnare il codice con lo stesso metodo utilizzato nelle facoltà civili, specificando che esso si deve sostanziare nello studio dei singoli canoni⁴⁷. *Religiosissime*⁴⁸ «*dans l'ordre établi par le code [...]*». Ad imitazione del metodo imposto da Napoleone nell'analisi del *code civil*. V'è di più: Gasparri cancella dalla bozza originaria un'importante indicazione, avanzata dal gesuita Ogetti (anch'egli codificatore), sull'importanza della prospettiva storico-giuridica nell'interpretazione dei canoni. E giusto questo *imprinting* metodologico si assiste appunto ad un paradossale fenomeno di positivizzazione dell'ordinamento canonico, perché finisce «per alterare in gran parte il significato originario della codificazione»⁴⁹. E allora non ci si deve stupire di ritrovare un *Gény in Ecclesia*, Albert Ortscheid, che nel 1922 rivolge ai canonisti il celebre ammonimento del giurista di Nancy: «Par le

⁴⁴ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* (1879/1880), in *Studi giuridici*, III, I, Anonima romana editoriale, Roma, 1932, pp. 1-23.

⁴⁵ A. SCIUMÈ, *I principî generali del diritto*, cit., p. 201 ss.

⁴⁶ P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., pp. 82-83.

⁴⁷ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, cit., II, pp. 1152-1153.

⁴⁸ Come spiega il Redaelli commentando la prima istruzione del 1917, il Codice doveva essere «spiegato non sinteticamente ma analiticamente e canone per canone, conservando religiosissime la successione numerica ("singulos canones diligenti explanatione interpretari") [...]. Si precisa, inoltre, che nessun libro è necessario agli alunni se non il Codice; se l'insegnante volesse però usare anche un altro testo deve adattare il suo ordine sistematico a quello del Codice e non viceversa»: C. REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al Codice di diritto canonico del 1917 e a quello del 1983*, in *Periodica de re canonica*, 1997, p. 58. Sul progressivo e parziale superamento del canone esegetico (sulle sollecitazioni di Santi Romano e di D'Avack, pp. 70-78) e sul ruolo attuale del canonista interprete v. pp. 99-100; P. GROSSI, *Fioritura canonistica*, in *Scritti canonistici*, cit., pp. 183-191.

⁴⁹ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, cit., II, p. 1155.

Codex juris mais au delà du Codex juris canonici. Au delà: au regard et du passé et du présent et de l'avenir»⁵⁰.

Non spetta chiaramente a me indicare quali possano essere le future ricerche storico-canonistiche, ma certo mi sento di condividere l'auspicio formulato da Carlo Fantappiè in merito alla necessità di fare luce sul *post Codicem*, vale a dire investigare il testo pio-benedettino entro la prospettiva dell'applicazione che ne è seguita fino alle soglie del nuovo codice di Giovanni Paolo II. Si tratta di un percorso (è questo il senso della mia adesione) che anche gli storici del diritto sono chiamati a compiere in quest'ora storica, dal momento che si può ritenere pressoché concluso lo studio della storia della codificazione⁵¹.

⁵⁰ *Ivi*, p. 1159.

⁵¹ V. P. CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, in *Index*, 2001, p. 71.

SISTEMI GIURIDICI E CERTEZZA DEL DIRITTO. TRE MODELLI PER IL DIRITTO CANONICO

Carlo Fantappiè

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il metodo. – 3. Il modello classico. – 4. Il modello tridentino. – 5. Il modello codificatorio. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Il problema*

Vi possono essere molti modi di ragionare intorno alla certezza del diritto¹. Le esigenze della conoscibilità della norma, della validità di una stessa regola nel tempo e della sua conformità al contenuto sono state declinate nelle diverse epoche a seconda dei modelli di formulazione della norma e della varietà dei sistemi giuridici². Certamente la certezza o incertezza della norma è legata ai processi di positivizzazione del diritto. Le codificazioni in senso moderno si sono presentate come una risposta a questo problema scegliendo una particolare forma di presentazione del diritto. Tuttavia sarebbe sbagliato limitarsi alle questioni di tipo formale, trascurando le esigenze di giustizia sostanziale. Quello che conta non è tanto l'identità del contenuto nel variare della formulazione della norma, quanto la corrispondenza che si raggiunge con il valore che si intende affermare e tutelare. Certezza in senso formale e certezza in senso materiale non possono essere disgiunte. In questo senso – hanno scritto Viola e Zaccaria – «il valore della certezza del diritto deve essere coniugato con quello della giustizia del caso concreto»³.

Se caliamo questa problematica nel diritto canonico, è inevitabile spostare il baricentro della riflessione sulla forma dell'ordinamento e sugli istituti peculiari che esso si è dato per conseguire le proprie finalità storiche e escatologiche per tutti e per ogni singolo fedele.

¹ Per l'impostazione del problema si veda, almeno, M. CORSALE, *Certezza del diritto. Profili storici*, in *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988, pp. 1-7; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.

² Per *sistema giuridico* s'intende qui la costruzione scientifica rivolta a mettere in ordine gli elementi del diritto sulla base di un complesso di criteri o regole interni ad esso.

³ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 22.

Al riguardo vale la pena di richiamare la reazione provocata in Pio Fedele, uno dei maggiori canonisti del XX secolo, dalla lettura del noto libro di Lopez de Oñate⁴. In modo provocatorio quanto salutare, Fedele giunse a negare il principio della certezza del diritto nell'ordinamento canonico sulla base delle «esigenze insopprimibili della *aequitas canonica*»: istanza superiore nella quale si riassume l'intero diritto della Chiesa. Non meraviglia quindi che Fedele impostasse il rapporto tra ordinamento della Chiesa e codificazione canonica in modo assai critico⁵.

Sebbene non rendesse giustizia alle idee di Lopez de Oñate (un giurista di orientamento certamente non positivista), resta pur vero che l'intervento di Fedele contribuì a far risaltare l'inconfondibile fisionomia dell'ordinamento canonico. Su questa linea Giuseppe Capograssi poteva affermare che nel diritto canonico «certezza e giustizia coincidono, poiché la giustizia come esplicitazione della piena legge etica nel rapporto concreto tra i soggetti diventa qui l'oggetto stesso dell'instaurazione della certezza positiva dell'ordinamento»⁶.

Ritengo che quel vivacissimo dibattito possa essere ripreso in chiave storico-giuridica e allargato ai problemi odierni. La mia domanda di partenza è: come è cambiata a grandi linee l'impostazione del problema della certezza del diritto – che è dire lo stesso (della teoria) della norma – nella scienza canonistica del secondo millennio? La mia domanda conclusiva è: cosa possiamo apprendere dai mutamenti intervenuti col passaggio da un modello a un altro? È però necessario premettere alcune riflessioni sull'impostazione metodologica.

2. *Il metodo*

I canonisti che per primi hanno elaborato nell'Europa medievale un sapere giuridico piuttosto evoluto hanno avuto bisogno di ricorrere a una teoria logico-argomentativa per conoscere e applicare il diritto⁷ nonché a un metodo di sistemazione dei propri contenuti⁸. Ciò significa che la forma dei testi giuridici dipende almeno da due fattori filosofici.

⁴ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942 e 1950), n. ed. riveduta, a cura di G. ASTUTI, Appendice di M. CORSALE, Giuffrè, Milano, 1968.

⁵ P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pp. 207-237, in part. p. 222.

⁶ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 278.

⁷ Per una densa sintesi si rimanda alla voce *Logica: b) teoria dell'argomentazione* di A. GIULIANI in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Milano, 1975, pp. 17-34.

⁸ L'etimologia *cum-struere* sta a indicare la presenza di materie dissociate che vengono

Il primo è la concezione della ragione o il tipo di *razionalità* che si assume nel concepire e nell'ordinare le norme, nell'organizzare i rapporti interni e nel determinare le controversie⁹. Quando andiamo a leggere le opere dei decretisti e dei decretalisti ci accorgiamo subito che il loro modo di ragionare e interpretare i testi è differente da quello che usano, dopo il 1917, gli esegeti del codice canonico.

Il secondo fattore proviene dalla modalità con cui viene pensato il collegamento delle varie parti col tutto. Quel che noi oggi chiamiamo il *sistema* del diritto non solo varia secondo le culture e le filosofie ma si avvantaggia dello sviluppo dei metodi e delle discipline¹⁰. Mi spiego con un esempio. L'*ordo decretalium* dato da Bernardo da Pavia sottende una differente visione del diritto canonico rispetto alla *methodus Institutionum* di Lancellotti o al *systema* del Codice del 1917 o del 1983.

Dunque il *testo* del diritto, nella forma definitiva con cui perviene a noi in ciascuna epoca, risulta modellato nell'enunciazione, nell'organizzazione logica e nell'interpretazione/applicazione da quella che in senso tecnico è detta la "costruzione giuridica".

A loro volta questi differenti fattori sono collegati – anche se in modo non meccanico – al contesto storico e culturale di riferimento. Ancora una volta cerco di chiarirmi con un esempio. La nozione di ordine o disposizione delle varie *Compilationes* di decretali riflette gli schemi logici della scolastica medievale; il genere letterario delle *Institutiones canonicae* deri-

riunte e coordinate. La metafora della "costruzione" intende sottolineare che si utilizzano i materiali preesistenti secondo un'idea sistematica che li ordina in modo da formare un'entità nuova. Dalla connessione tra costruzione e sistema derivano diversi significati di "sistema giuridico" (cfr. G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1965, pp. 189-200; V. PANUCCIO, *La fantasia nel diritto*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 89-108; P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, 2 voll., Giuffrè, Milano, 1984-1985).

⁹ Vi sono diverse tipologie della ragione: oltre a quella razionale o discorsiva, pensiamo a quella pratica o argomentativa, oppure a quella partecipativa e comunicativa. Nell'articolo di H. LENK, H.F. SPINNER, *Das Rationalitätsproblem*, in *Pragmatik. Handbuch pragmatischen Denkens*, III, hrsg. v. H. Stachowiak (Hamburg 1989) sono censiti 22 tipi di «ragione». Vale la pena di osservare che il *riduzionismo* tipico della filosofia moderna ha soppiantato le forme di razionalità pratica o le forme parziali di razionalità, legate a specifici ambiti concettuali, sulla base dei presupposti dell'*unità di metodo* per tutti i campi e di un *ideale di sapere* che avesse i caratteri dell'obiettività, descrittività, rigorosità e universalità. Solo con la crisi della «modernità» si è cominciato a riabilitare in vari campi disciplinari la filosofia pratica prevalentemente di origine aristotelica. Nella scienza giuridica europea un ruolo di primo piano hanno esercitato le riflessioni di Chaïm Perelman (di lui si veda, almeno, *Logica giuridica – nuova retorica*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1979). Nello stesso periodo in Italia compiva studi originali e innovativi Alessandro Giuliani (sulla sua opera si veda *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica e etica*, a cura di G. REPETTO, Giuffrè, Milano, 2012). Sulle relazioni tra modelli di ragione e sistemi di diritto si vedano i saggi contenuti in *Formes de rationalité en droit* («Archives de philosophie du droit», 23, 1978), facendo tesoro delle riflessioni introduttive di M. Villey.

¹⁰ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 344-345.

va dagli sviluppi dell'umanesimo giuridico; la sistematica del primo *Codex* canonico ricalca la tripartizione romanistica della materia del diritto accolta sostanzialmente dai codici statuali.

Mi sia permesso un ultimo passaggio, dovuto alla posizione eccentrica dell'ordinamento canonico rispetto agli altri ordinamenti. Il fatto che esso si collochi al "crocevia" tra la teologia e il diritto¹¹ impone di considerare l'incidenza reciproca di queste due discipline in un certo stadio della loro evoluzione.

Se, come s'è detto, ogni costruzione giuridica è legata a una concezione filosofica, ogni teologia veicola una determinata ecclesiologia, la quale si riflette – anche se in maniera non necessariamente sincronica – sull'impostazione del diritto canonico e sull'organizzazione delle istituzioni ecclesiastiche¹².

Nonostante un nucleo giuridico comune, occorre distinguere tra la concezione della Chiesa gregoriana, quella della Chiesa tridentina e quella dei pontificati piani (da Pio IX a Pio XII). Durante ognuna di queste epoche e delle scansioni temporali interne, si modificano le idee e le prassi del potere giurisdizionale della Chiesa, delle relazioni di Roma con le Chiese particolari e dell'apparato istituzionale e organizzativo ecclesiastico.

Sulla base di queste indicazioni metodologiche proverei a confrontare la *ratio* di tre differenti paradigmi del diritto canonico¹³.

3. Il modello classico

3.1. Il primo modello è quello fondativo dell'età classica, che si può considerare il vertice insuperato dell'elaborazione canonistica. Alla sua origine, tra l'XI e il XII secolo, troviamo un bivio di particolare intensità metodologica, quello che si consuma tra la visione oikonomica dei canoni secondo la tradizione orientale, di cui si fa espressione Ivo di Chartres, e la visione legale dei canoni secondo la tradizione occidentale, di cui si fa promotore Graziano, sulla scorta di un concetto di legge che aveva trovato le sue determinazioni fondamentali nelle opere di Isidoro di Siviglia, l'ultimo grande Padre della Chiesa del primo millennio. Graziano e i suoi al-

¹¹ Ancora essenziale la riflessione di G. RENARD, *Contributo allo studio dei rapporti tra diritto e teologia. La posizione del diritto canonico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 16/1936, pp. 477-521.

¹² Mi permetto di rinviare all'introduzione del mio volume *Ecclesiologia e canonistica*, Marcianum Press, Venezia, 2015, pp. 11-63.

¹³ Qui non possiamo soffermarci sui problemi della periodizzazione che, non a caso, hanno suscitato da molto tempo un discreto dibattito tra gli studiosi. Una delle ultime riflessioni è quella di E. SASTRE SANTOS, *Historia del Derecho de la Iglesia. Teoría y método de la disciplina*, in *Revista española de derecho canónico*, 70 (2013), pp. 107-141.

lievi gettano le basi, nel *milieu* giuridico-teologico bolognese, della futura stagione dell'*utrumque ius* in un rapporto simbiotico con la prima teologia scolastica¹⁴.

La Scolastica si propone in Occidente prima di tutto come *tecnica di lettura* (pensiamo al *Didascalicon* di Ugo di San Vittore), per poi divenire un *metodo di ricerca* della sapienza nell'ordine delle cose. Un'invenzione che ha modificato il modo di leggere e di pensare è stata la considerazione del testo non più come soggetto ma come oggetto. Alla metà del XII secolo si introducono dei cambiamenti tecnici (impaginazione, divisione in capitoli, numerazione regolare di capitoli e versetti, i sommari in testa al capitolo, le introduzioni, ecc.) che segnano il *passaggio dal "testo" al "libro"*, anche se ancora trasmesso sotto la forma del manoscritto¹⁵. Possiamo vedere rispecchiato questo fenomeno di *ricerca dell'«ordo»* nella complessa stratificazione letteraria con cui ci è giunto il *Decretum* di Graziano.

Questo ordinamento materiale del Testo (biblico, teologico, giuridico) provoca la scissione del *testo-oggetto* dal suo *supporto materiale* (il manoscritto) ma non ne stravolge il significato, anzi ne prolunga la vita e le dimensioni: il testo diventa un "testo aperto" alla cooperazione del lettore e dei lettori che vi aggiungono qualcosa a cominciare dalle glosse. Attraverso il manoscritto "autore" e "lettore" sono vicini e idealmente legati, si richiamano a vicenda, si stimolano e si completano: formano una vera "comunità interpretativa" che, come sappiamo, trova il suo luogo di origine nelle Scuole e nelle Università medievali.

I frutti di questa "comunità interpretativa" si vedono nella varietà e nell'articolazione dei *generi letterari*: dalla glosse si passa agli apparati e ai brocardi, dagli apparati alle somme, tutti prototipi di un sapere evolutivo-creativo che si vuole programmaticamente sottoposto alla prova dei fatti e dell'autorità dei maestri.

Quaestiones e disputationes costituiscono l'anima del sapere scolastico fondato sulla dialettica argomentativa. Come ha messo in luce Giuliani, la tradizione giuridica medievale si fonda su una *ragione pratica* o prudenziale (nel senso aristotelico)¹⁶ che presuppone la dipendenza della giurisprudenza dalla dialettica e una concezione della dialettica che ha la struttura della *controversia*¹⁷.

¹⁴ Non potendo scendere nei dettagli della bibliografia, ormai divenuta assai vasta e frammentata, preferisco rinviare alle mie pagine di sintesi in *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 101-110.

¹⁵ I. ILLICH, *Nella vigna del testo. Per una etologia della lettura*, Cortina ed., Milano, 1994, p. 106.

¹⁶ «Lex est quoddam dictamen practicae rationis» (Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-II, q. 91, a. 3).

¹⁷ A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Tipografia del Libro, Pavia, 1966.

La ragione pratica non procede per principi deduttivi ma per dubbi, che affronta e supera mediante l'argomentazione topica che era già in uso presso i giuristi romani¹⁸. Per risolvere una controversia occorre individuare gli elementi rilevanti, soppesare le contrastanti "ragioni", valutare se la "regola" che si pretende di applicare al "caso" sia o no adeguata. L'esigenza di avvicinarsi il più possibile alla realtà per cogliere la specificità del caso spinge ad attuare ripetute distinzioni concettuali. In Graziano e nella sua scuola, l'arte dialettica si fonda sullo strumento logico della *distinctio*¹⁹.

La ricerca della soluzione giusta – intesa come soluzione ragionevole – deve essere fondata sull'*equità*, che civilisti e canonisti vedono come un riflesso delle relazioni tra le persone della Santissima Trinità. L'*equità* comporta l'uguaglianza di tutti rispetto alla legge, la preminenza del caso, la valutazione degli atti e condotte in rapporto alla situazione, alle circostanze, alla natura delle cose. Decretisti e decretalisti si spingono oltre l'*equità* naturale e fanno dell'*aequitas canonica* – ha scritto Paolo Grossi – «la norma suprema che sta alla base della Chiesa», lo strumento che adegua la norma alle trasformazioni sociali e che «realizza l'adeguamento perfetto della forma alla sostanza» del diritto canonico²⁰.

Per i medievali conoscere il diritto non vuol dire costruire e organizzare un sistema giuridico, ma comprendere l'*ordo* che si riflette nei fatti stessi (diritto divino naturale) o che è emanazione della volontà divina (diritto divino positivo). L'interpretazione non si fonda sulla determinazione del testo della legge bensì sulla ricerca della *verità delle cose*²¹. Questa prospettiva non porta a concepire il diritto come una dimensione atemporale e astratta; conduce, invece, alla consapevolezza della sua *intrinseca temporalità e concretezza* proprio in ragione della distinzione tra metafisica e storia²². Per civilisti e canonisti è essenziale *dialogare* con chi ci ha preceduto: nel presente, infatti, si realizza la tensione tra passato e futuro. Il diritto medievale è strutturalmente ermeneusi perché realizza la fusione degli orizzonti.

¹⁸ Cfr. Y.P. THOMAS, *Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome*, in *Archives de philosophie du droit*, 23 (1978), pp. 93-114; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2012².

¹⁹ A. GIULIANI, *La logique de la controverse et le droit chez les romanistes du XII^{ème} et du XIII^{ème} siècle*, in *Studia et documenta historiae iuris*, 34 (1968), p. 228.

²⁰ P. GROSSI, *Aequitas canonica*, ora in ID., *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÈ, Giuffrè, Milano, 2013, p. 222.

²¹ Nelle fonti del ragionamento giudiziario la *natura rerum* occupa il primo posto, seguita dall'argomentazione fondata sui precedenti (*ex similibus*) e dall'interpretazione della legge (*ex verbis scripturae*).

²² Già Isidoro di Siviglia ammoniva sulla relativa mutabilità del diritto: esso deve essere «secundum naturam» e «loco tempore conveniens» (A. GIULIANI, *La logique de la controverse*, cit., p. 226).

Il metodo d'insegnamento canonistico medievale è ancorato alla "comunità interpretativa" attraverso le operazioni complementari del *legere*, *repetere*, *disputare*²³. Si parte dalla lettura di un testo delle decretali, se ne illustrano le relazioni col contesto del titolo e del libro, quindi si procede nell'analisi delle singole unità di senso del testo, facendo riferimento alla catena delle glosse e dei commenti. Anche se tiene conto del significato letterale e delle opinioni degli interpreti, il maestro mantiene un ampio margine di libertà rispetto alla lettera del testo. L'*interpretatio* si fonda su una fonte autoritativa ma resta un'operazione creativa²⁴.

Si capisce che il problema della certezza del diritto nell'epoca medievale assume connotati del tutto singolari rispetto alla mentalità positivista. Il diritto è un fenomeno *dinamico* per il continuo adeguamento all'evolversi della realtà; un fenomeno *sociale* per il carattere comunitario della sua produzione e interpretazione; un fenomeno *dialettico* per la mediazione interpretativa operata da filosofi-giuristi che usano la ragione pratica.

3.2. Un cambiamento determinante di questo paradigma avviene già alla metà del XIII secolo, in conseguenza delle novità epistemologiche introdotte prima dai teologi scolastici e poi dai giuristi della Scuola d'Orléans. Una nuova lettura della logica aristotelica, incentrata sul ragionamento apodittico; la rilevanza attribuita ai principi propri di ogni scienza; l'abbandono del metodo d'insegnamento basato sulla lettura dei testi, a vantaggio dell'esposizione dei *principia*: tutto ciò contribuisce a convertire progressivamente il *sapere ermeneutico* in una forma di *sapere definitorio*²⁵. "Caso" e "regola" non vengono più compresi dialetticamente ma sussunti logicamente. Al "caso" viene attribuita la struttura di un "teorema" e la "regola", fondata sull'esistenza di principi, sostituisce la prova dialettica²⁶. Nel genere letterario che esprime questa innovazione – il *commentario* –, la controversia concreta si pone sotto la forma di un caso particolare entro uno schema logico e va risolta con una tecnica di dimostrazione scientifica, il sillogismo²⁷.

²³ M. BELLOMO, *Medioevo edito e inedito*, I, Il Cigno ed., Roma, 1998, pp. 51-97; S. CAPRIOLI, *Modi arguendi. Testi per lo studio della retorica nel sistema del diritto comune*, CISAM, Spoleto, 2006.

²⁴ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2006³, cap. VI, §§ 9-10.

²⁵ A. ERRERA, *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 94 ss. Nonostante la tendenza a ragionare per schemi logici, i commentatori non escludono ancora del tutto il metodo topico (E.H. KANTOROWICZ, *La sovranità dell'artista. Mito e immagine tra Medioevo e Rinascimento*, trad. it., Marsilio, Venezia, 1995, p. 18, nota 2).

²⁶ G. CHEVRIER, *Sur l'art de l'argumentation chez quelques romanistes médiévaux au XII^{ème} et au XIII^{ème} siècle*, in *Archives de philosophie du droit*, 2/1966, pp. 115-148.

²⁷ A. GIULIANI, *La logique de la controverse*, cit., p. 237. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 117 ss.

Scompare il carattere dialettico e sociale del sillogismo pratico, nel ragionamento dei giuristi subentra l'alternativa "vero" o "falso".

3.3. Il passaggio al paradigma moderno del diritto inteso come *scienza autonoma* comincia con l'umanesimo giuridico nella seconda metà del XV secolo. La grande trasformazione avviene, come nel XII secolo, per effetto di una nuova tecnica di lettura, quella introdotta dalla stampa. Il passaggio dal manoscritto alla stampa comporta il passaggio dallo spazio aperto del "foglio" allo spazio chiuso della "pagina". Come ha osservato Ong, la stampa da un lato garantisce l'esatta riproducibilità di un testo e la sua ampia diffusione – due fattori non indifferenti per la legge –; inoltre offre il vantaggio di dare una descrizione verbale precisa dell'oggetto o disposizione. Ma, dall'altro lato, la stampa produce un senso di «chiusura cognitiva [...] isolando il pensiero su una superficie scritta, separata da qualsiasi interlocutore»²⁸. Autore e lettore sono vicini e si completano nel manoscritto; risultano separati e indipendenti nel libro a stampa. Si rompe, anche fisicamente, quella "comunità interpretativa" che aveva contraddistinto il momento medievale.

Mentre la cultura manoscritta presuppone un'officina di testi e si pensa come inter-testualità, la cultura della stampa tende a percepire l'opera come un testo unico, che si sviluppa in modo organico e perfettamente unitario.

Venendo incontro alle crescenti esigenze didattiche e professionali, la stampa offre la possibilità di organizzare il sapere di una disciplina secondo gli schemi chiusi del manuale o del compendio. Diventa centrale il problema della *methodus* e della sua applicazione al diritto²⁹. Unendo il sapere definitorio dei commentatori con gli schemi dicotomici della logica platonica si dà una "rappresentazione" ordinata della materia³⁰. Mediante l'introduzione di definizioni, classificazioni, nuove definizioni più complesse e l'articolazione dei legami logici tra le nozioni si attua una scomposizione dei concetti o degli istituti e una loro ricomposizione in forma sistematica evidenziata dalle tabelle e griglie a sviluppo verticale e lineare.

Questa incipiente razionalizzazione del diritto ha conseguenze di vasta portata: non cambia solamente il modo di apprenderlo e di comunicarlo ma ne modifica la forma e il contenuto. Seguendo lo schema interpretativo di Rémi Brague si potrebbe dire che tra Cinquecento e Seicento si por-

²⁸ W.J. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, trad. it., Il Mulino, Bologna 1986, p. 186, ma si vedano anche le pp. 180-190.

²⁹ V. PIANO MORTARI, *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Jovene, Napoli, 1978.

³⁰ La costruzione della scienza giuridica moderna è fortemente dipendente dall'enfasi posta sulle potenzialità infinite della *methodus* e dei suoi schemi rigorosamente dicotomici. «Tutto diventa autoevidente se definito e classificato in modo corretto» (W.J. ONG, *Oralità e scrittura*, cit., p. 189).

ta a compimento il passaggio dal *metodo dell'inclusione* del testo, proprio dei commentari giuridici medievali, al *metodo della digestione* dei testi, proprio dei nuovi generi letterari moderni: *Paratitla*, *Compendium*, *Epitome*, *Institutiones*, *Sylloge*, ecc. Mentre il procedimento dell'"inclusione" rispetta il testo, anche se lo divide nelle sue componenti, il procedimento di "digestione" ha la pretesa di riscrivere il testo in modo che si trovi integrato e tradotto in una nuova opera³¹.

Questo lavoro di *ristrutturazione del contenuto* del diritto in modo artificiale è guidato da criteri razionali, esterni e superiori al testo. In sintonia con il cambio filosofico è la *ratio* cartesiana e non più quella aristotelica che detta legge al *textus*. Comincia una nuova avventura che porterà a travasare le norme dall'*ordo iuris* al *systema iuris* secondo il modello di scienza moderna fondato sui criteri di autonomia, completezza e di certezza³².

4. Il modello tridentino

Il diritto canonico prima subisce l'offensiva dell'umanesimo giuridico, poi tenta di riconquistare un ruolo trainante sul piano filosofico e giuridico mediante la grande modernizzazione culturale compiuta dalla Scolastica spagnola.

Grazie all'evoluzione della metodologia teologica si attua quella che Pierre Legendre ha definito la *ri-fondazione tridentina* del diritto canonico³³. La Seconda Scolastica fornisce al diritto della Chiesa prima di tutto un'*antropologia* basata sull'articolazione tra "natura" e "soprannatura". Questa distinzione risulta oltremodo funzionale tanto alla soluzione dei problemi di adattamento missionario nelle terre d'Oltremare³⁴ quanto alle strategie politiche e culturali della Chiesa nell'Europa. Qui infatti la Chiesa deve misurarsi con l'autonomia delle scienze sperimentali e con le pretese assolutistiche degli Stati nazionali.

³¹ R. BRAGUE, *Au moyen du Moyen Âge. Philosophies médiévales en chrétienté, judaïsme et islam*, Flammarion, Paris, 2006, pp. 263-285.

³² Sulla base di questi presupposti, la modernità tende sempre a separare i campi del sapere, a concepire le discipline come isolate e chiuse rispetto alle altre, a rifiutare la complessità e a tendere verso l'omogeneizzazione. I problemi irrisolti, le difficoltà, le contraddizioni che emergono nei manuali o trattati sono relegati in una zona separata del libro in vista della loro neutralizzazione o della loro condizione atipica. Data la sua natura chiusa, il "sistema" non sopporta la "complessità".

³³ P. LEGENDRE, *L'inscription du droit canon dans la théologie. Remarques sur la Seconde Scolastique*, in *Proceedings of the V International Congress of Medieval Canon Law*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano, 1980, pp. 443-454.

³⁴ Ci si limita a ricordare la fondamentale opera di A.A. CASSI, *Ius Commune tra Vecchio e Nuovo Mondo. Mari, terra, oro nel diritto della Conquista (1492-1680)*, Giuffrè, Milano, 2004.

Non meno essenziale per la modernità giuridica è la *teoria generale della legge* elaborata da Suárez. Nel *De legibus* si trova non solo la formulazione dei *principia iuris* che formeranno la *parte generale* dei codici civilistici e canonistici³⁵, ma anche una *nuova concezione della ragion pratica*, emancipata dalla tradizione aristotelica ed ora elevata a scienza morale delle azioni³⁶. Con la conseguenza che la prassi, le condotte e i casi della giurisprudenza diventano oggetto di definizione razionale secondo regolarità precostituite.

Suárez completa l'edificio concettuale della Seconda Scolastica con la sua idea di *sistema*. Suárez ebbe una nozione in senso forte di sistema³⁷, che diventerà essenziale anche nel mondo protestante per definire ogni scienza come un campo unitario e in qualche modo totalizzante del sapere³⁸. Leibniz stesso si richiamerà a Suárez per definire il concetto di "sistema esterno" del diritto³⁹.

Infine Suárez opera la sistemazione delle fonti del diritto canonico moderno, il loro raccordo con le altre branche del diritto e con la legge morale. Con la distinzione tra *ius divinum naturale* e *ius divinum positivum*, egli ricollega a Dio per gradi successivi tutte le articolazioni interne al diritto; trasformando poi la *ratio legis* in *obligatio legis* fa in modo che il riferimento a Dio quale autore supremo della legge sovrintenda l'intera gamma dei fenomeni morali e giuridici.

Si stabilisce un concubinato tra il diritto canonico e la teologia morale: nel fòro esterno domina la *legge* ispirata a principi razionali; nel fòro interno la *coscienza* funge da prolungamento della legge. La prima si avvale di procedure logico-deduttive, la seconda della tecnica casistica.

L'età post-tridentina vede svilupparsi due fenomeni solo in apparenza contraddittori ma in realtà per alcuni aspetti correlati nel diritto canonico: l'indebolimento dell'apporto creativo dei dottori e della dottrina, in conseguenza della riserva interpretativa dei decreti di riforma del concilio di Trento imposta dalla Santa Sede; la progressiva formazione della *scien-*

³⁵ Sul processo di ricezione e di reimpiego della teoria generale della legge di Suárez, v. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, I, UTET, Torino, 1999², pp. 383-384.

³⁶ A. GIULIANI, *Il concetto classico*, cit., pp. 574-575.

³⁷ G. GADAMER, *Il medioevo e Tommaso. La nozione di sistema*, in http://www.emsf.rai.it/gadamer/interviste/09_tommaso/tommaso.htm#11 [consultato il 19/11/2013].

³⁸ Francisco Suárez e l'Aristotelismo. Intervista a Costantino Esposito, in http://www.losguardo.net/public/archivio/num5/articoli/2011-05.%20Costantino_Esposito_Suarez_e_aristotelismo.pdf, p. 23 [consultato il 19/11/2013].

³⁹ Si veda ora C.M. DE IULIIS, *Leibniz e la scienza giuridica*, in G.W. VON LEIBNIZ, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. XXVII-XXVIII. Limpide riflessioni sull'idea sistematica applicata al diritto in A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 343-348.

tia iuris moderna intesa come riduzione delle norme entro strutture logico-sistematiche.

Dopo il fortunato ordinamento delle *Institutiones* del Lancellotti nel 1563, l'applicazione del modello sistematico al diritto canonico è attuato dalle scuole gesuitiche di Ingolstadt e di Dillingen tra la seconda metà del Seicento e i primi del Settecento. L'innovazione tecnica di Pirhing (metodo legale che armonizzava la *dispositio* medievale) apre poi la strada alle trattazioni del *Ius canonicum universum* e alle forme compendiarie chiamate *Syntagma*, *Synopsis*, *Tractatus* che incorporano nel diritto canonico il metodo deduttivo-sistematico di Wolff, a sua volta influenzato da Suárez.

L'assunzione del metodo matematico quale parametro ideale del sapere giuridico – inteso come *theoria* – espunge definitivamente la filosofia e l'argomentazione della ragion pratica, facendo dell'agire umano un campo e un oggetto del sapere razionale⁴⁰.

Certamente questa contaminazione pervade più il diritto civile che non il diritto canonico. Tuttavia alle soglie della rivoluzione francese perfino la teologia morale abbandona il metodo casistico per abbracciare il metodo di risoluzione per princìpi⁴¹. La contaminazione più evidente col metodo wolfiano si ha nella nuova branca del *ius publicum ecclesiasticum*, dalla Scuola di Würzburg a Tarquini.

5. Il modello codificatorio

Sono così poste le premesse metodiche e culturali della codificazione canonica del 1917, la quale risponde ad esigenze oggettive e gravi. Dal concilio di Trento in poi mancava un riassetto organico delle fonti che fosse funzionale al governo e all'amministrazione della giustizia nella Chiesa. Il *Codex iuris canonici* voluto da Pio X rappresenta una grandiosa opera di sintesi giuridica realizzata dalla scienza canonistica romana e europea tenendo conto degli orientamenti dell'episcopato mondiale e della curia romana. Scegliendo la forma Codice, la chiesa cattolica ha inteso dare al proprio ordinamento e a se stessa una legittimazione giuridico-politica rispetto alle pretese monistiche degli Stati-nazione⁴².

Quella del 1917 è certamente una codificazione atipica rispetto a quelle statuali, per il suo ancoraggio allo *ius vetus* e per il rinvio agli istituti peculiari del diritto canonico. Ma resta pur sempre una codificazione a tutti

⁴⁰ Cfr. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der «pratischen Jurisprudenz»*, Klosterman, Frankfurt am Main, 1979; M. HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1981.

⁴¹ S. BOARINI, *Introduction à la casuistique*, L'Harmattan, Paris, 2007, pp. 79-80.

⁴² Per questa e le altre affermazioni rinvio al II volume di C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Giuffrè, Milano, 2008.

gli effetti e con molte conseguenze tipiche, specialmente per quel che riguarda la concezione della norma.

Nella forma moderna del codice, il testo della norma non si presenta più come veicolo della verità delle cose bensì come oggettivazione di comandi provenienti dall'autorità. In quest'ottica il *Codex iuris canonici* segna il punto finale della trasformazione della ragionevolezza della legge nella nozione suareziana di comando e obbligo.

Anche in seguito alle direttive impartite da Gasparri nel 1917, pedissequamente ricalcate dall'*école de l'exégèse*, il Codice muta i termini della certezza della norma. In quanto consegnata a proposizioni generali e astratte, essa assume un carattere statico, rigido e deduttivo, perlopiù frutto di calcolo logico. Si potrebbe applicare al codice canonico quello che si predica dei codici in generale: i suoi interpreti «si sforzano di trovare per ogni caso concreto in questione la casella del codice preordinata, di sistemarvi il caso in questione con un procedimento puramente logico, e formulare il risultato in forma di giudizio»⁴³.

Inoltre il *Codex* del 1917 diventa, senza volerlo essere, il contenitore unico della legge canonica. Gli si attribuisce un credito incondizionato, generalizzato e universale anche da parte dei teologi moralisti, pastoralisti e liturgisti i quali lo prendono a modello per i loro manuali.

Salvo qualche eccezione, la dottrina canonistica curiale non si elèva al di sopra del commentario esegetico, che considera i canoni prescrizioni formali avulse dal contesto e dalle finalità originarie. A differenza di quanto avveniva nel medioevo, il testo del Codice viene recepito passivamente, quasi fosse un testo sacro. Si può analizzarlo solamente per capire la volontà del "legislatore", la cui intenzione è fatta corrispondere al senso proprio delle parole con cui è formulata la norma. L'esegeta deve limitarsi a spiegare il tenore dei singoli canoni e il campo della loro applicazione, facendo ricorso ai passi paralleli. È proibita ogni "fantasia nel diritto" anche nell'ordine dell'esposizione che deve ricalcare i libri e le divisioni del Codice. Sparisce l'interprete per lasciare il posto all'esegeta; questi è schiacciato dall'autorità letterale del testo, i suoi movimenti sono predeterminati e circoscritti dal Codice.

La separazione tra storia e diritto contribuisce a chiudere il colloquio con i grandi canonisti del passato e con gli istituti tipici della *traditio*. La certezza del diritto ora non differisce molto da quella disegnata dai sostenitori del positivismo giuridico⁴⁴.

Tuttavia i guasti della codificazione canonica derivano anche dalla mancata implementazione della legislazione particolare e dal mancato decollo della giurisprudenza al di fuori dell'ambito matrimoniale. Nella sua con-

⁴³ R. POUND, *Introduzione alla filosofia del diritto*, trad. it., Sansoni, Firenze, 1963, p. 94.

⁴⁴ N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Derecho canónico y codificación: Alcance y límites de la asunción de una técnica*, in *Ius canonicum*, 51 (2011), pp. 105-136.

creta applicazione tutti gli strumenti di autointegrazione previsti dai canoni 6 e 20 risultano poco utilizzati. Sarebbe opportuno chiarire se queste conseguenze negative siano dipese dalla particolare attuazione della codificazione o non derivino piuttosto dai meccanismi impliciti nell'assunzione della "forma Codice"⁴⁵.

Qualche parola riassuntiva sulla codificazione vigente. Per la terza volta, nel corso della sua storia, il diritto canonico viene riformato dall'evoluzione della teologia all'indomani del concilio Vaticano II. Era necessario adeguare il codice del 1917 ai princìpi conciliari e alle trasformazioni sociali e culturali dei tempi⁴⁶.

Visto in prospettiva storica il codice del 1983 è il risultato di un compromesso tra il vecchio Codice e le novità del Concilio⁴⁷. La novità principale consiste nel tentativo di inserimento della *nuova ecclesiologia* del popolo di Dio nell'impiano del codice del 1917. Dal punto di vista formale viene attuata una ristrutturazione dell'architettura interna del codice precedente: l'antica sistematica tripartita di derivazione romanistica è sostituita con quella fondata sui *tria munera*. Dal punto di vista sostanziale l'articolazione degli stati di vita secondo la scala gerarchica papa-vescovi-parroco-fedeli è sostituita con quella inversa di fedeli-vescovi-papa. Sempre in sintonia con la concezione della Chiesa-comunione, il codice del 1983 attribuisce alle conferenze episcopali interventi legislativi che hanno lo scopo di adattare la norma universale alla varietà delle situazioni nazionali. L'apertura alla legislazione particolare ha modificato il rapporto tra norma comune e flessibilità del diritto prima garantita dall'*aequitas* e dagli istituti derivati⁴⁸.

D'altra parte la riforma conciliare del diritto canonico è avvenuta in modo incompleto, perché l'adeguamento delle norme all'ecclesiologia non ha investito l'intero codice. Soprattutto è da lamentare che lo "spirito" del

⁴⁵ Bisogna dare atto che il sistema codificato dalla Chiesa non ha subito, dal 1917 al Vaticano II, quella frantumazione normativa o quella perdita di centralità della "forma Codice" che si riscontra nel diritto civile italiano (si veda al riguardo N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979). Tuttavia in un ordinamento necessariamente flessibile come quello canonico questa tenuta del sistema codificato ha prodotto con la sua rigidità costi elevati nei più svariati campi della vita della Chiesa.

⁴⁶ Dopo la scolastica medievale dei secoli XII e XIII e la scolastica spagnola del XVI secolo, il complesso delle direttive che hanno prima ispirato le riforme conciliari e poi orientato la revisione del *Codex* del 1917 va individuato nella ecclesiologia del concilio Vaticano II.

⁴⁷ Il carattere di compromesso è stato segnalato da E. CORECCO, *Aspetti della ricezione del Vaticano II nel Codice di diritto canonico*, ora in Id., *Ius et communio. Scritti di diritto canonico*, Piemme, Casale Monferrato, 1997, II, pp. 646-705. Di «un testo che si segnala per la sua intima provvisorietà» ha parlato invece, in riferimento al Codice del 1983, P. GROSSI, *Novità e tradizione nel diritto sacro (dall'uno all'altro Codice di diritto canonico)*, ora in Id., *Scritti canonistici*, cit., p. 200.

⁴⁸ Osservazione di P. GROSSI, *Novità e tradizione nel diritto sacro*, cit., pp. 208-209.

Concilio abbia generato una *confusione deleteria tra diritto e pastorale*. Il termine pastoraltà è sembrato perdere ogni consistenza specifica nel campo del diritto canonico, come in larga parte della teologia. Nella stagione post-conciliare il problema della *certezza del diritto* si è quindi scontrato col fenomeno del crescente contrasto tra la norma prescritta e la norma vissuta dai fedeli. In mancanza di mediazioni, questi ultimi hanno talora reagito o con la dissimulazione o col ricorso all'autorità della coscienza⁴⁹.

6. Osservazioni conclusive

Nella rifondazione del diritto canonico uno dei problemi più gravi mi sembra costituito dalla mancata ristrutturazione dei *campi specifici* delle scienze sacre. Dopo la separazione del diritto dalla teologia, avvenuta nel codice pio-benedettino, il reinserimento del diritto canonico nel mistero e nella vita della Chiesa è stato attuato in modo settoriale e incompiuto. Manca alla teologia contemporanea una *visione sistematica* che sappia articolare in modo nuovo le diverse ed essenziali *mediazioni* dogmatiche, sacramentali, pastorali, morali e giuridiche. Abbiamo bisogno di ripensare quel coordinamento e quelle articolazioni tra le differenti discipline che hanno sempre costituito la forza e l'equilibrio della visione cattolica del mondo. Le estremizzazioni metodologiche dei teologi e dei canonisti del post-Concilio sono una dimostrazione lampante della rottura di un impianto culturale unitario⁵⁰.

Dopo il concilio Vaticano II la teologia cattolica ha scelto di confrontarsi con le scienze umane, abbandonando le sicurezze del sistema neo-scolastico. La conseguenza è stata che, mentre le branche della teologia hanno recuperato la dimensione ermeneutica, il diritto canonico è rimasto ancorato al metodo esegetico (can. 17).

La vasta riflessione epistemologica che, non senza forti contrasti, dalla fine dell'Ottocento ad oggi è avvenuta nella Chiesa in campo biblico e patristico sull'interpretazione dei testi, in campo liturgico sulla forma dei riti nonché in campo teologico sull'interpretazione del dogma o del magistero ecclesiastico, è invece rimasta lettera morta nel campo del diritto canoni-

⁴⁹ Su questi problemi in chiave critica: E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano, 2004, nonché J.T. NOONAN JR., *A Church that can and cannot Change: The Development of Catholic Moral Teaching*, Notre Dame (Indiana), 2005. Sul rapporto tra diritto canonico, magistero ecclesiastico e coscienza personale: M. MOSCONI, *Magistero autentico non infallibile e protezione civile e penale*, Glossa, Milano, 1996.

⁵⁰ Un tempo questa autoregolazione del sistema era affidata alla metodologia e poi all'enciclopedia delle scienze teologiche.

co. Poiché l'ermeneutica moderna nasce, come sappiamo, in stretto contatto con le scienze sacre e col diritto, l'allontanamento della scienza canonistica da essa si può spiegare solamente con l'assunzione da parte della Chiesa dei metodi della *modernità giuridica*.

A oltre trent'anni dal nuovo Codice uno dei problemi da cui ripartire sembra proprio quello di costruire una *teoria ermeneutica del diritto canonico* in sintonia con la metodologia delle scienze sacre e in dialogo con la recente dottrina costituzionalista e civilistica⁵¹.

L'interpretazione deve ritornare ad essere un "processo" e non un "atto", e un processo in cui convergono il legislatore, il giudice e i soggetti cui essi fanno riferimento (il *populus Dei*) nell'atto di formulare e di applicare la norma⁵².

«Il senso degli enunciati normativi – hanno osservato Viola e Zaccaria –, se pure è pre-determinato dall'intervento del legislatore, è anche co-determinato in modo decisivo dal contributo del giudice-interprete ed è non meno influenzato dai principi e dai valori cui si ispira la comunità degli interpreti»⁵³.

Nell'ordinamento canonico la dialettica tra questi soggetti dovrebbe valere più che altrove allo scopo di garantire la certezza sostanziale del diritto mediante il ricorso all'*aequitas* operante per mezzo della *rationabilitas*⁵⁴.

Questo nesso tra la norma suprema e la valutazione prudenziale delle circostanze nonché degli interessi spirituali in gioco, così fondamentale nel diritto classico, si è allentato con l'entrata nella modernità giuridica portatrice di una visione normativistica dell'ordinamento. La dottrina e la giurisprudenza ne hanno fatto le spese⁵⁵.

Il passaggio-chiave di questo processo restrittivo resta la codificazione

⁵¹ Mi limito a segnalare alcune opere fondamentali: E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2 voll., Giuffrè, Milano, 1955; H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 2000; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it., ESI, Napoli, 1983; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996.

⁵² Sul contributo del popolo dei fedeli alla formazione e accettazione della legge, si veda: L. DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica nel pensiero di Graziano e dei suoi interpreti*, in *Studia Gratiana*, III, 1955, pp. 193-275; M.C. RUSCAZIO, *Receptio legis. Sviluppo storico, profili ecclesiologici, realtà giuridica*, Jovene, Napoli, 2011.

⁵³ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., pp. 228-229. In merito: P. CAPPELLINI, *L'interpretazione inesauribile ovvero della normale creatività dell'interprete*, in *Ars interpretandi*, 6/2001, pp. 407-423.

⁵⁴ Nelle more della pubblicazione del presente saggio è uscito il volume di C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁵⁵ Si vedano gli studi di G. FRANSEN, *La valeur de la jurisprudence en droit canonique*, in *Ius canonicum*, 15 (1975), pp. 97-112, e *Variations sur le thème de la loi canonique*, in *Revue théologique de Louvain*, 9 (1978), pp. 424-435.

del 1917. Volendo incapsulare l'ordinamento canonico nella forma-Codice si è finito per impostare il problema del valore della giurisprudenza e della dottrina all'interno del sistema delle fonti suppletive (can. 20 CIC 1917, can. 19 CIC 1983, can. 1501 CCEO) cedendo, nell'impianto e nella formulazione, alla logica positivista di considerare il diritto canonico come un sistema autonomo vincolato alla mera osservanza delle norme. Con l'elaborazione di una *teoria delle fonti* fondata sull'analisi delle norme sulle fonti anziché di una dottrina dell'*uso delle fonti*, i Codici hanno ridotto il compito del giudice-interprete ad un ruolo meramente applicativo o tutt'al più integrativo della norma generale.

Se mi è permessa una formula riassuntiva del percorso fin qui compiuto, si potrebbe affermare, certamente in modo un po' schematico, che da "sistema giuridico aperto" il diritto canonico si è tendenzialmente trasformato in "sistema giuridico chiuso"⁵⁶. Il primo era un ordinamento flessibile e dinamico, fondato su principi del diritto nel senso delle *regulae iuris* e sull'analisi dei casi concreti, da valutare con la strumentazione della ragione pratica e in deferenza al criterio supremo dell'*aequitas canonica*. Il secondo si è andato definendo, per l'incidenza della ragione formale, come un ordinamento fondato sui caratteri della universalità, rigidità e staticità della previsione normativa entro cui dovrebbero venire sussunti i diversi casi e dove l'*aequitas canonica* svolge un ruolo suppletivo⁵⁷.

⁵⁶ Il riconoscimento della "circolarità ermeneutica" anche nei sistemi codificati da parte di JOSEF ESSER (*Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts Principes*, Mohr, Tübingen, 1956) conferma la *distinzione tipologica* tra sistemi aperti e sistemi chiusi, che peraltro è entrata nel campo delle scienze (L. VON BARTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppi, applicazioni*, trad. it., Milano, 1968) e delle forme della comunicazione (A. WILDEN, *Comunicazione*, in *Enciclopedia Einaudi*, III, Torino, 1978, pp. 601-695).

⁵⁷ Un primo riconoscimento della necessità di superare la nozione di interpretazione del can. 17 come «mero esercizio logico» e di collegarla «con la realtà complessiva della Chiesa» è contenuto nell'Allocuzione alla Romana Rota di Benedetto XVI, 21 gennaio 2012 (*Acta Apostolicae Sedis*, 114, 2012, p. 106). Cfr. A. STANKIEWICZ, «Sentire cum Ecclesia» e l'interpretazione della legge canonica, in *Periodica de re canonica*, 102 (2013), pp. 379-402.

LA CERTEZZA GIURIDICA NEL DIRITTO CANONICO

Patrick Valdrini

SOMMARIO: 1. Codificazione e certezza giuridica. – 2. Canoni a contenuto teologico e certezza giuridica. – 3. Applicazione del diritto e certezza giuridica. – 4. Governo e certezza giuridica. – 5. Potere discrezionale e certezza giuridica.

La questione della certezza giuridica è una costante negli studi della dottrina europea¹ e in quelli provenienti dalla tradizione di *Common Law*², rafforzata dall'interesse ad essa accordato dalla giurisprudenza delle corti europee³. I motivi sono numerosi: la progressiva complicazione delle leggi, che perdono la loro caratteristica di semplicità necessaria per rispondere all'obbligo dei cittadini di conoscere il diritto che regola le loro attività, la frammentazione del diritto in codici differenti e settoriali, l'accostamento dei quali non può avvenire che ad opera di specialisti, il frequente ricorso al diritto da parte di politiche che moltiplicano le leggi al fine di risolvere problemi sociali e contribuiscono pertanto all'inflazione legislativa, l'aumento di interpretazioni giurisprudenziali e la presenza di decisioni giudiziali sempre più sofisticate, ecc. In tale contesto, il bisogno di certezza giuridica si fonda sulle ragioni tradizionali per le quali il diritto esiste nelle società democratiche: la creazione di uno Stato di diritto, la protezione delle persone e delle istituzioni pubbliche e la necessità di esercitare il potere attraverso mezzi che i cittadini devono riconoscere e poter controllare. I due elementi che, secondo gli studi dottrinali o le relazioni predisposte su richiesta dei governi, assicurano la certezza del diritto sono principalmente la qualità della legge e il suo carattere prevedibile⁴, ovvero

¹ J.R. MAXEINER, *Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?*, in *Tulane Journ. of Intern. and Comp. Law*, 15 (2007), pp. 541-607.

² A. D'AMATO, *Legal Uncertainty*, in *California Law Rev.*, 71 (1983), pp. 1-55.

³ E. PAUNIO, *Beyond Predictability-Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order*, in *German Law Journ.*, 10 (2009), pp. 1469-1493.

⁴ CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2006. Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, *La Documentation française*, 2006, pp. 229-338. Il Consiglio di Stato francese, nel suo rapporto pubblico del 2006 afferma (p. 281): «Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts

delle condizioni che attengono alla forma del diritto (*formal legal certainty*) e al suo contenuto (*substantive legal certainty*), senza tralasciare una certa flessibilità per adattarlo alle situazioni che il legislatore non può prevedere. Come tutti i diritti secolari con i quali è solito confrontarsi, dialogare e dai quali, in certi casi, mutua categorie o istituti giuridici, l'ordinamento canonico è sottoposto alla questione della garanzia della certezza giuridica dei suoi testi normativi, sia nella loro forma che nel contenuto⁵, in quanto diritto di una «società gerarchicamente organizzata» per perseguire un fine spirituale e «realtà complessa composta di un elemento umano e divino»⁶.

1. Codificazione e certezza giuridica

La maggior parte del diritto canonico è contenuta in due Codici, quello promulgato da Giovanni Paolo II nel 1983 (*Codex iuris canonici* per la Chiesa latina) e quello del 1990 ad opera del medesimo pontefice (*Codex canonum Ecclesiarum orientalium* per le Chiese orientali), accanto a numerosi altri testi giuridici che, senza essere riuniti in codici, esistono sotto forme identiche (costituzioni, decreti generali delle conferenze episcopali, statuti di istituzioni ...). Un tale uso della codificazione, unito alla presentazione delle leggi in brevi paragrafi dal testo denso e succinto, garantisce l'applicazione del principio della certezza giuridica in diritto canonico, poiché, riunendo la maggior parte del diritto applicabile nella Chiesa intera, la legislazione è facilmente accessibile ai fedeli che intendono conoscerla. Questo modo di presentare il diritto in un *Codex iuris canonici* applicabile in tutti i territori ove è presente la Chiesa è stato da essa voluto per metter fine a una situazione di confusione che alcuni vescovi, durante il Concilio Vaticano I, avevano descritto in alcuni celebri formule, mettendo in evidenza che era per loro difficile conoscere e applicare il diritto⁷. In quell'epoca, esso era contenuto in opere, pubblicazioni ufficiali o collezioni alle

insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles».

⁵ Sulla questione teorica della certezza giuridica in diritto canonico (vedere più avanti la nota 46 sul problema della certezza giuridica e della certezza morale delle sentenze) esistono pochi scritti. Si veda O. ÉCHAPPÉ, *État de droit et droit canonique*, in *L'année canonique*, 38 (1996), pp. 127-136 e G. CAPOGRASSI, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in *Ephemerides iuris canonici*, 5 (1949), pp. 9-30.

⁶ Costituzione dogmatica sulla Chiesa, *Lumen gentium*, n. 8.

⁷ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*. t. II. *Il Codex iuris canonici (1917)*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 543-556.

quali il giurista doveva ricorrere per elaborare una soluzione giuridica alle questioni che gli venivano sottoposte. Il diritto non era incerto, ma non era possibile conoscerlo che al prezzo di una consultazione esperta di fonti disperse e spesso contraddittorie. Il ricorso alla codificazione fu deciso in virtù del fascino che esercitava l'idea di una presentazione del diritto canonico alla maniera dei codici secolari, in particolare del *Code civil* di Napoleone⁸, il quale, in Francia, aveva messo fine a una situazione di moltiplicazione di leggi e consuetudini. L'idea di tornare a una presentazione più semplice del diritto aveva affascinato già in epoca anteriore al Concilio Vaticano I; degli esperimenti di codificazione a carattere privato avevano tentato di creare uno strumento che assicurasse una migliore conoscenza e presentazione del diritto⁹, le quali, anche se il termine non esisteva, rispondevano a un bisogno di certezza giuridica.

Il cardinal Gasparri, nella prefazione al Motu proprio *Cum iuris canonici* di promulgazione del CIC 1917 da parte di Benedetto XV, aveva evocato questa situazione. Ricordava che la volontà di sviluppare la scienza delle leggi, il loro uso e la loro osservazione era stata costante nella Chiesa. Essa aveva riunito le leggi in «corpi giuridici» (*Corpus iuris*)¹⁰ per garantire che i chierici non potessero ignorare i canoni e che questi ultimi fossero rispettati da tutti, soprattutto nei processi ecclesiastici¹¹. Faceva osservare che, già nel XIII secolo, con la bolla *Rex Pacificus*, papa Gregorio IX aveva promulgato il libro delle Decretali, la cui redazione era stata affidata al canonista Raimondo di Peñafort, per mettere fine a una situazione di confusione dovuta alla contraddizione, alla profusione e alla dispersione delle leggi¹², che rendevano incerto il loro uso in giudizio¹³. Era un modo di riconoscere e sviluppare il principio della certezza giuridica, sia per far sì che leggi siano conosciute, sia per assicurarne un'equa applicazione. È ancora, diceva Gasparri, la volontà di consentire la conoscenza e l'osservanza delle leggi che aveva condotto i papi, dopo il Concilio di Tren-

⁸ A. ORTSCHIED, *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur la science juridique d'après le concept du Code de droit canonique (27 mai 1917)*, Sirey, Paris, 1922, pp. 10-13.

⁹ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, cit., pp. 599-615.

¹⁰ P. GASPARRI, *Praefatio*, in *Codex iuris canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus. Praefatione Emi Petri Card. Gasparri et analytico-alphabetico auctus*, Typis Polyglottis Vaticanis, in *Civitate Vaticana*, 1934, p. XXXIX: «Id fuit constans catholicae Ecclesiae propositum, ex quo potissimum tempore imperii romani leges sunt in Corpus iuris redactae, ut sacri item canones in unum colligerentur, sicque eorum scientia et usus et observantia facilius unicuique fieret».

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ivi*, p. XXXI: «... et quaedam propter contrarietatem, nonnullae etiam propter sui prolixitatem, confusionem inducere videbantur».

¹³ *Ibidem*: «Aliquae vero vagabantur extra volumina supra dicta quae tamquam incertae frequenter in iudiciis vacillabant ...».

to, a radunare i canoni¹⁴ e Pio X a decidere che la legislazione della Chiesa sarebbe stata presentata in un nuovo ordine unificato¹⁵. La certezza giuridica doveva essere garantita dal ricorso al metodo di redazione dei canoni, che dovevano avere solo una parte dispositiva e, eventualmente, delle suddivisioni in paragrafi, nonché essere raggruppati in libri il cui riferimento principale fu lo schema di Gaio, *personae, res, actiones*¹⁶. Da questo metodo è nato uno strumento, il *Codex iuris canonici* del 1917, la cui efficacia, secondo il cardinale giurista, derivava dalla sua chiarezza e concisione.

Il Concilio Vaticano II, a cinquant'anni dalla sua apertura, ha trasformato il modo di presentare la natura profonda della Chiesa. Al contempo, la volontà di introdurre nel Codice di diritto canonico che doveva essere riformato dei riferimenti ecclesiologici espliciti, che mancavano al Codice precedente, non ha condotto i redattori ad abbandonare la forma prescelta dal CIC 1917 per presentare la legislazione. Al contrario, il cardinal Felici dichiarava fin dall'inizio dei lavori di riforma che il Concilio Vaticano II aveva auspicato una legislazione più semplice, più lineare, più pastorale, meno complicata della precedente, al fine di rendere la legge comprensibile, chiara e pratica per coloro che avrebbero dovuto in seguito applicarla e farla applicare¹⁷. Di nuovo, la parte essenziale del diritto universale della Chiesa è stata riunita in una sola opera¹⁸, equivalente a quelle che nelle società secolari presentano in diversi codici il diritto processuale, il diritto penale o il diritto patrimoniale, ecc. La stessa forma codificata di presentazione del diritto è stata naturalmente adottata in applicazione del primo principio di revisione del CIC 1917, voluto dal Sinodo generale dei Vescovi del 1967, che richiedeva che il nuovo codice avesse un carattere giuridico. Venivano così rifiutate le concezioni e le proposte nelle quali si richiedeva che il nuovo codice contenesse soltanto regole concernenti la fede e i costumi (*fides et mores*). Senza affermarlo in modo esplicito, non rimetteva in questione la codificazione¹⁹. Essa era ancora considerata come la forma migliore per garantire una certezza giuridica, ovvero il mezzo più

¹⁴ *Ivi*, p. XXXVII: «proponendi videlicet Ecclesiae sacros canones in unum collectos quos populus christianus et facilius nosset et diligentius servaret ...».

¹⁵ PIO X PP., *Motu Proprio Arduum sane munus* (19 mars 1904), in *AAS*, XXXVI (1904), p. 550.

¹⁶ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, cit., pp. 1103-1121.

¹⁷ Si vedano le dichiarazioni del card. FELICI in *L'Osservatore Romano* riprodotte in *Communicationes*, 1 (1969), p. 71.

¹⁸ Ci riferiamo alla codificazione del diritto latino. Dopo la promulgazione del CIC 1917, la codificazione è stata scelta anche per presentare il diritto orientale. Si veda P. VALDRINI, *Comunità, Persone, Governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, LUP, Roma 2013, pp. 294-295.

¹⁹ *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant*, in *Communicationes*, 2 (1969), p. 78.

sicuro per esprimere chiaramente ai fedeli come comportarsi nella vita cristiana e partecipare ai beni offerti dalla Chiesa²⁰.

2. *Canoni a contenuto teologico e certezza giuridica*

La presenza di canoni dallo stile non propriamente giuridico nel CIC 1983 potrebbe essere giudicata come una relativizzazione degli strumenti fino ad allora scelti per garantire la certezza giuridica. La volontà di cambiare lo stile e il contenuto dei canoni che, nel CIC 1917, erano puramente giuridici è, in effetti, comparsa nel corso delle discussioni sul progetto di redazione di una Legge fondamentale (*Lex Ecclesiae Fundamentalis*) che avrebbe dovuto essere una sorta di costituzione della Chiesa. Da una parte si pensava di introdurre una gerarchia di norme materialmente reperibile, che avrebbe concretizzato l'esistenza di canoni contenenti gli elementi giuridici più costitutivi del diritto canonico, alla maniera dei diritti costituzionali degli Stati²¹; dall'altra, si pensava di cambiare lo stile di espressione del diritto. Questo progetto, nuovo, più o meno giuridico, presentava dei canoni a contenuto teologico ed ecclesiologico ripresi direttamente dai testi votati al Concilio Vaticano II: in altre parole, introduceva uno stile sconosciuto e diverso da quello del CIC 1917. Di conseguenza, il Codice in revisione, accanto alla LEF, avrebbe contenuto i canoni più tecnici. Di fronte alle critiche pervenute dai vescovi e dalla dottrina canonica, Giovanni Paolo II decise di non promulgare questo nuovo testo. Tra le critiche, una riguardava l'espressione delle realtà ecclesiali, delle istituzioni e dello statuto delle persone che, a paragone del CIC 1917, aveva di fatto perduto il carattere giuridico rivendicato dal Sinodo dei vescovi del 1967. Ciò spiega perché, nel CIC 1983, dopo l'abbandono del progetto di Legge fondamentale, dei canoni da esso provenienti e che vi sono stati introdotti si differenziano per il loro contenuto teologico ed ecclesiologico che si distacca nettamente da quello dei canoni a carattere strettamente giuridico, spesso ripresi, anche se opportunamente adattati, dal vecchio Codice. A ciò si aggiunge il fatto che anche la struttura del CIC 1983 è più ecclesiologica. La distinzione di Gaio è stata abbandonata per introdurre una ripartizione dei libri secondo le tre grandi funzioni che, a norma del can. 204 sono sta-

²⁰ *Ivi*, p. 78.

²¹ G. ALBERIGO, *Legge e vangelo, Discussione su una legge fondamentale per la Chiesa*, Paideia, Brescia, 1972; D. CENAMOR, *Ley Fundamental de la Iglesia*, in INSTITUTO MARTIN DE AZPILCUETA FACULTAD DE DERECHO CANONICO UNIVERSIDAD DE NAVARRA, *Diccionario general de Derecho canónico*, V, Editorial Aranzadi, Cezur Menor, 2012, pp. 80-87; P. TOXÉ, *La hiérarchie des normes canoniques latines ou la rationalité du droit canonique*, in *L'année canonique*, 44 (2002), pp. 113-128.

te attribuite da Cristo alla Chiesa: le funzioni di insegnamento, di santificazione e di governo consacrate dalla Costituzione dogmatica *Lumen gentium*²².

Nonostante la volontà di attribuire al nuovo Codice un aspetto più specifico, sviluppando l'espressione di riferimenti ecclesiologici, è parso necessario ai redattori del CIC 1983 rispettare l'epistemologia e il carattere specifico del linguaggio giuridico, nonché l'attesa di un diritto sicuro da parte di coloro che devono applicarlo. Quando hanno inserito dei testi del Concilio Vaticano II, importando dei dibattiti non esauriti che, evocati nell'aula conciliare, non sono cessati in ambito dottrinale, essi hanno dovuto evitare le discussioni e decidere empiricamente e nel modo più chiaro possibile cosa bisognasse fare. In un contesto giuridico, in effetti, i dibattiti non potevano essere introdotti senza il rischio di confusione. È il caso del can. 375 § 2 che, riprendendo alla lettera un passaggio della Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, è ancora un oggetto di divergenza tra canonisti. Il passaggio del testo conciliare che affronta la questione della fonte del potere dei vescovi intendeva superare la distinzione utilizzata esplicitamente da più di 10 secoli tra il potere d'ordine e quello di giurisdizione. «La consacrazione episcopale conferisce pure, con l'ufficio di santificare, gli uffici di insegnare e governare; questi però, per loro natura, non possono essere esercitati se non nella comunione gerarchica col capo e con le membra del collegio». Il potere dei vescovi deriva totalmente dall'ordinazione o allo stesso tempo dalla nomina da parte del Romano pontefice? Dalla risposta a questa domanda dipende la validità degli atti giuridici. Per esempio, nel caso del Romano pontefice eletto che non abbia ricevuto la consacrazione episcopale, se governasse prima di averla ricevuta, si porrebbe il problema della validità e della legittimità delle sue decisioni. Il CIC 1983, senza entrare nei dibattiti dottrinali, che lascia evolvere al ritmo delle discussioni tra dottori, taglia corto preoccupandosi della certezza giuridica²³. Nel caso evocato, esige che l'eletto sia ordinato subito vescovo (can. 332). Inoltre, il can. 382 § 1 richiede che il nuovo vescovo non compia atti di governo prima di aver preso possesso canonico della sede episcopale. Allo stesso modo, il can. 129 § 2 evita di parlare di acquisto del potere di governo per i laici abilitati a compiere atti imperativi, ma la definisce «cooperazione nell'esercizio del governo». Vale a dire che il diritto canonico, poiché vi sono discussioni dottrinali, sceglie la certezza giuridica.

Anche nei casi in cui i testi a contenuto teologico non pongono problemi di interpretazione, vi sono state discussioni in merito alla loro capacità di far parte di un Codice a carattere giuridico. Certamente il CIC

²² J.B. BEYER, *Il Codice del Vaticano II. Dal concilio al codice*, EDB, Bologna, 1984, pp. 49-53.

²³ Si veda la presentazione del dibattito in P. VALDRINI, *Comunità, Persone, Governo*, cit., pp. 125-129.

1917 mancava di riferimento teologico e assomigliava a un codice di diritto pubblico ecclesiastico, ma, sebbene non possa contestarsi il fatto che alcuni elementi teologici e ecclesiologici siano necessari per comprendere il senso e il fondamento delle istituzioni ecclesiali, essi devono comunque essere adattati per favorire la certezza giuridica. Alcuni termini hanno precisato o degli incisi hanno conferito il carattere giuridico necessario a garantire una giusta comprensione del loro contenuto. L'esempio delle discussioni che si sono sviluppate in ordine alla redazione di uno degli articoli del progetto di Legge Fondamentale della Chiesa (LEF), oggi divenuto il can. 208 del CIC 1983, illustra la volontà dei redattori del Codice di rafforzare il carattere canonico del testo codificato, come abbiamo dimostrato in un nostro studio²⁴. Questo progetto di articolo della LEF riprendeva un passaggio della Costituzione *Lumen gentium*: «Quantunque alcuni per volontà di Cristo siano costituiti dottori, dispensatori dei misteri e pastori per gli altri, tuttavia vige fra tutti una vera uguaglianza riguardo alla dignità e all'azione comune a tutti i fedeli nell'edificare il corpo di Cristo»²⁵. Alcuni autori hanno contestato il testo del progetto di Legge che aveva inserito l'inciso «*unusquisque quidem secundum propriam conditionem*» in luogo dell'aggettivo «comune» del testo di riferimento, per tener fermo il fatto che alcuni fedeli hanno nella Chiesa una responsabilità, che deriva dall'ordinazione sacramentale, diversa da coloro che esercitano una responsabilità fondata sul battesimo²⁶. Secondo il prof. Viladrich la trasformazione operata dal progetto introduceva un nuovo principio di uguaglianza che faceva riferimento alle tesi di diritto pubblico ecclesiastico del XIX secolo. Sebbene il testo del progetto di Legge fondamentale sia stato modificato, l'inciso è stato in seguito reintrodotta con il termine «munus». Va-

²⁴ P. VALDRINI, *Fedele, uguaglianza e organizzazione della Chiesa nel CIC del 1983*, in *Ambula per hominem et pervenies ad Deum. Studi in onore di S.E. Mons. Ignazio Sanna*, ed. Studium, Roma, 2012, pp. 513-531.

²⁵ Costituzione dogmatica sulla Chiesa, *Lumen gentium*, n. 32.

²⁶ *Schema Legis Ecclesiae Fundamentalibus, textus emendatus cum relatione de ipso schemata deque emendationibus receptis*, Typis Poliglottis Vaticanis, Civitate Vaticana, 1971, p. 80: «*Discussum est utrum in hoc canone etiam affirmanda sit aequalitas quoad actionem: aequalitas quidem adest, hoc sensu quod unusquisque partem habet in missione Ecclesiae. Certo, aliae sunt partes eorum qui ut pastores Populi Dei instituuntur, aliae partes eorum qui ad ministerium vocati non sunt, sed communis est omnium actio aliqua et responsabilitas. Ideo, admissum est ut initio canonis remaneant verba "Etsi eorum quidam ex voluntate Christi ut doctores, mysterium dispensatores et pastores aliis constituuntur ..." quae verba etiam habentur in Const. "Lumen gentium"; insuper admissum est ut de aequalitate in actione addantur verba qua cuncti unusquisque quidem secundum propriam conditionem*». Si veda P.J. VILADRICH, *La declaración de derechos y deberes de los fieles*, in *El proyecto de ley fundamental de la Iglesia*, ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1971, pp. 123-128. Si veda anche J. BERNHARD, *Les droits fondamentaux dans la perspective de la Lex fundamentalis et la révision du code de droit canonique*, in *Les droits fondamentaux du Chrétien dans l'Église et la société. Actes du congrès international de droit canonique, Fribourg (Suisse), 6-11, X, 1980*, publié par E. CO-RECCO, N. HERZOG, A. SCOLA, Herder, Freiburg in Br., 1981, p. 389.

le a dire che la redazione del testo dimostrava un'esitazione costante sullo stile che il testo doveva adottare. Infatti, anche il can. 208 CIC 1983, che riprende il progetto di Legge Fondamentale, ha mantenuto l'inciso²⁷. I redattori del Codice del 1983 hanno voluto ciò per garantire una migliore comprensione, espressione e applicazione dell'uguaglianza nel contesto del diritto canonico, tenendo conto del fatto che il Codice è un testo di natura giuridica e non teologica. È dunque una preoccupazione di certezza giuridica che nel CIC 1983 ha condotto a precisare l'uso di un termine essenziale per la realizzazione dello Stato di diritto e della democrazia negli ordinamenti secolari²⁸. Impiegato nel Codice, esso non può non essere interpretato in collegamento con il carattere gerarchico dell'organizzazione della Chiesa, a pena di creare confusione nel momento in cui siano affrontate questioni riguardanti la natura della Chiesa o lo statuto fondamentale dei fedeli, differente da quello dei cittadini nello Stato, soprattutto in ordine all'acquisizione degli uffici ecclesiastici²⁹.

3. *Applicazione del diritto e certezza giuridica*

Il carattere giuridico dei testi è necessario, perché la certezza giuridica è garantita dal fatto che l'applicazione della legge ai casi futuri, che il testo legislativo non può completamente prevedere, è accompagnato da due meccanismi, comuni a tutti i sistemi giuridici, dell'interpretazione e della precisione di lacune normative. Inquadrata nel can. 16 del CIC 1983, la prima riguarda la legge scritta e si applica quando il testo di legge suscita dubbi. La progressione dei mezzi offerti dal can. 17 dà priorità alle parole della legge, che devono essere intese «considerato il testo e il contesto». Vale a dire che il diritto canonico considera la qualità del testo di legge come una "garanzia" di certezza giuridica. Quando questo primo mezzo si sia rivelato inefficace, l'interprete può ricorrere ai luoghi paralleli, alla finalità e alle circostanze della legge e all'intenzione del legislatore. Di nuovo compare qui l'importanza data alla codificazione come garanzia di una cono-

²⁷ *Communicationes*, 12 (1980), p. 35.

²⁸ G. DALLA TORRE, *Profili giuridici della cittadinanza*, in S. BELARDINELLI, R. GATTI, G. DALLA TORRE, *Individuo e istituzioni. Il futuro della cittadinanza*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2000, pp. 77-79.

²⁸ *Ivi*, p. 77: «[Lo Stato] deve assicurare nei confronti di tutti quella sfera di immunità dell'individuo, ma soprattutto perché lo Stato risulta essere, agli occhi della storia, il più pericoloso e potenziale attentatore delle libertà individuali». Cfr. anche E. SOMAINI, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Donzelli, Roma, 2002, pp. 47-50; B. WILLIAMS, *L'idea di eguaglianza*, in I. CARTER, *L'idea di eguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2001, pp. 32-34.

²⁹ P. VALDRINI, *Fedele, uguaglianza, organizzazione della Chiesa*, cit., pp. 525-528.

scenza della legge attraverso il suo testo³⁰. Il secondo meccanismo rafforza quest'affermazione, perché una lacuna normativa esiste quando «manca una espressa disposizione di legge sia universale sia particolare o una consuetudine». A quel punto un giudice o un titolare di potere di governo potrebbe creare una legge per un caso particolare sul quale deve decidere, «tenute presenti le leggi date per casi simili», dice il can. 19 CIC 1983, i principi generali del diritto applicati con equità canonica, la giurisprudenza e la prassi della Curia Romana, nonché il modo di sentire comune e costante dei giuristi³¹. Contrariamente al canone che riguarda l'interpretazione, la considerazione di un testo di legge dato per casi simili in caso di lacuna normativa non è dichiarato prioritario, ma la si può dedurre dalla portata data al principio di certezza giuridica, che si fonda sulla qualità della legge promulgata.

Per motivare questa affermazione, è utile ricordare che, dopo aver utilizzato il procedimento di codificazione nel 1917, l'idea di certezza richiedeva che non si ricorresse più ad altre fonti giuridiche, essendo il Codice la fonte unica e autentica del governo e dell'insegnamento. La Congregazione dei seminari e delle università esigeva che i docenti di diritto canonico si riferissero al testo, meglio, alla lettera dei canoni, in modo tale che gli studenti non avessero una conoscenza sintetica degli articoli del Codice, ma che un'analisi minuziosa di ciascuno di essi li guidasse come per mano alla conoscenza e alla comprensione del Codice³². Un secondo testo della Congregazione imponeva l'esegesi e l'interpretazione dei canoni «come si presentano nel Codice, sia considerati singolarmente sia collegati agli altri», metodi che si riteneva promuovessero il principio di certezza giuridica³³. Da una parte, la legge è conoscibile perché esposta in modo succinto dal legislatore, dall'altra è protetta in quanto tale da influenze esterne che non siano contenute nel testo del Codice. Di fatto è questa cultura dell'applicazione e dell'interpretazione del diritto, ispirata dall'*Ecole de l'exégèse* nata dopo la pubblicazione del Codice napoleonico³⁴, che si è voluto superare quando si è ritenuto che il diritto canonico faticava ad offri-

³⁰ J. OTADUY, *Interpretación de la ley*, in INSTITUTO MARTIN DE AZPILCUETA FACULTAD DE DERECHO CANONICO UNIVERSIDAD DE NAVARRA, *Diccionario general de Derecho canónico*, IV, Editorial Aranzadi, Cezur Menor, 2012, pp. 720-730; C.M. POLVANI, *Evoluzione dell'interpretazione autentica nel diritto canonico*, in *Periodica*, 89 (2000), 1, pp. 3-43; E. FERME, *I principi interpretativi e "l'inventiva interpretativa"*, in *Periodica*, 87 (1998), 2-3, pp. 191-213; A.S. SÁNCHEZ-GIL, *La lettera e lo spirito della legge canonica. Brevi considerazioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, in C.J. ERRAZURIZ e L. NAVARRO (curt.), *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 303-317.

³¹ C.J. ERRAZURIZ, *Circa l'equiparazione quale uso dell'analogia in diritto canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 4/1992, pp. 215-224; O. ÉCHAPPÉ, *État de droit*, cit., p. 134.

³² *De novo iuris canonici Codice in scholis proponendo*, in AAS, IX (1917), p. 439.

³³ *De experimentis ad gradus in iure canonico assequendos*, in AAS, XI (1919), p. 19.

³⁴ A. ORTSCHIED, *Essai concernant la nature de la codification*, cit., pp. 29-34.

re soluzioni ai nuovi problemi pastorali della Chiesa, come avevano dimostrato i dibattiti sorti in Francia a metà del XX secolo, soprattutto attorno allo statuto della *Mission de France*. In modo molto succinto, il Concilio Vaticano II ha già reso lecita un'altra concezione dell'interpretazione del diritto, ricorrendo ad altre discipline che non potevano essere trascurate nel diritto canonico³⁵, ma malgrado ciò, per i canonisti il ricorso al testo resta una priorità non solo perché esso è la fonte dei diritti e dei doveri delle persone, ma della stessa identità giuridica delle istituzioni.

Ciò nonostante, i decreti della Congregazione non volevano far altro che introdurre un metodo da utilizzare nel governo della Chiesa, nei tribunali, nelle scuole, nei seminari e nelle università, di fatto una cultura nuova rispetto a quella fino ad allora utilizzata, che doveva attenersi al testo. I due Decreti sopra citati fornivano anche uno statuto alla storia delle istituzioni, che era, nell'ambito dell'insegnamento, non solo un oggetto di erudizione, ma di conoscenza della loro evoluzione per la comprensione e interpretazione dei canoni. I candidati – dice uno dei decreti – studieranno non solo ciascun canone da interpretare e spiegare, ma forniranno un saggio della loro conoscenza in ordine all'origine, lo sviluppo e la storia di ogni istituto giuridico³⁶. In ciò, i decreti erano conformi a uno dei dati fondamentali del diritto canonico, quello di non limitare l'interpretazione al testo e di lasciare piuttosto l'interprete libero di fare riferimento al diritto canonico che aveva preceduto il Codice. Il can. 6, 3° CIC 1917 consentiva che il diritto antico fosse una fonte d'interpretazione quando i canoni riproducevano integralmente o parzialmente il diritto antico stesso. Anche in questo caso, tuttavia, la certezza del diritto richiedeva che il testo venisse rispettato, come ha raccomandato la dottrina, la quale intendeva evitare che la possibile confusione delle interpretazioni non si riproducesse dopo la promulgazione di un testo codificato³⁷. Il can. 6 § 2 CIC 1983 riprende la legislazione precedente, aggiungendovi la menzione della tradizione canonica, vale a dire dei principi che hanno ispirato il diritto antico. Questa menzione non diminuisce la certezza giuridica dell'interpretazione dei testi promulgati, poiché, nuovamente, essa attribuisce priorità ai testi, escludendo il ricorso al diritto e alla tradizione quando i canoni se ne discostano: non sacralizza il testo, non imprigiona l'interprete, ma al contrario gli offre la possibilità di comprendere il senso delle leggi con più certezza, poiché esse sono il frutto di una maturazione storica che non viene a essere rifiutata con la promulgazione di un nuovo testo.

³⁵ PAOLO VI P.P., *Decreto sulla formazione sacerdotale, Optatam totius*, 16.

³⁶ *De experimentis*, cit., p. 19.

³⁷ P. CIPROTTI, *Osservazioni sul testo del "Codex iuris canonici"*, Tipografia Poliglotta Vaticana, Città del Vaticano, 1944, p. 2.

4. Governo e certezza giuridica

La certezza giuridica è garantita anche dalla descrizione degli atti autoritativi che autorizzano dei fedeli, i quali abbiano ricevuto la capacità di compierli, a manifestare la propria volontà ad altri fedeli nel quadro di una relazione gerarchica e attraverso decisioni in forma giuridica il cui carattere essenziale è rappresentato dall'imperatività. Due elementi sono essenziali al fine di garantire la certezza nell'applicazione del diritto. Il primo riguarda l'acquisto del potere di governo, le cui regole sono definite dal diritto. L'ordinazione o, eventualmente, un atto che definisca la cooperazione al potere di governo abilitano a porre in essere degli atti validi e legittimi³⁸. Il diritto canonico, come gli altri diritti secolari, contiene delle norme che descrivono la capacità delle persone e, in caso di sua assenza, l'inesistenza o la nullità di decisioni, atti e azioni³⁹. Al contrario, il diritto canonico è originale nella qualificazione formale dei poteri giuridici attribuiti alle persone: il potere è ordinario quando è acquistato nel quadro di un ufficio ecclesiastico o delegato quando riposa su un mandato⁴⁰. Il secondo elemento riguarda l'esercizio del potere di governo. Alcune categorie e principi giuridici sono espressi nel diritto o sono fonte di istituti giuridici, descrivendo doveri e diritti o definendo delle condizioni di azione che discendono dal rispetto della legge e degli statuti che essa fonda o ha fondato⁴¹. Di conseguenza, come ogni sistema giuridico, il diritto canonico contiene delle regole di non retroattività degli atti normativi⁴², di rispetto dei diritti acquisiti⁴³, di ricorso contro decisioni di governo che non rispettano il diritto⁴⁴: tutte queste regole costituiscono elementi di riconoscimento del principio di certezza giuridica.

Per illustrare questa affermazione può essere evocata l'opera riformatrice di Paolo VI, che ha dato risposta alla richiesta, formulata dalla dottrina canonica, di sviluppare i ricorsi contro gli atti di governo che, fino al 1967, non potevano essere controllati in via giudiziaria, ma soltanto nel quadro dei ricorsi gerarchici. Egli creò un tribunale amministrativo per ricevere le istanze dei fedeli in caso di decisioni amministrative lesive dei loro diritti⁴⁵. Questo sviluppo veniva a incrementare il sistema canonico dei

³⁸ Cfr. cann. 1008-1009 CIC 1983.

³⁹ Cfr. can. 10 CIC 1983.

⁴⁰ Cfr. can. 131 § 1 CIC 1983.

⁴¹ Ad esempio, can. 383 CIC 1983.

⁴² Cfr. can. 9 CIC 1983.

⁴³ Cfr. can. 4 e 50 CIC 1983.

⁴⁴ Cfr. can. 57, 1400 CIC 1983.

⁴⁵ Cfr. can. 1732-1739; P. VALDRINI, *Injustices et protection des droits dans l'Eglise*, Cerdic-publications, Strasbourg, 1983, p. 426 (Coll. Recherches institutionnelles, 12).

ricorsi contro le sentenze e le decisioni giudiziali, il quale, beneficiando di una lunga tradizione di protezione dei diritti delle persone, viene valutato come un mezzo fornito ai fedeli per partecipare alla giustizia delle decisioni che li riguardano e, allo stesso tempo, di favorire il mantenimento di un giusto esercizio della funzione giudiziaria nel rispetto del diritto promulgato, ovvero come un doppio approccio del principio di certezza del diritto. Certamente la dottrina canonica ha inteso spiegare l'esistenza di procedure nel sistema canonico come una manifestazione del riconoscimento del principio stesso⁴⁶, ma, al di là di questa considerazione che può essere fatta per tutti i sistemi giuridici, il ruolo attribuito agli aventi diritto dimostra il carattere originale di un'organizzazione giudiziaria che non ha preso a prestito dagli ordinamenti secolari tutte le loro strutture. Grazie agli studi che sono stati elaborati sulla creazione da parte di Paolo VI di un tribunale amministrativo, si è ricordato che il diritto canonico non aveva un tribunale equivalente a una corte di cassazione, la cui funzione, nell'organizzazione giudiziaria degli Stati, concerne la protezione della legge e ne unifica le interpretazioni e le applicazioni al fine di evitare un trattamento diseguale dei cittadini. Nell'ordinamento canonico, un tale ruolo è riconosciuto alla Rota romana. Da questa originalità si sarebbe potuta ricavare la conclusione che il sistema giudiziario canonico non è interessato dalla conservazione dell'oggettività delle norme, attribuisce un potere troppo grande all'interpretazione dei giudici e, inoltre, favorisce la confusione delle decisioni giurisprudenziali. Infatti, il diritto canonico garantisce la certezza giuridica dei soggetti attribuendo loro, attraverso dei ricorsi ordinari, la capacità di proteggere tanto la loro situazione giuridica personale che l'ordine giuridico che si assume violato da un giudice⁴⁷.

Una più esplicita preoccupazione in ordine alla certezza del diritto spiega anche il modo in cui il CIC 1983 descrive gli elementi essenziali delle due principali fonti del diritto, la legge e la consuetudine. Quanto alla legge, la discussione si è sviluppata attorno a due concezioni di riferimento, che hanno riassunto due modi di concepire il ruolo dei soggetti nel garantire un diritto certo. Da una parte la posizione tradizionale di San Tommaso, per il quale la legge è un frutto della ragione⁴⁸, dall'altra

⁴⁶ Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius Ecclesiae*, 9 (1997), pp. 417-450. L'autore tratta soprattutto il problema della "certezza morale" delle sentenze. Sulla questione vedere M.J. ARROBA CONDE, *Convincimento, certezza e motivazione: l'esperienza canonica*, in *Criminalia*, 2012, pp. 163-179; J. LOBELL, *La certezza morale nel processo canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 109 (1998), pp. 655-699.

⁴⁷ Su tale questione si veda P. VALDRINI, *Injustices et protection des droits*, cit., pp. 353-354 e A. STANKIEWICZ, *L'unità della giurisprudenza e il ruolo della Rota Romana*, in *Quaderni di studi rotali*, 20 (2010), pp. 135-152; Id., *La portata della funzione nomopoietica della giurisprudenza rotale*, in *Periodica*, 100 (2011), pp. 381-407.

⁴⁸ G. GHIRLANDA, *Introduzione al diritto ecclesiale. Lineamenti per una teologia del diritto nel-*

parte quella di Suárez, il quale attribuisce un ruolo prioritario al fatto che la legge costituisce il risultato della volontà di un legislatore. La concezione tomista, di fatto tradizionale nella Chiesa in ragione del ruolo attribuito alla *rationabilitas* della legge, non emerge più dal breve canone che descrive cosa sia una legge nel CIC 1983, il quale si accontenta di menzionare la promulgazione come elemento di formazione dell'atto⁴⁹. Questa breve descrizione costituisce una parte di una citazione di Graziano, che non riprende la menzione della ricezione della legge e che ha ispirato i sostenitori di una concezione della legge ispirata alla descrizione tomista⁵⁰. Come giudicare questa riduzione? Senza dubbio come volontà di garantire una certezza giuridica nell'ordinamento canonico, che non poteva indebolire la legge sottoponendola al criterio della ricezione. Di conseguenza, i cann. 7-22 CIC 1983 presentano una normativa elaborata sulla legge, con molteplici incisi e precisazioni che consentono di determinare quando una legge sia efficace o non⁵¹. Appare così evidente che il diritto canonico rispetta il principio della certezza del diritto ricercando la qualità della legge promulgata, tanto nel suo contenuto che nella sua forma. Una medesima riflessione può applicarsi alla consuetudine, che il can. 27 CIC 1983 definisce come la migliore interprete della legge. Quando essa sia contraria alla legge (*contra legem*) o in margine ad essa (*praeter legem*), la certezza del diritto ha portato il legislatore a introdurre un criterio formale oltre al criterio materiale, vale a dire il fatto che essa sia introdotta con il consenso esplicito o tacito del legislatore⁵² oltre al suo necessario carattere razionale⁵³ e al fatto che sia stata introdotta intenzionalmente dalla comunità⁵⁴. La difficoltà di introdurre una consuetudine al giorno d'oggi, in virtù delle condizioni di esercizio del potere di governo, più incline a intervenire direttamente per impedire l'affermazione di pratiche suscettibili di trasformarsi in consuetudine, oltre ai lunghi periodi di tempo che sono richiesti dal CIC 1983 per far

la Chiesa, Gregorian et Biblical Press, Roma, 2013, pp. 51-57; P. VALDRINI, *La ricezione della legge nel diritto canonico. Pertinenza e significato*, in *Diritto e religione*, 9 (2010), pp. 141-159.

⁴⁹ Cfr. can. 7: "La legge è istituita quando è promulgata".

⁵⁰ P. VALDRINI, *La ricezione della legge nel diritto canonico*, cit., pp. 143-150.

⁵¹ La dottrina apporta un po' di incertezza giuridica quando continua a sostenere che la desuetudine, sebbene non venga menzionata nel Codice, esisterebbe ancora come modo di abrogazione di una legge, o dichiara che la *remostratio*, che un vescovo poteva fare al fine di sottoporre al Romano pontefice una legge che non poteva essere applicata nella sua diocesi, è ancorain vigore. Numerose categorie sono identiche a quelle del diritto secolare. Si veda P. VALDRINI, *La ricezione della legge nel diritto canonico*, cit., pp. 156-158.

⁵² Can. 23. P.A. BONNET, *Annotazioni sulla consuetudine canonica*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 70-74; G. FELICIANI, *La consuetudine nella codificazione del 1917*, in *Ius Ecclesiae*, 19 (2007), pp. 333-346.

⁵³ Cfr. can. 24 § 2 CIC 1983.

⁵⁴ Cfr. can. 23 CIC 1983.

arrivare una consuetudine allo stato di fonte del diritto, sono degli indici che mostrano che il bisogno di certezza giuridica è presente e che, nella Chiesa come nella società, i titolari del potere di governo come i fedeli vogliono un diritto certo.

5. *Potere discrezionale e certezza giuridica*

All'affermazione del riconoscimento del principio di certezza giuridica da parte del CIC 1983, può opporsi una categoria essenziale del diritto canonico: esso non conosce il principio della separazione dei poteri, costitutivo nelle società democratiche, ma fonda la propria organizzazione sul principio di unità del potere legislativo, amministrativo e giudiziario⁵⁵. Questa originalità attiene al carattere specifico della Chiesa, la cui finalità non si riduce all'istituzione di uno spazio di vita comune tra persone che condividono lo stesso ideale. La Chiesa, così come l'ha presentata il Concilio Vaticano II, rafforzando gli elementi di descrizione di carattere teologico ed ecclesiologicalo, costituisce la realizzazione nella storia dell'unità già creata tra i fedeli da Cristo nella sua persona⁵⁶. In tal modo si spiega la volontà fondatrice della legittimità del potere ecclesiastico, tesa a conservare questa unità e la comunione di cui necessita nel determinare i vincoli che la garantiscono in tre ambiti, l'unità nella fede comune, nella vita sacramentale e nel ruolo riconosciuto ai ministeri che assicurano la funzione di guida e promozione di detta unità. In questa concezione, i cui aspetti in parte sfuggono ai principi fondanti delle società umane, si radica la legislazione riguardante l'azione dei ministri, che ricevono da Cristo stesso, con l'ordinazione sacramentale, la capacità specifica di essere garanti dell'unità e della comunione che assicurano in nome di Cristo, capo del Corpo che è la Chiesa (*in persona Christi capitis*) nella Chiesa intera (Romano pontefice e Collegio dei vescovi) e nelle chiese particolari. Per evitare che il principio di unità dei poteri rappresenti un limite all'idea di certezza del diritto, alcuni elementi legislativi fondamentali proteggono dalla confusione nell'esercizio del potere di governo verso i fedeli della Chiesa. In effetti, sebbene il Romano pontefice, il Collegio dei vescovi e i titolari dell'ufficio di capo delle chiese particolari abbiano la possibilità di esercitare i tre poteri di governo (legislativo, amministrativo e giudiziario), la manifestazione della loro volontà si esprime in atti di natura diversa. Il CIC 1983 distingue le leggi dagli atti amministrativi, stabilendo un regime giuridico e dei mezzi di controllo distinti, i quali, nonostante le critiche mos-

⁵⁵ O. ÉCHAPPÉ, *État de droit*, cit., p. 135.

⁵⁶ P. VALDRINI, *Comunità, Persone, Governo*, cit., pp. 17-19.

se dalla dottrina, che propone miglioramenti nell'attuazione pratica della distinzione e del regime di ciascun atto⁵⁷, cercano di garantire l'identificazione dell'esercizio di ciascuna categoria di potere⁵⁸. Si può così affermare che la certezza giuridica è assicurata da una distinzione materiale nell'esercizio dei tre poteri senza che il codice conosca una loro distinzione formale.

In tal modo si spiega altresì perché nel diritto canonico si dia un posto importante al potere discrezionale. Esso è necessario per promuovere la realizzazione dell'unità ecclesiale, che sarebbe minacciata in caso di applicazione di principi di legittimità degli atti svincolati dal controllo dell'autorità. L'esempio dei procedimenti sinodali, su scala universale e particolare, dimostra che un collegio non può mai compiere una decisione senza che questa sia stata valutata in riferimento all'unità magisteriale della Chiesa. Gli atti del concilio ecumenico, che riunisce tutti i vescovi della Chiesa, non sono efficaci se il Romano pontefice, quale capo del Collegio, non li ha approvati, confermati e promulgati⁵⁹. Gli atti legislativi dei concili particolari, che riuniscono i vescovi di una provincia o di un territorio di una Conferenza episcopale e i decreti generali delle Conferenze episcopali devono essere riconosciuti dalla Santa Sede⁶⁰. Infine, un sinodo diocesano pubblica dei decreti sinodali o delle dichiarazioni quando, nel sinodo, come membro che possiede uno statuto di legislatore, il vescovo diocesano promulga le decisioni e le pubblica⁶¹. Questi procedimenti sembrano diminuire la competenza dei collegi nell'ordinamento canonico. Di fatto, però, i meccanismi di controllo sono stabiliti per garantire l'unità della Chiesa attorno ai tre vincoli già evocati, il magistero, i sacramenti e il potere di governo. Si può dire che essi assicurano in modo certo la comunione ecclesiale e che il principio di certezza giuridica è qui applicato nei confronti dei fedeli, affinché la Chiesa adempia fedelmente la missione che le è stata affidata da Cristo. Il diritto canonico esprime tutto ciò in modo sottile e senza mutare la natura degli atti quando siano stati riconosciuti o approvati. Nel momento in cui una autorità personale ha garantito che le affermazioni, le dichiarazioni e le decisioni non attentano alla necessaria unità della Chiesa, gli atti vengono qualificati dalla loro provenienza collegiale: sono conciliari, atti di una Conferenza episcopale o atti sinodali.

Rimane comunque una difficile questione che il diritto canonico non

⁵⁷ I. ZUANAZZI, *Praeisis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonia della Chiesa*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 495-561.

⁵⁸ È il caso della dispensa dall'applicazione della legge nei casi in cui essa serva al bene delle persone. La dispensa è un atto amministrativo che può essere concessa dal titolare di un potere di governo che aveva emanato la legge, cann. 85-93 CIC 1983.

⁵⁹ Cfr. can. 341 CIC 1983.

⁶⁰ Cfr. can. 445 CIC 1983.

⁶¹ Cfr. can. 466 CIC 1983.

può evitare: come è esercitato questo legittimo potere discrezionale e quali mezzi giuridici di controllo possono utilizzare i fedeli per garantire la certezza nella sua applicazione? Il diritto canonico definisce dei doveri per i titolari del potere di governo ecclesiastico. Così il Romano pontefice, «nell'adempimento dell'ufficio di supremo Pastore della Chiesa, è sempre congiunto nella comunione con tutta la Chiesa»⁶²; il vescovo diocesano deve «difendere l'unità della Chiesa universale»⁶³, ma non può esercitare la consacrazione episcopale che ha ricevuto «se non nella comunione gerarchica» con il Romano pontefice e gli altri membri del Collegio⁶⁴. Il Codice di diritto canonico non è tuttavia esplicito sui mezzi offerti ai fedeli per proteggere un giusto esercizio di tali doveri. Lo è per l'ufficio di parroco, che, secondo il can. 1741, 1°, potrebbe essere revocato se il suo modo d'agire «arrechi grave danno o turbamento alla comunione ecclesiale». Non dice nulla sull'azione di un vescovo diocesano il quale, per esempio, abusasse del suo potere durante la celebrazione di un sinodo diocesano e pubblicasse solo ciò che corrisponde ai suoi desideri personali, senza tener conto di ciò che ha elaborato il sinodo. In ogni caso, ciascun fedele, qualunque sia il suo statuto, può rivolgersi al papa per indirizzargli un reclamo contro un titolare del potere di governo. Inoltre nella giurisprudenza della Segnatura apostolica si conoscono dei casi di controllo del potere discrezionale. Senza dubbio è questo il punto che il diritto canonico dovrà sviluppare in futuro, poiché, per essere giudicato quale ordinamento giuridico, anche se si può accettare senza problemi che deve attribuire ai titolari del governo ecclesiastico un potere personale per garantire l'unità della Chiesa, non può solamente contare su un comportamento di governo etico dei soggetti che governano, ma sviluppare, fino al punto che gli sia possibile accettare, tutti gli aspetti del principio di certezza giuridica.

⁶² Cfr. can. 333 § 2 CIC 1983.

⁶³ Cfr. can. 392 § 1 CIC 1983.

⁶⁴ Cfr. can. 375 § 2 CIC 1983.

QUALE CERTEZZA PER IL DIRITTO CANONICO?

Paolo Grossi

1. Grazie alla collega ed amica, Chiara Minelli, efficacissima docente e acuta indagatrice ma anche organizzatrice provetta, non è la prima volta che mi trovo a Brescia all'interno del suo "corso" universitario di "diritto canonico". Ero qui – se non mi sbaglio – sette anni fa, invitato a tenere una lezione, e mi accorsi già allora che Chiara aveva cominciato a seminare in modo fecondo, sia sul piano di una riflessione canonistica affrancata da impostazioni decrepite e soffocanti, sia su quello di una docenza rigorosa ma vivacemente dialogica.

Di ciò è traccia vistosa nelle sue odierne parole introduttive, che hanno il merito di segnare al canonista l'unico sentiero metodologicamente sicuro. A cominciare da quel rilievo, pesante ma veridico, sul complesso di inferiorità che è stato fino a ieri tipico del canonista, di ogni canonista (anche e, forse, soprattutto di quello curiale), rispetto alla organizzazione statutale del diritto e alle sue scelte – così visibili durante la modernità – a favore di un rigido legalismo, di un diritto addirittura codificato, con il risultato della certezza quale bene supremo ed irrinunciabile per il cittadino.

È una ancillarità miope e auto-lesiva, che non salvaguarda abbastanza la tipicità (potremmo dire: unicità) del diritto canonico, che gli deriva dall'essere un ordinamento *originario* germinante dal Cristo come divino legislatore, e, in quanto *originario*, munito di una propria indefettibile *originalità*. Un diritto poggiante su quella finalità pastorale, necessariamente sottostante a ogni sua regola giuridica, che lo preserva dall'identificarsi nella luterana *captivitas babylonica*, ma che non può non rendere scarsamente applicabili nel suo seno gli attributi di astrattezza, generalità, rigidità che la moderna dogmatica laica ha assegnato alla legge statutale.

L'incarnazione della norma in un rigido testo scritto (e, quindi, la conquistata certezza) ha una sua positività, ma ha anche – come non mancò di segnalare Carnelutti – il costo di non potersi adeguare alla varietà e plasticità delle vicende quotidiane dell'*homo viator*, con il rischio di soffocare – anziché ordinare – la sua personale esistenza: un rischio che contraddirebbe nella sua essenza proprio la pastoralità del diritto canonico nella sua

tensione a valorizzare la specificità della persona del singolo fedele e la specificità della trama di circostanze entro cui si muove e da cui viene influenzato nel suo agire. Nei fertili dibattiti suscitati nei lontani anni Quaranta da Pio Fedele e dalla sua Rivista/progetto lo «Archivio di diritto ecclesiastico», un filosofo italiano del diritto, che era anche un provveduto osservatore e conoscitore dell'ordinamento giuridico della Chiesa Romana, Giuseppe Capograssi, parlò di una inappagante certezza formale richiama-
 mando il canonista a certezze basate in una sostanza più profonda.

In grazia della sua pastoralità il diritto canonico è assai più che lo strumento giuridico di una determinata confessione religiosa per controllare i propri fedeli, ma assurge al rango di autentica *mentalità giuridica*, ossia di una visione peculiarissima del ruolo della giuridicità; ed è precisamente per questo che il diritto canonico ha potuto caratterizzare il formarsi e lo svilupparsi di parecchie esperienze giuridiche nella storia ben al di là dei ristretti confini della confessione religiosa in cui si è originato. Basti ricordare lo *ius commune* medievale e lo stesso *common law* di ieri e di oggi.

L'insoddisfazione culturale per un – fino ad oggi diffuso – modo di intendere e applicare lo *ius canonicum* circola nella “Introduzione” di Chiara Minelli e la vivacizza perché ha il significato di una consapevolezza afrancatrice, ma circola altresì in tutti i lavori di un Incontro – il nostro – che è stato pensato con una cifra felicemente comparativa. Scelta coraggiosa ma anche greve di risultati culturalmente positivi, perché comparare comporta l'abbandono della auto-referenzialità delle tecniche consolidate per misurarsi con le invenzioni della modernità laica, con il diversissimo atteggiarsi della stessa Chiesa nel vivere la propria dimensione giuridica durante il medioevo, l'età moderna e la contemporaneità.

Mi sembra – e lo dico con assoluta obbiettività – che da una siffatta impostazione schiettamente critica il frutto culturalmente più cospicuo è l'esigenza di ripensare parecchie scelte in tema di fonti del diritto, che si mostrano incapaci di esprimere – oggi e, ancor più, domani – le valenze essenziali della giuridicità nella Chiesa Romana.

2. La scelta comparativa non significa, infatti, andare a elemosinare, a destra e a manca, modelli da imitare e da trapiantare passivamente. Al contrario, significa acuire la capacità critica del canonista di oggi arricchendo la sua consapevolezza e irrobustendo la sua coscienza della tipicità dell'ordinamento giuridico elaborato continuativamente nel lungo distendersi di duemila anni.

In questa precisa angolatura è stato pensato l'intervento di Stefano Solimano, chiamato a chiarire nella sua essenzialità il significato storico-giuridico del “Codice” imperante nella modernità borghese, quel “Codice” reclamato fin dai primi atti della rivoluzione francese e fatto accanitamente proprio dal programma centralistico di Napoleone. Se non si vuole cedere ad atteggiamenti mitizzatorii, il Codice è, in quel contesto storico, un su-

premo atto di presunzione perché pretende di disciplinare completamente una determinata branca disciplinare dell'ordine giuridico, di racchiuderla entro un cospicuo nòvero di dettagliatissime previsioni, di irrigidire in esse il divenire del fluire storico, immobilizzando tutto per un tempo indefinito (sperabilmente eterno) in un testo cartaceo tanto certo e chiaro da non poter offrire il destro alla disobbedienza dei cittadini.

Il Codice, pensato e voluto in alto, è strumento principe di controllo del "giuridico" da parte del potere politico, perché riduce il pluralismo delle fonti e che individua un solo canale di produzione giuridica. La classe borghese, lucidamente conscia della rilevanza del diritto per la stabilità e solidità del potere, coglie nel Codice il cemento del nuovo Stato compatto e interamente centralizzato attuato dalla Rivoluzione e, poi, dai suoi eredi diretti. Il Codice degli ordinamenti laici dell'Europa continentale non è, se non all'apparenza, una innocua raccolta di precetti. Esso è, invece, una idea forte; è il progetto che cancella d'un colpo tutte le voci plurali della società francese di antico regime; ed è qualcosa di estraneo alla tradizione dei primi millecinquecento anni di vita giuridica della Chiesa.

La Relazione di Fantappiè è assai eloquente nel mettere a nudo la sconcertante scelta codicistica operata nel clima decisamente pos-tridentino degli anni a cavallo fra Ottocento e Novecento. L'aggettivo "pos-tridentino" è un apparente anacronismo: la perdita del potere temporale genera il diffuso stato d'animo di un nemico alle porte non dissimile da quello che generò, a metà Cinquecento, la serrata tridentina. E, dal Cinquecento in poi, sono in precipitosa crescita le opzioni per la sempre maggiore rigidità di un diritto ridotto a comandi, resi formidabili dalla loro generalità ed astrattezza. Ohimè! Ci si allontana sempre più dal diritto canonico così come si era venuto forgiando nella operosissima officina medievale.

Qui maestri del diritto, giudici, superiori nella sacra gerarchia, consuetudini costituivano una vivace comunità interpretativa, mentre i Papi, nella loro qualità di vertici della Santa Chiesa e investiti di un supremo potere vicariale, davano un fattivo contributo con gli interventi sparsi ma puntuali delle *epistolae decretales*, originate da casi concretissimi e che non abdicavano mai al sapore esperienziale dell'episodio di vita vissuta.

Circolava un sapere giuridico dall'indole squisitamente dialettica: folti erano i problemi da risolvere, e lo strumento metodico efficiente nelle mani dei giuristi appariva la *quaestio*, ossia la ricerca della soluzione di un caso grazie alla identificazione dei problemi che il caso poneva, problemi che dovevano essere confrontati dialetticamente per arrivare alla soluzione più probabile, *probabilior*. Il diritto canonico dell'età classica – appunto, quella medievale – aveva un carattere fondamentalmente ermeneutico. A parte la staticità dei precetti del diritto divino, lo *ius humanum* viveva una sua ricca dimensione pluralistica.

3. Agli inizi della modernità, quando la protesta religiosa sembra minacciare i capisaldi stessi della Chiesa Romana, si assiste a una sostanziosa inversione nell'indirizzo costruttivo della scienza canonistica in perfetta coerenza con quella che, poco sopra, ho chiamato la serrata tridentina; e si assorbe il messaggio dell'anima razionalistica dell'umanesimo giuridico, cioè l'esaltazione della intima razionalità del diritto, cui si accompagna l'esigenza di disegnarne le sue linee fondanti di natura essenzialmente logica e di ricomporle in un sistema coerente chiuso ai possibili condizionamenti del fluire storico. *Le Institutiones iuris canonici* di Giovan Paolo Lancellotti, pubblicate proprio quando il Concilio Tridentino stava terminando i suoi lavori, sono l'esempio dell'inizio di un cammino nuovo, di un processo di indole schiettamente razionalizzatrice: grazie alla adozione – quale ferrea intelaiatura – dello schema tripartitico giustiniano (*personae, res, actiones*), il testo lancellottiano offre un sistema unitario ed organico articolato in un tessuto logico strutturale scandito in principii, regole, distinzioni, eccezioni.

Era, secondo la gerarchia cattolica e i canonisti, un modo per erigere muraglie di difesa contro l'invasione di quei fatti, che, dalla Germania, si stavano pericolosamente diffondendo anche nelle plaghe mediterranee. La molteplicità dei casi e il basso livello della prassi – che erano stati il fertile terreno di germinazione per un diritto indefettibilmente pastorale come il canonico – cominciarono a subire una ingabbiatura di indole logica, che doveva assumere una perentoria rigidità quando, nella prima metà del Settecento, vi si innestò quale campione paradigmatico il geometrismo di Christian Wolff e della sua scuola.

Carlo Fantappiè, che è stato il primo a segnalare sul piano storiografico la svolta metodologica (e anche lo sviluppo) nella sua imponente ricostruzione storico-giuridica *Chiesa Romana e modernità giuridica*¹, ha fatto bene a porla al centro della sua ricerca quale perno e nodo di essa nel suo duplice e complesso aspetto evolutivo/involutivo; a porla quale pròdromo necessario verso l'approdo otto/novecentesco del primo *Codex*.

Il quale – lo sappiamo bene – matura per un concorrere di motivazioni: sicuramente una esigenza di certezza in una slabbratissima organizzazione ecclesiastica ormai a proiezione veramente universale e, altrettanto sicuramente, un poco encomiabile psittacismo rispetto a uno spasmo codicistico che – a fine Ottocento – aveva conquistato anche l'ultima cittadella giurisprudenziale dell'Europa continentale, il *Reich* germanico. Altrettanto sicuramente valse, tuttavia, per la sacra gerarchia e per una coorte di canonisti ormai lontanissimi dalla volontà e capacità creative di decretisti e decretalisti, il poter contare su un sistema chiuso, tranquillizzante perché

¹ Il riferimento è a: C. FANTAPPIÈ, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, t. I, *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*; t. II, *Il Codex iuris canonici (1917)*, Giuffrè, Milano, 2008.

incasellatore e controllatore dell'esperienza. E ha perfettamente ragione Fantappiè quando, nella sua doviziosa Relazione odierna, rileva come le due valvole respiratorie, aperte verso il mondo della storia e dell'esistenza quotidiana dell'*homo viator*, i canoni 6 e 20, abbiano avuto una scarsa utilizzazione, sia dalla gerarchia, sia dai giuristi-interpreti.

Coglie, inoltre, nel segno Patrick Valdrini nel ripeterci la sacrosanta verità che il *Codex* non è lo specchio fedele di quella realtà ben più ampia, e normemente più ampia, che è lo *ius Ecclesiae*; e a insegnarci che buona parte dello stesso *ius divinum* non è racchiusa in testi scritti. La miopia della gerarchia, la sordità dei canonisti (soprattutto di quelli curiali) e, in misura particolare, la loro pigrizia culturale e il loro timore verso la possibile carica eversiva del pluralismo giuridico, tutto ciò ha portato alla gigantizzazione del *Codex* quale strumento – ai loro occhi – satisfattivamente risolutivo del problema incandescente delle fonti. In questa visione angusta il ruolo della *interpretatio* non poteva – e non può – che essere ridotto all'infimo livello della passiva esegesi di un comando scritto.

4. L'elasticità dello *ius humanum*, messa bene in evidenza dalla fioritura canonistica italiana degli anni Trenta e Quaranta del Novecento (i primi nomi che vengono alla mente sono Pio Fedele e Pietro Agostino D'Avack), quella elasticità che, nel suo aspetto di *aequitas canonica*, appartiene allo strato più radicale del diritto divino in quanto capacità delle forme giuridiche di adeguarsi alla *ratio pastoralis* che immancabilmente le sorregge, una siffatta elasticità, malgrado che sia il salvataggio autentico del diritto canonico quale ordinamento giuridico, non è affatto avvertita come tale.

Mi sia consentito, in proposito, un ricordo personale non per deprecabile passione autobiografica ma per fornire una tangibile conferma a quanto or ora dicevo. Quando, nel 1996, la Conferenza Episcopale della regione Etruria mi conferì l'onorevole funzione di giudice del Tribunale Ecclesiastico Etrusco, l'allora vicario giudiziale monsignor Fazzi, un sacerdote lucchese colto e sensibile che aveva patrocinato l'ingresso di un docente universitario nel ristretto tiaso giudiziale, volle investirmi immediatamente, senza rispettare precedenze per anzianità, dell'onorevole compito di tenere la conferenza prevista dal cerimoniale in occasione del *dies annualis*.

Questo interesserebbe molto poco i partecipanti al nostro Incontro, se egli non mi avesse imposto anche un titolo: *Aequitas canonica*². Ebbene, debbo amaramente ricordare come lo zelo culturalmente apprezzabile di monsignor Fazzi fosse ripagato da una totale incomprendenza per un siffatto tema. La discussione, infatti, che seguì alle mie parole (tutte sorrette dalle intuizioni di Fedele e di D'Avack, che fin da giovane avevo fatto mie),

² Che diventò il saggio: *Aequitas canonica* pubblicato, dapprima, nei *Quaderni fiorentini*, 27 (1998), e ora riprodotto in P. GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÈ, Giuffrè, Milano, 2013.

manifestò con piena evidenza la contrarietà degli operatori giudiziari verso l'esaltazione di un principio equitativo avvertito come pericoloso fattore di incrinature nel solido edificio codicistico voluto e realizzato da Gasparri. Ebbi la dimostrazione che si era parecchio distanti dalla convinzione espressa, nel 1952, da Pio XII, un pontefice dalla forte educazione giuridica, che, parlando ai convegnisti arrivati a Roma da tutto il mondo per celebrare l'ottavo centenario della *Concordia* graziana, inseriva nella sua allocuzione questa efficace puntualizzazione sul carattere più riposto dello *ius humanum*: «iam ab initio iuri canonico proprius inductus est color et, quasi sigillum cera impressum, applicata est aequitas cristiana, quae brevi in aequitatis canonicae formam transivit»³. E io, nel saggio del 1998, commentavo con parole che mi piace rileggervi: «*Quasi sigillum cera impressum*. Come dire che il *proprius color*, il marchio di originalità, il carattere più riposto di questo singolare e conchiuso pianeta giuridico è da rinvenirsi lì soltanto, in una precisa scelta equitativa, ma non scelta generica a favore di una equità vaga ed anonima, anzi – al contrario – specificissima, tanto specifica da dare vita a quel risultato inconfondibile nel quale l'impalpabile equità dei moralisti è diventata il sigillo giuridico della equità canonica e unicamente canonica»⁴.

Mi aspetto una facile obiezione: e cioè che, quando io parlavo, nel 1996, non era più vigente il *Codex* gasparriano ma quello innovatore del 1983. La risposta è agevole: innovatore sì, perché allo schematismo romanistico del primo *Codex* – che, conquistato dalla basilare ma canonisticamente in traducibile tripartizione romana in *personae, res, actiones*, era stato costretto a sacrificare la tipicità dei sacramenti all'interno delle *res* – aveva sostituito, anche se entro una progettazione assai confusa, una articolazione pastoralmente più coerente, ma sicuramente ancor più sorda ad aperture equitative. Infatti, mentre le norme generali del primo *Codex*, in quanto generali, potevano presupporre un implicito rinvio a quel sottostante *humus* dell'equità canonica soggiacente a ogni regola formale ed astratta, la scelta del secondo codificatore appare diversa perché ispirata a un deciso frazionismo. Come ebbi modo di far notare in un commento a caldo subito dopo l'apparizione del Codice, in questo si ha un diffuso riferimento alla normazione delle singole Conferenze Episcopali⁵. Al principio della elasticità della norma generale sembra sostituirsi la preferenza per una molteplicità di norme locali quale scelta di vera politica del diritto.

Una conclusione sembra che si debba trarre, e io non mancai di sottolinearla in un Convegno veneziano presso lo *Studium Generale Marcianum*

³ *Acta Apostolicae Sedis*, XXXIV-ser. II, vol. XIX (1952), p. 376.

⁴ *Aequitas canonica*, p. 381 (cito dalla pubblicazione nei *Quaderni fiorentini*, essendo, nel momento in cui redigo queste pagine, ancora in corso di stampa il volume che raccoglie i miei scritti canonistici).

⁵ P. GROSSI, *Novità e tradizione nel diritto sacro*, in *Il Foro Italiano*, CVII (1983), p. V, col. 172 ss.

alcuni anni fa, quando si fu convocati proprio per discutere lo stesso tema/problema⁶: in uno stesso secolo, nel 1917 e nel 1984, la sacra gerarchia ha optato, prima ma anche dopo il Vaticano Secondo, per una pesante scelta a livello di fonti del diritto, una scelta codicistica. Che fare? Non si può che prenderne atto, ma, corrispondendo a quello che è il compito primario di ogni riflessione scientifica e, quindi, anche della riflessione canonistica, non si può e non si deve abdicare a un atteggiamento serenamente critico, che serva – se non altro – di stimolo per il futuro legislatore. Redigo queste considerazioni conclusive a fine settembre del 2013 sulla scorta delle annotazioni prese durante l'Incontro del 3 maggio scorso, in un momento in cui l'azione del nuovo Pontefice Francesco ha cominciato a dilatarsi in tutta la sua dimensione squisitamente pastorale.

Oggi più di ieri il diritto canonico è chiamato a riscoprire la sua germinazione dal basso della società ecclesiale in armonia con il magistero universale del Papa, tendendo a tesaurizzare quelle diversità nell'unità che solo l'elasticità della regola canonica può compiutamente restituire. E risulta ancor più valido quello che ci si disse a Brescia chiudendo i nostri lavori: è ora che si smetta di seguire pedissequamente gli stessi sentieri percorsi dal diritto laico negli Stati a democrazia parlamentare, anche perché si corre il rischio di recepire valori affermati ieri ma che la riflessione scientifica ritiene appartenere all'urna del passato. Penso al principio della uguaglianza meramente giuridica, che appare insoddisfacente proprio per la iniqua rimozione (che comporta) di circostanze di fatto incombenti e incidenti, come è sostanzialmente scritto nel coraggioso comma 2 dell'articolo 3 della Costituzione italiana del 1948.

È ora che si rivàluti, all'interno dell'ordinamento canonico, quella dimensione interpretativa, motore e fulcro delle costruzioni del diritto canonico classico, che, sia nel binario dottrinale, sia nel binario giudiziale, ha in sua mano gli strumenti duttili per salvare una pastoralità della regola canonica che, oggi più di sempre, tenendo dietro con attenzione e rispetto all'indirizzo di papa Francesco, ci sembra un valore irrinunciabile.

⁶ Si tratta del Convegno di studio su *L'eredità giuridica di Pio X* organizzato nel maggio del 2005. La mia Relazione *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)* può leggersi in *Jus*, LII (2005), p. 345 ss.

Finito di stampare nel mese di settembre 2017
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Per i tipi Giuffrè:

- VINCENZO ALLEGRI, *Impresa artigiana e legislazione speciale.*
- MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *La "responsabilità illimitata" nel fallimento per estensione.*
- MARZIA BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di Storia e di Diritto.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni.*
- VERA PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. II - Studi sul giuramento nel mondo antico.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997 n. 127.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione (1987-1999), presentazione di Valerio Onida.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Il "bravo funzionario" absburgico tra absolutismus e aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800).*
- VERA PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico.*
- ANTONELLO CALORE, *"Per Iovem lapidem" alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti.*
- MARIO MISTRETTA, *La conversione del capitale in euro nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata.*
- CLAUDIO DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I - L'offesa mediante violenza.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. III - Guerra giusta? - Le metamorfosi di un concetto antico.*
- VERA PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo.*
- CRISTINA AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito.*
- ROBERTO FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Lo sviluppo bipolare della forma di governo italiana. Le vicende politico-parlamentari successive all'elezione del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi ed il mutamento della maggioranza nella XIV legislatura.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680).*
- MARIO MISTRETTA, *Partecipazioni sociali e comunione legale dei beni: l'interpretazione come governo della complessità.*
- CRISTINA ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro.*
- MARIO GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo.*

- ANTONIO D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità.*
- ADRIANA APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale.*
- ALBA FONDRIESCHI, *La prestazione parziale.*
- NADIA MACCABIANI, *La legge delegata. Vincoli costituzionali e discrezionalità del governo.*
- CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico.*
- ALESSANDRA VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico. Amministratori indipendenti e funzioni di controllo.*
- FABIO ADDIS (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza.*
- MARZIA BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolamentazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali.*
- ALESSANDRO BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Silenzi e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze.*
- VERA PARISIO (a cura di), *I servizi locali di interesse economico generale nella legge regionale della Lombardia del 12 dicembre 2003 n. 26.*
- ELISABETTA FUSAR POLI, «*La causa della conservazione del bello*». *Modelli teorici e statuti giuridici per il patrimonio storico-artistico italiano nel secondo Ottocento.*
- LUCIANA GUAGLIANONE-FRANCESCA MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie.*
- LUCA MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali.*
- SAVERIO F. REGASTO, *La forma di governo parlamentare fra «tradizione» e «innovazione».*
- ANTONIO SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare.*
- FABIO ADDIS (a cura di), *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto.*
- MARIO NOTARI (a cura di), *Dialoghi tra giuristi e aziendalisti in tema di operazioni straordinarie.*
- VERA PARISIO (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia.*
- ADRIANA APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici.*
- NADIA MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali.*
- CHIARA DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali.*
- VERA PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali.*
- EDOARDO ALES-MARZIA BARBERA-FAUSTA GUARRIELLO (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa. Edizione aggiornata.*
- ROBERTO LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n. 205/2000 al Codice del processo amministrativo.*
- GIOVANNI TURELLI, «*Audi Iuppiter*». *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci.*
- PAOLA LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione.*
- GIUSEPPE FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza.*
- ELISABETTA FUSAR POLI, *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica fra liberismo e autarchia.*
- ADRIANA APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia.*
- MARIO GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato. Ricadute recenti sulla forma di governo italiana.*
- CRISTINA AMATO, *Affidamento e responsabilità.*
- VERA PARISIO (edited by), *The water supply service in Europe: austrian, british, dutch, finnish, german, italian and romanian experiences.*
- ALBERTO SCIUMÈ-ELISABETTA FUSAR POLI (a cura di), «*Afferrare ... l'inafferrabile*». *I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra otto e novecento.*

ANTONELLO CALORE-ALBERTO SCIUMÈ (a cura di),
La funzione della pena in prospettiva storica e attuale.

FABIO ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti.*

ALBERTO VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento.*

VALERIO PESCATORE, *Reviviscenza - Vicenda di obbligazioni e garanzie.*

FRANCESCA MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi.*

VERA PARISIO (edited by), *Services of general economic interest, administrative courts and courts of audit.*



Per i tipi Giappichelli:

1. CHIARA MINELLI, *Rationabilis e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso.*
2. VERA PARISIO (edited by), *Food Safety and Quality Law: a Transnational Perspective.*
3. PAOLA PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto.*
4. LUIGI FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata.*
5. VERA PARISIO-VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ-BELÉN NAGUERA DE LA MUELA (dirección), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos.*
6. LUCA PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile.*
7. SIMONA CACACE, *Autodeterminazione in Salute.*
8. CHIARA MINELLI (a cura di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino, in memoria di Maria Vismara Missiroli.*

