

# La giurisprudenza nell'ordinamento canonico

Francesco Finocchiaro

1. Considerare la posizione della giurisprudenza, nel quadro di una ricerca volta a studiare le fonti delle norme giuridiche, importa chiedersi, anzitutto, quale sia l'idea di "norma" che sta alla base dell'indagine e, secondariamente, quale sia la posizione della giurisprudenza come forza nomopoietica nell'ambito dell'ordinamento giuridico e, infine, quale sia il significato stesso del termine "giurisprudenza".

"Norme" sono i principi regolatori dell'organizzazione dell'ordinamento stesso, nonchè i principi disciplinanti l'azione dei vari organi e dei vari soggetti. Tali "norme", tutte giuridiche (escludiamo dalla nostra considerazione le norme non giuridiche), possono essere, però, distinte rispetto alla fonte e, in rapporto a questa, possono avere un valore e un'efficacia diversi.

Considerando solo l'ordinamento canonico, è agevole individuare "norme" che traggono origine da leggi generali, altre che derivano da leggi particolari, da privilegi, dispense, ecc., ma tutte dotate di uguale forza quando derivino dal legislatore supremo; "norme" emanate dal vescovo nella sfera della sua competenza territoriale, subordinate alle prime; "norme" emanate dalla Curia, ma non approvate dal Pontefice, e, perciò, meramente esecutive delle "norme" derivanti dalle leggi, qualcosa di simile ai regolamenti amministrativi noti agli ordinamenti statuali.

Il primo quesito da risolvere, in questo quadro, è se vi sia spazio per identificare "norme" che traggano origine dalla "giurisprudenza".

Diciamo subito che, in generale, ove si considerino le strutture di un ordinamento che si ispiri, in qualche misura, al principio della separazione dei poteri, è difficile individuare nella giurisprudenza una fonte riconosciuta di "norme" giuridiche. Essa, di solito, è concepita non come potere creatore del principio giuridico che disciplina il caso, bensì come una forza

mediatrice fra il legislatore, organo creatore del principio, esprime, per convenzione, la volontà generale, e l'applicazione del principio stesso all'ipotesi pratica. Come l'organo esecutivo è chiamato ad amministrare nel rispetto della legge, così la "giurisprudenza" è chiamata a indicare quale "norma" di legge, generale o speciale, o regolamentare sia applicabile al caso. Il giudice, in particolare, secondo la concezione di Montesquieu, è visto come "bocca della legge".

Questi dati generali del problema, però, ricevono una profonda modifica nell'ordinamento canonico, sol pensando che, nell'attuale assetto, esso non è conformato al principio della separazione dei poteri e che, il romano pontefice, per la Chiesa universale, e i vescovi, per ognuna delle Chiese particolari, sono titolari, nella rispettiva competenza, di poteri insieme legislativi, amministrativi e giudiziari. In conseguenza, non è agevole dire, pur in presenza delle norme del can. 17, n. 2 e 3, sino a che punto, quando il loro potere giurisdizionale si esprime per "sentenze", la loro "giurisprudenza" sia solo "mediatrice" fra norme giuridiche generali e il caso concreto e sino a che punto, invece, pur non avendo dato luogo a tipici provvedimenti con valore di legge particolare (privilegio, dispensa, ecc.), non sia ugualmente da collocare fra gli atti "normativi", quanto meno del caso singolo.

Tuttavia, anche sotto il profilo generale da cui abbiamo preso le mosse, non sempre è vero che la "giurisprudenza" sia solo, e in ogni ipotesi, "mediatrice" e non "creatrice" di norme, così come non è vero, in assoluto, che il legislatore sia sempre "creatore" di norme e mai "mediatore" fra la disciplina giuridica e la vita e i concreti interessi della comunità associata.

A quest'ultimo proposito, anzi, il diritto della Chiesa, ponendo fra i requisiti della legge la "novità", mostra di ritenere che talora il legislatore è portato a riprodurre i suoi comandi e, perciò, a non essere "creatore" di norme nuove, ma solo "mediatore" di norme preesistenti in un diverso contesto storico e sociale.

Questa particolarità dell'ordinamento canonico apre la via al dubbio che, in tale ordinamento, come non ogni legge è legge e, perciò, non ogni norma di legge è oggettivamente posta dalla legge, ma è solo norma posta da un soggetto dotato di potestà legislativa, così non ogni norma applicata o interpretata dal giudice, o da altro operatore del diritto privo di potestà legislativa, e pertanto enunciata in un atto privo del valore di legge, sia, solo per questo, sempre espressione di attività "mediatrice" e mai "creatrice" di "norme" giuridiche.

Se pensiamo: — che un ordinamento giuridico è frutto di fattori molteplici, parecchi dei quali organizzativi e nomopoietici; — che l'organizzazione e la normazione, anche se disciplinate da atti normativi considerati fondamentali, sono, a loro volta, frutto di fattori molteplici, non sempre giuridici, il più delle volte sociali, i quali condizionano la struttura degli organi, il loro modo di operare, la loro funzione, nonchè la posizione dei soggetti e dei gruppi organizzati nell'ordinamento; — se pensiamo a tutto questo, più di un dubbio assale anche sulla possibilità di considerare il giudice mera “bocca della legge” anche in un ordinamento ispirato al principio della separazione dei poteri.

Il modo reale dell'essere e dell'operare di un simile ordinamento è dato non solo dall'esame delle leggi, atti normativi per eccellenza, emanate dal legislatore in un dato periodo storico, ma anche dall'esame della giurisprudenza. Se andassero smarrite le leggi di un ordinamento, sarebbe possibile ricostruire i lineamenti di questo attraverso l'analisi delle sentenze dei giudici e dei trattati dei giuristi; da queste fonti lo storico apprenderebbe la forma concreta assunta, sotto il profilo giuridico, dalla società in una determinata epoca. Se, invece, sentenze e trattati andassero perduti, mentre fossero conservati i codici, le leggi e i regolamenti, lo storico avrebbe presente solo lo schema dei rapporti che il titolare del potere legislativo o regolamentare mirava ad attuare e garantire, ma non la misura della realizzazione di tale schema nella realtà sociale.

Abbiamo accennato, accanto alle raccolte delle sentenze, ai trattati —e non a caso—, in quanto l'opera dei teorici, intesa a interpretare le leggi, a rivedere criticamente l'opera di legislatori e di giudici, a costruire il sistema e a colmare le lacune di esso, è “giurisprudenza”, perchè è espressione della vita del diritto e, perciò, è attività che influisce sulla formazione delle “norme” giuridiche.

2. Quando si prenda in esame un ordinamento giuridico pervenuto —come l'ordinamento canonico— ad una fase avanzata di sviluppo, l'esistenza e la vigenza delle norme che nel suo ambito disciplinano i rapporti giuridici, risente in misura varia dell'azione di molteplici organi, cui sono attribuite, disgiuntamente o cumulativamente, le funzioni legislative, esecutive e giudiziarie.

È opinione corrente —e di cui talora gli ordinamenti positivi tentano, in qualche misura, l'attuazione— che un equilibrato esercizio di tali funzioni costituisca una garanzia per i soggetti dell'ordinamento e che tale equilibrio sia massimo allorchè le funzioni stesse sono attribuite separatamente alla competenza di organi diversi. In regime di separazione dei poteri

le vicende dei soggetti dell'ordinamento sono disciplinate da norme, per definizione, generali e astratte, emanate dal legislatore e imparzialmente applicate da organi amministrativi e giudiziari, tenuti solo al rispetto della legge, organi "esecutivi" —come abbiano sopra veduto— e non "creatori" di norme. La separazione dei poteri, in definitiva, tende, nell'evo moderno e nell'età contemporanea, a dare certezza alla norma giuridica, fissata dalla legge, in astratto e in generale, mentre al legislatore dovrebbe essere impedito di dettare leggi destinate a disciplinare il caso singolo e al giudice —o all'amministratore— di risolvere i vari casi in modo arbitrario, ossia fuori delle previsioni di norme generali.

Gli ordinamenti così strutturati sembra che raggiungano —in astratto, almeno— il massimo grado di perfezione allorchè garantiscono l'individuo e i gruppi non solo dall'azione di un potere esecutivo che prevarichi la legge o di un potere giudiziario che non sappia ottenerne il rispetto, ma anche dall'arbitrio del legislatore, al quale non è dato di modificare, derogare o abrogare talune norme, definite come fondamentali dal patto che sta alla base dell'ordinamento.

Da ciò le istanze, da più parti avanzate anche rispetto alla struttura dell'ordinamento canonico, di una separazione dei poteri meglio definita e di una "Lex fundamentalis" che valga a garantire i diritti del popolo di Dio.

Non è questa la sede per considerare i temi ora accennati, i quali fanno sorgere una folla di problemi, ma ci sembra di dover destinare un rapido esame ai rapporti fra tali temi e quello della funzione della giurisprudenza, dati gli evidenti nessi.

Le istanze concernenti la separazione dei poteri testimoniano l'ansia di una più perfetta giustizia *in hoc mundo*, oggi avvertita più che ieri, e inducono a sperimentare mezzi giuridici, da tempo introdotti in taluni ordinamenti statuali, proprio al fine di soddisfare cotesto interesse primario, così come, nel lontano passato, la necessità di soddisfare esigenze di giustizia non meno sentite aveva portato l'ordinamento canonico a far proprio, per ciò che poteva essere consentaneo ai suoi fini, il diritto romano o, appena ieri, a darsi un *Codex* modellato *quoad formam* sul codice napoleonico e sul BGB. Atteggiamento pragmatico senz'altro lodevole, ove si consideri che l'ordinamento della Chiesa ha potuto avvalersi di strumenti sperimentati, ma anche significativo, perchè dimostra l'intimo rapporto esistente tra il perfezionamento, allo scopo di una maggiore crescita nella personalità dell'uomo, degli ordinamenti statuali e il progredire dell'ordinamento canonico verso una più compiuta garanzia dei carismi personali del fedele e di un miglior equilibrio tra l'esercizio di questi e l'esercizio dell'autorità.

Il rapporto fra generale vita del diritto e ordinamento canonico è reso necessario e indeclinabile dal fatto che il fedele è anche cittadino e se, come cittadino, non tollera di essere oggetto di determinati trattamenti da parte dell'autorità statale, è difficile pensare che, come fedele, possa ritenere giustificati o giustificabili, trattamenti analoghi da parte dell'autorità ecclesiastica. Onde l'opportunità, da molti sottolineata, che il diritto ecclesiastico generale, in vista dell'universalità dell'ordinamento canonico, esprima norme e preveda procedimenti i quali, quanto a certezza e a garanzia della posizione dei fedeli, non abbiano nulla da invidiare agli ordinamenti statuali più garantisti.

Ciò sembra dimostrare che il diritto canonico appartiene all'area della cultura giuridica europea, cui partecipa a pieno titolo.

Peraltro, occorre essere consapevoli che una compiuta attuazione della separazione dei poteri nell'ordinamento canonico, ammesso che valga a migliorare la posizione dei soggetti di esso, ha una contropartita nella perdita di peso della giurisprudenza come organo nomopoietico e nell'esaltazione della legge come atto creativo di norme, senza che, da ciò, derivi un sicuro vantaggio in termini di certezza del diritto e di pace sociale.

Quando le funzioni in un ordinamento sono separate, più si privilegia la posizione della legge, più si pone il giudice in posizione non di organo coordinato, bensì di organo subalterno al legislatore. È quest'ultimo l'unico organo competente ad esprimere la "voce" dell'ordinamento, a tradurre in "norma" la volontà generale, laddove il giudice, nel risolvere il caso controverso, dà esecuzione alla "norma", così come è stata espressa dal legislatore, ed è, appunto, non "voce" dell'ordinamento, ma, come abbiamo già osservato, "voce della legge", ossia solo di uno degli elementi che esprimono l'attività normativa dell'ordinamento.

Però, la posizione subordinata del giudice, rispetto al legislatore e all'atto legislativo, si manifesta, negli ordinamenti che privilegiano il valore normativo della legge, più come tendenza, che come realtà effettuale. In concreto, v'è la consapevolezza che la sola legge non basta a disciplinare tutte le possibili ipotesi di conflitto, onde anche gli ordinamenti più rispettosi del primato della legge prevedono l'esistenza di lacune che l'interprete, e perciò anche il giudice, è chiamato a colmare, ricorrendo all'analogia o ai principi generali dell'ordinamento. Qualche volta, addirittura, il legislatore minaccia di perseguire, "*comme coupable de déni de justice*", quel giudice che rifiuti di risolvere il caso controverso "*sous prétexte du silence, de l'obscurité o de l'insuffisance de la loi*" (art. 4 code civil).

Il giudice non può far leggi, nè regolamenti, ma deve far sentenze, anche quando la legge taccia. In questo caso, però, anche nell'ordinamento

più legalistico, la “norma” non è espressa dal legislatore, ma è prodotta dal giudice; è il giudice a essere “voce” dell’ordinamento e non mera “bocca della legge”. Il giudice, supplendo alla mancanza della legge, svolge una funzione analoga a quella del legislatore, anche se, nei due casi, diverso è il procedimento e diversi sono gli effetti dell’attività inventiva della norma giuridica, la quale, nella prima ipotesi, se è “norma”, è tale solo nei limiti dell’efficacia del giudicato.

Se il primato della legge deve essere ammesso, negli ordinamenti legalisti, con le riserve ora accennate, tali riserve risultano ancora maggiori ove si consideri l’ordinamento canonico, quale risulta dal *codex* del 1917, che certo ha segnato un avvicinamento del diritto della Chiesa ai sistemi legalisti, ma è pur sempre un codice espresso dal meno legalista degli ordinamenti giuridici formatisi nell’area culturale europea.

Basti pensare, al riguardo, che, allo svolgimento della storia del diritto, la Chiesa ha contribuito in modo più che evidente nell’età del diritto comune, nella quale l’opera della giurisprudenza è stata tanto essenziale per la posizione delle norme giuridiche, da far ritenere che il diritto canonico, accanto al diritto romano, sia un esempio illustre di diritto di formazione pretoria.

Tale caratteristica è stata conservata anche quando, nel XVIII secolo, gli ordinamenti statuali sono venuti organizzandosi in modo diverso che per il passato. E’ noto che, in tali ordinamenti, la subordinazione del giudice alla legge è proceduta di pari passo con la formazione dello Stato moderno, la quale ha visto il primeggiare del potere del principe, procedente alle riforme ritenute opportune e insofferente delle remore che alla sua azione di riorganizzazione dello Stato derivavano dall’esercizio del potere giudiziario da parte di organi che, per lo più, esprimevano le istanze dei ceti conservatori, avvalendosi di norme di derivazione giurisprudenziale. Da ciò la necessità di imporre al giudice l’osservanza delle leggi dettate dal principe, dandogli carico di motivare le proprie sentenze non con riferimento al diritto giurisprudenziale, ma con riferimento alle leggi dello Stato e degli altri enti territoriali.

Queste tendenze adempivano a una funzione di rinnovamento, alla creazione dello “Stato di diritto”, nel quale la legge mirava ad essere certa e a essere applicata da giudici imparziali e controllabili. Tuttavia, nel fatale declino dello Stato moderno e nel passaggio dallo “Stato di diritto” allo “Stato sociale”, la conseguita realizzazione di un collegamento sicuro fra il legislatore, artefice delle norme, e il giudice, vigile interprete e applicatore di esse, ha determinato gravi fenomeni di sclerosi e di scompensi, perchè tutte le volte in cui il potere legislativo statale non ha saputo prov-

vedere alla giuste riforme, alla giurisprudenza è mancato il potere necessario per adeguare le norme giuridiche alle nuove esigenze.

L'ordinamento della Chiesa, per contro, è rimasto ancorato a un assetto nel quale il giudice, pur subordinato all'eventuale opera del legislatore, ha partecipato alla formazione delle norme giuridiche, ben più a lungo di quanto vi siano rimasti i giudici statuali negli ordinamenti dell'Europa continentale.

Le esperienze giuridiche dell'illuminismo, contrassegnate, come abbiamo accennato, dalla progressiva soggezione del giudice al principe legislatore, che, in rapporto al progressivo puntualizzarsi del primato pontificio, potevano interessare anche l'ordinamento canonico, e le esperienze della codificazione, solo alla lontana avrebbero influito sull'ordinamento della Chiesa.

La codificazione piana-benedettina del 1917 —soddisfacendo esigenze espresse sin dal tempo del Concilio Vaticano I— è sembrato che sanzionasse il primato della legge su qualsiasi altra fonte, che confinasse la giurisprudenza a un ruolo ancillare, che privasse l'ordinamento della Chiesa di quella flessibilità e di quella capacità di adattamento alle più diverse circostanze di tempo e di luogo, che devono essere proprie di un ordinamento a base planetaria.

Tuttavia, a quasi sessant'anni dalla promulgazione del *codex*, non sembra che le profezie concernenti la sclerosi e la sterilizzazione del diritto della Chiesa ad opera della codificazione si siano verificate. Non solo perchè il legislatore quasi sempre è intervenuto con norme adeguate quante volte è stato necessario il suo intervento, ma anche in dipendenza di altri fattori, primo fra tutti il carattere "aperto" dell'ordinamento canonico, nei confronti di attività produttrici di norme giuridiche diverse dalla legislazione, conservato dal *codex*, il quale, con riferimento all'attività del giudice e, in genere, dell'operatore giuridico, ammette ipotesi di "supplenza" alla mancanza della norma derivante dalla legge.

Una supplenza che il c. 20 del *codex* ha previsto in modo esplicito.

3. Il c. 20 pone norme le quali svolgono molteplici funzioni. Esso, infatti, esprime, anzitutto, una norma di chiusura dell'ordinamento canonico, nel senso che, mentre ammette il giudice a completare l'ordinamento stesso tutte le volte in cui manchi una fonte legislativa o consuetudinaria della "norma" sostanziale disciplinatrice del caso, impedisce al giudice di intradurre una norma arbitraria, ossia una norma ottenuta fuori dei procedimenti argomentativi indicati —secondo una parte della dottrina, in modo tassativo— dal c. 20, nonchè senza il rispetto delle "istitu-

zioni positive” menzionate dallo stesso canone e dei limiti posti al diritto suppletorio da altre disposizioni del codice (c. 11, 19, 983, 2219 § 3).

Ma il c. 20, accentuando l'accennato carattere “aperto” dell'ordinamento canonico, produce anche un'ulteriore norma che consente al giudice, in sede di *analogia iuris*, di uscire dall'ordinamento della Chiesa e di esplorare —come sembra ammissibile— gli altri ordinamenti contemporanei, al fine di rinvenire la norma idonea a disciplinare il caso. In questa ipotesi, però, come del resto anche quando il giudice si avvalga degli altri mezzi di supplenza, il c. 20, sebbene svolga la funzione di apertura cui abbiamo accennato, non consente di introdurre nell'ordinamento canonico principi contrari ai suoi fini, perchè i principi generali extracanonistici sono *cum aequitate canonica sumpti*. E' l'*aequitas canonica*, in questo caso, a salvaguardare l'ordinamento della Chiesa dall'introduzione di norme che non si armonizzino con i suoi principi fondamentali.

E' ovvio che il giudice, procedendo al completamento dell'ordinamento con i mezzi indicati dal c. 20, opera nell'ordinamento, ne applica la legge —per l'appunto il c. 20—, ma opera *praeter legem*, proprio perchè la legge è muta. Potrà contestarsi che, in sede di supplenza, il giudice sia legislatore, ma tale contestazione è vera solo nel senso che il procedimento di formazione della norma e l'efficacia di questa, come abbiamo già accennato, sono diversi dal procedimento di formazione e dall'efficacia della norma che, invece, trovi la sua efficacia immediata nella legge o nella consuetudine *adprobata*.

Per altro, il giudice, argomentando in base all'analogia o ai principi generali del diritto e avvalendosi dell'equità canonica, pone, con efficacia limitata fra le parti, una “norma” che risolve il caso con la stessa forza con cui lo avrebbe risolto la “norma” prodotta dalla legge o dalla consuetudine. Anche quando il giudice, procedendo analogicamente, indaga sulla *ratio legis* e vede di scoprire l'identità di scopo esistente tra la “norma” di legge disciplinante il caso (definito come) analogo e quella che, *secundum tenorem rationis*, dovrebbe disciplinare il caso negletto dal legislatore, si avvale della legge sostanziale disciplinante il caso analogo come di un materiale di costruzione, utilizzato per edificare la “norma” di cui l'ordinamento manca. Cotesto materiale produce la norma non per volontà del legislatore, bensì per volontà del giudice, perchè è il giudice a identificare l'analogia fra l'ipotesi disciplinata e quella non disciplinata dalla legge.

Lo stesso è a dirsi a proposito del ricorso ai principi generali del diritto o, ancor più, del ricorso all'equità, quell'equità che è fondamento e limite nel procedimento analogico, ma che, anche fuor d'ogni analogia, può supplire alla carenza della “norma” legale, perchè esprime la tendenza fon-

damentale del diritto della Chiesa: l'attuazione di una giustizia alla quale ripugnano le soluzioni rigorose, di un diritto che inclina verso la misericordia. Anche in quest'attività di ricerca della "norma" sostanziale la volontà del giudice è *domina*.

Peraltro, la *ratio legis*, l'argomentare dai principi o l'individuare l'equità, mentre consentono di supplire alla legge, evitano l'agire arbitrario del giudice, perchè egli è tenuto a indicare l'identità della *ratio* fra il caso disciplinato e quello non disciplinato dalla legge e, quando s'avvalga dell'equità, deve dimostrare congruamente che si tratta di un'equità fondata sulla religione cristiana, di un'equità espressione di quel diritto naturale che tende a realizzare un pò più di giustizia fra i soggetti dell'ordinamento, considerando gli uomini —com'è stato detto— più umanamente.

Agendo così, il giudice non è un arbitro insindacabile, ma è l'artefice controllabile della "norma"; non è "bocca della legge", perchè la legge è muta, ma è "bocca dell'ordinamento" e ne esprime la volontà e la forza cogente, nè più nè meno di quando si trova ad applicare "norme" la cui fonte sia la legge o la consuetudine approvata.

Se il ricorso all'analogia, ai principi generali o all'equità è proprio —secondo modalità varie— anche di ordinamenti diversi da quello canonico, il diritto della Chiesa mostra di utilizzare e, nello stesso tempo, di garantire un particolare patrimonio culturale, quelle "istituzioni positive", cui abbiamo accennato, che il c. 20 indica nello "*stylus Curiae romanae*" e nella costante "*opinio communis doctorum*", quest'ultima assunta nel c. 20 in funzione diversa da quella in cui è richiamata dal c. 6, n. 2.

È forse con riferimento a questi due dati dell'esperienza giuridica che, nel diritto della Chiesa, si dimostra ancor più debole l'affermazione del principio del primato della legge. Invero, lo "*stylus Curiae*" —con riguardo all'attività dei tribunali— e l'"*opinio communis*" sono un prodotto tipico della "giurisprudenza", sia quando traggono dalle formule della legge o dal portato della consuetudine una "norma", piuttosto che un'altra, e perciò utilizzano in un modo piuttosto che in un altro il dettato del legislatore, sia quando, in difetto di leggi e consuetudini, fissano, con la sequela dei giudicati conformi o attraverso la serie delle opinioni conformi della dottrina, la "norma" giurisprudenziale consolidata, la quale, così, diventa "norma" certa per i soggetti dell'ordinamento non meno di quanto lo sia la "norma" legale.

La "norma" giurisprudenziale, però, non è cristallizzata, perchè il giudice potrà discostarsi da essa allorchè lo "stile" e l'"opinione" suggeriscono una norma non equa per il caso concreto. In questo caso non è che la "norma" diventi incerta, perchè il giudice non può allontanarsi da

essa se non quando abbia una grave ragione per non seguire il principio fissato dai tribunali di Curia, o una ragione migliore per non accettare il criterio normativo suggerito dalla dottrina.

Così sembra abbastanza chiaro che lo “*stylus Curiae romanae*” e la costante “*opinio communis doctorum*” abbiano il carattere di fonte sussidiaria di norme giuridiche; una fonte che è costituita, dalla prassi giudiziaria e dai contributi della scienza, fuor d’ogni intervento del legislatore e, ciò nonostante, fonte produttiva di “norme” giuridiche aventi i caratteri dell’astrattezza e della generalità, che sono propri delle massime consolidate desunte dalle costanti decisioni dei tribunali e dall’indirizzo prevalente della dottrina.

Queste fonti sono sussidiarie, rispetto alla legge, perchè sono utilizzabili solo quando la legge manchi e l’interprete non possa argomentare dalla disciplina dei casi simili o dai principi generali. Esse producono “norme” non meno vincolanti di quelle prodotte dalla legge, giacchè l’esistenza di una grave ragione per discostarsi dalla costante giurisprudenza dei tribunali di Curia o di una ragione migliore per seguire una tesi diversa da quella accolta dalla dottrina dominante, non è un motivo più intenso di quello offerto dall’equità canonica nell’indirizzare l’interpretazione della legge in un senso, invece che in un altro, o addirittura nell’attenuare la portata della “norma” legale, quando circostanze particolari lo consiglino.

*Mitigatio rigoris* della legge e ragioni che inducono a non seguire una data “norma”, derivante dallo “*stylus Curiae*” o dall’“*opinio doctorum*”, limitano l’efficacia della “norma” generale (prodotta dalla legge o dalla giurisprudenza), nel momento stesso in cui ne confermano il vigore, e perciò, mentre mostrano di svolgere la stessa funzione —che è sempre quella di conformare l’ordinamento canonico ai principi di misericordia dettati dalla religione—, confermano che la “norma” legale e la “norma” giurisprudenziale hanno, ciascuna nel proprio campo d’azione, pari efficacia cogente, sono entrambe prodotte dell’ordinamento; sono espresse da volontà diverse e in forza di procedimenti diversi, ma sono entrambe “norme” giuridiche.

E’ opportuno precisare, però, che il giudice per quanto, in sede di supplenza, sia creatore di norme giuridiche, tuttavia tale attività creativa è di ampiezza variabile, secondo che il giudice stesso argomenti analogicamente o s’avalga dello “*stylus Curiae*” o dell’“*opinio doctorum*”. Nel primo caso v’è un residuo di legame fra l’opera del legislatore in altri settori dell’ordinamento canonico (*analogia legis*), ovvero fra i principi generali dell’ordinamento stesso (o di altri ordinamenti) e la “norma” enunciata dal giudice. Nel secondo caso, invece, questa “norma” risulta estratta da

principi posti dai tribunali di Curia o dalla dottrina, sicchè, mentre manca un diretto legame fra il giudice e il legislatore canonico (o qualsiasi altro legislatore), tali principi potrebbero essere riferiti in modo del tutto indiretto all'opera di questo solo ove si dimostrasse che la giurisprudenza e la dottrina avessero tratto i principi stessi ispirandosi a determinate leggi.

4. Il potere suppletivo attribuito al giudice dal c. 20 non dà, però, un quadro esauriente della forza della giurisprudenza come produttrice di norme giuridiche.

Invero, l'ordinamento canonico, organizzando il popolo di Dio, non può non risentire di tutti quei fattori che, nel corso dei tempi, influiscono sull'interpretazione e sull'applicazione della legge dettata dal legislatore o della consuetudine da esso approvata.

Solo guardando alla storia degli ultimi cinquanta o sessant'anni appare illusoria la tendenza di attribuire valore normativo soltanto alle fonti legislative o para-legislative e non alle decisioni giudiziali. Il rifiuto dello *stare decisis* non ha impedito agli ordinamenti codificati di conoscere l'esistenza di una giurisprudenza consolidata, traente dalla legge determinate norme, la cui validità è fatta risalire non tanto, e non sempre, alla *voluntas legislatoris*, ossia dell'organo, quanto, più sovente, ad un'ipostatizzata *voluntas legis*, la quale altro non è —essendo fuor della realtà pensare l'atto legislativo come un *quid* dotato di una propria capacità volitiva—, che la forza normativa tratta dai rapporti fra le varie parti della legge, nonchè dalle connessioni fra queste e il complessivo ordinamento in cui la legge è inserita.

A compiere tale opera di raccordo sono l'intelletto e la volontà del giudice. L'opera dell'interprete, cioè, proprio perchè ha luogo in presenza di vari fattori, non è una riproduzione meccanica della norma astratta posta dal legislatore; essa solo mediamente si riporta all'opera di questo, conclusa nel momento in cui la legge è stata promulgata; le norme scaturenti dalla legge vigono, finchè non siano sospese, derogate o abrogate, ma, finchè vigono, anche vivono ed è proprio il giudice la fonte principale donde deriva quello che, giustamente, è stato chiamato il "diritto vivente". Un diritto il quale, essendo "vivente", oltre che vigente, risente di tutti quei mutamenti che, sotto la spinta dei fattori più diversi, intervengono nell'ordinamento da cui è espresso e che, ove non siano avvertiti dal legislatore, sono avvertiti dai giuristi e dal giudice. E' questo che fa rispettare le norme derivanti dalle leggi, rendendo certo e stabile il contenuto di esse; ma è sempre il giudice, specie nelle fasi di transizione, l'organo portato a supplire —talora non senza crisi e lacerazioni —alla carenza della norma, traen-

do dalle leggi vigenti la norma che faccia al caso, ove occorra, mutando la giurisprudenza, ancorchè consolidata, formatasi in precedenza, in vista delle modifiche intervenute nell'ordinamento, anche in settori diversi da quelli in cui si palesa l'insufficienza della legge vecchia ad esprimere la normativa occorrente per la situazione nuova.

Quando l'interpretazione nuova della legge vecchia diventi consolidata e dominante, sarà questa la "norma" giuridica e non quella che era tratta in passato dalle stesse formule della legge: una legge che è rimasta sempre in vigore, ma che, nel corso dei tempi, sotto l'influenza di fattori molteplici, ha prodotto norme che possono anche essere diverse; tutto questo in virtù dell'opera della giurisprudenza, ossia della dottrina e dei giudici.

5. Oltre alla funzione inventiva della norma, di cui ci siamo or ora occupati, funzione sempre problematica, la portata nomopoietica della giurisprudenza non sembra dubbia ove si pensi che compito, indiscutibile e specifico, del giudice è quello di dettare la "norma del caso singolo".

Una visione della funzione giudiziaria nella quale la motivazione *in iure* della sentenza sia artificiosamente staccata dalla motivazione *in facto*, può dare l'impressione che il giudice non "crei" la norma del caso singolo, ma altro non faccia che confrontare il fatto accertato all'ipotesi astratta prevista dalla norma derivante dalla legge, applicando questa al caso. Una simile opinione — alla stregua della quale il giudice risulta essere null'altro che "bocca della legge" —, appare tanto più verosimile quanto più la "norma" generale è certa e consolidata, onde l'opera del giudice sembra limitata all'accertamento del fatto e alla conseguente applicazione ad esso della norma.

Questo modo di vedere le cose, però, è astratto e irrealistico, perchè nell'opera del giudice è impossibile scindere il "fatto" dal "diritto", in quanto l'accertamento del fatto, in un senso anzichè in un altro, influisce in modo palese sull'applicazione della "norma" generale.

In definitiva, la produzione della "norma del caso singolo" è soggetta a due varianti, perchè è suscettibile di mutare sia in dipendenza del fatto, e perciò del modo in cui il fatto è accertato, sia in dipendenza delle norme che, secondo il giudice, disciplinano il fatto.

L'opera del giudice di merito, diretta all'accertamento del fatto, è stata talvolta accostata all'attività dello storico. E' stato detto che, come questo ricostruisce, in base a documenti e testimonianze, le vicende umane, così il giudice, avvalendosi delle stesse fonti di cognizione, ricostruisce il fatto cui applicherà le norme giuridiche.

L'accostamento, però, anche se suggestivo è fallace. Invero, lo storico

—se è veramente tale, se non è l'apologeta di questa o di quella fazione, di questa o di quella ideologia— mira all'accertamento scientifico della verità o delle possibili verità; il suo fine è quello della pura conoscenza, una conoscenza che mai resta appagata, che non incontra il limite della *res iudicata*, essendo sempre suscettibile di revisione, tosto che nuovi documenti o nuove testimonianze s'aggiungano alle fonti già note. Il giudice, invece, mira a una conoscenza dei fatti volta al fine tutto pratico della soluzione della controversia ed effettua una ricostruzione della vicenda i cui contorni possono cristallizzarsi nella formazione della cosa giudicata, salvo le ipotesi in cui l'ordinamento escluda che si formi il giudicato o, comunque, assicuri, in qualche misura, la possibilità di una revisione della *prioris instantiae*.

In ogni caso, però, mentre lo storico non può mai considerare conclusa la propria indagine, se non dopo aver considerato tutte le fonti note e tutte le altre che, in forza della sua competenza professionale, è in grado di esaminare, il giudice, proprio perchè il suo fine è pratico e contingente, non è obbligato a raccogliere ed esaminare tutte le possibili fonti del suo convincimento, ma è tenuto a dichiarare “*se satis instructam causam habere*” (c. 1860 § 2) ogni volta che ritenga di poter dire di aver raggiunto la certezza morale.

Nella formazione della “norma del caso singolo”, perciò, il momento in cui il giudice dichiara chiusa l'istruttoria è essenziale, dato l'evidente nesso esistente fra la ricostruzione del fatto e l'identificazione della norma giuridica che dovrà disciplinarlo. Di tale momento il giudice del merito è pienamente signore, perchè la sua decisione in proposito, anche se non è arbitraria, è discrezionale ed è, in larga misura, rimessa alla sua sensibilità.

L'ordinamento, facendo dipendere l'accertamento del fatto dalla certezza morale conseguita dal giudice, lascia che la formazione della “norma” che disciplinerà il caso sia rimessa, per quest'aspetto, alla capacità professionale, all'intelligenza e alla probità del giudice, la cui attività incide sull'identificazione della norma già nel momento, che solo a torto può essere ritenuto insignificante rispetto alla “norma”, dell'accertamento del fatto.

A questo proposito, però, è giusto avvertire che nell'ordinamento canonico il criterio in forza del quale il giudice può ritenere conseguita la certezza morale risulta formalizzato, nei limiti in cui è possibile formalizzare l'espressione di un giudizio di valore, dall'intervento del legislatore.

E' noto, infatti, che il magistero pontificio, interpretando autenticamente i canoni attinenti alla valutazione delle prove e alla rilevanza delle presunzioni (cc. 1860, 1869, ecc. c.j.c.), ha dichiarato soddisfatta l'esigenza della certezza morale quando le prove raccolte, pur lasciando “sussistere la

possibilità assoluta del contrario”, di questo escludano “ogni fondato e ragionevole dubbio”.

La certezza morale, produttiva dell'accertamento del fatto, perciò, è non tanto un *quid medium* tra la certezza assoluta e la mera probabilità, quanto una certezza derivante dalla mancanza di ogni motivo per ritenere probabile una ricostruzione dei fatti, ossia una verità giudiziale, diversa; una certezza ottenuta, per l'appunto, attraverso la coscienza morale del giudice e raggiunta dal giudice non in base al proprio personale sentimento, ma in forza di “motivi oggettivi” e, in particolare, mediante l'operazione del “cumulo” delle prove, raccolte nel rispetto delle disposizioni disciplinatrici del pro-cesso, e degli altri elementi di giudizio (indizi e presunzioni).

Se, in conseguenza di questo intervento del legislatore, l'operazione commessa al giudice ecclesiastico per l'accertamento del fatto risulta disciplinata in modo penetrante, ciò non toglie che l'autonomia del giudice sia piena nel momento in cui compie il “cumulo” delle prove, degli indizi e delle presunzioni, perchè è in tale momento che l'intelletto e la volontà dell'operatore agiscono per dar risalto a questa o quella prova, a questo o quell'indizio o, al contrario, per negare rilevanza ad altre prove o ad altri indizi. Nella valutazione dei vari fatti probatori, il giudice del merito, rispettando la legge e il senso comune (quel buon senso talora, e impropriamente, qualificato con il pomposo *nomen* di “logica giuridica”), è sovrano: questa sovranità pesa sull'ulteriore formazione della “norma del caso singolo”, la quale, in definitiva, è frutto non solo del modo in cui il giudice identifica la norma generale da applicare, ma è anche legata alla congruità della ricostruzione del fatto da esso compiuta.

6. Il rapido esame, sin qui condotto, intorno all'influenza dell'attività giurisprudenziale sulla produzione di norme giuridiche, sembra che porti a concludere nel senso, più volte accennato, che la “norma è creata *anche* dalla giurisprudenza: dai tribunali e dai teorici del diritto, ciascuno nelle proprie rispettive competenze.

Diciamo che la creazione della norma è *anche* opera della giurisprudenza perchè, nell'ordinamento della Chiesa, come del resto in qualsiasi ordinamento, la giurisprudenza non ha il monopolio della creazione delle “norme” giuridiche. E' anche vero, però, che non è il legislatore ad avere questo monopolio. Il legislatore ha certo il monopolio dell'emanazione della legge, dell'approvazione della consuetudine, dell'interpretazione autentica della legge, della produzione di dispense, di privilegi, ecc., ma è chiaro che queste, se sono fonti di “norme”, non sono le sole. Anzi, tali fonti sarebbero sterili se tutti gli altri organi e, in genere, i soggetti dell'ordinamento non

ponessero mano ad esse per trarne le norme del loro “organizzarsi” e del loro “agire”; nè sarebbero sufficienti a risolvere tutte le possibili ipotesi controverse se il giudice non disponesse dei poteri di cui al c. 20.

Il giudice, perciò, con l'ausilio dei teorici e degli altri operatori del diritto, non è “bocca della legge”, non è un meccanico riproduttore della volontà di un altro organo —fondamentale e dominante, certamente, ma non l'unico ad avere voce nella produzione di norme giuridiche—, qual è il legislatore, ma è “voce viva dell'ordinamento”; è l'organo che trae da tutti gli elementi offerti dall'ordinamento stesso e, perciò, dalle leggi come dalle consuetudini approvate, dai principi generali del diritto canonico come da quelli degli altri ordinamenti, dallo stile di Curia come dalla dottrina costante e comune, il criterio per risolvere il caso, ossia la “norma giuridica”, una norma che è senz'altro tale rispetto all'ipotesi concreta considerata dal giudice, ma che è suscettibile di diventare “norma” con riflessi generali quando, attraverso la sua costante riproduzione, diventi stile o prassi vincolante.

Le considerazioni sin qui formulate sono solo un invito a riesaminare la posizione delle varie fonti delle norme giuridiche fuor d'ogni meccanico ossequio al principio della separazione dei poteri o a quello della preminenza della legge. Principi senz'altro meritevoli d'attenzione e d'applicazione, finchè valgano ad assicurare il bene dei soggetti organizzati nell'ordinamento, ma che, assunti in modo assoluto, non riescono a spiegare in pieno tutti i procedimenti normativi che avvengono nell'ordinamento stesso, i quali, se trovano in posizione di preminenza il legislatore, non possono prescindere, per realizzarsi, dall'opera del giudice, nè da quella dei teorici del diritto.

Nel magistero di Paolo VI la Chiesa mostra di cogliere il collegamento esistente fra l'attività del legislatore e quella del giudice, consapevole che l'autorità del primo “sarebbe socialmente inane” se mancasse il potere esecutivo e giudiziario, un potere giudiziario che, essendo ordinato allo stesso fine della legge, ci sembra che risulti collocato sullo stesso piano, di servizio per la comunità, in cui sta il legislatore. Invero, l'ordinamento canonico pone “non la legge per la legge (...), non il giudizio per il giudizio, ma legge e giudizio a servizio della verità, della giustizia, della pazienza e della carità, virtù che formano l'essenza del Vangelo”.

Deriva, forse, da questa consapevolezza il fatto che, almeno secondo le scarse notizie ufficiali riguardanti i lavori della Commissione per la revisione del *codex*, il c. 20 non risulta oggetto di proposte di modifica. Tale canone, infatti, esprime in forma sintetica la tradizione di secoli di civiltà giuridica, una civiltà nella quale ogni organo della Chiesa, ogni soggetto

dell'ordinamento canonico, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni, ha contribuito —e contribuisce— alla formazione di quelle “norme” giuridiche, che sono —e devono essere— l'espressione dei valori cristiani sul piano dei rapporti intersoggettivi.

#### BREVI NOTE BIBLIOGRAFICHE

Al n. 1. Le considerazioni svolte nel testo presuppongono l'accettazione di una serie di principi concernenti la nozione di ordinamento giuridico, quale comunità autorganizzata e disciplinata da norme cogenti autoprodotte, e la rilevanza della giurisprudenza —cui danno vita i tribunali, la dottrina e gli altri operatori del diritto— nell'attività di produzione di tali norme.

Sarebbe fuor di luogo indicare una bibliografia completa su tali temi.

Intorno alla concezione dell'ordinamento giuridico, ci limitiamo a rinviare, oltre che all'opera, ormai classica, di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*<sup>2</sup> (Firenze 1945), a M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, «Studi in onore di E. Crosa», II (Milano 1960), pp. 957 ss.

Per quanto riguarda, in particolare, l'ordinamento canonico, cfr. V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*<sup>12</sup> (Milano 1970), pp. 16 ss.; P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico*, I, *Introduzione sistematica al diritto della Chiesa* (Milano 1956), pp. 81 ss.; P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico* (Milano 1963); J. HERVADA, *El ordenamiento canónico* (Pamplona 1966); A. DE LA HERA, *Introducción a la ciencia del Derecho Canónico* (Madrid 1967), pp. 137 ss.; P. LOMBARDÍA, *Estructura del ordenamiento canónico*, «Derecho Canónico», I (Pamplona 1974), pp. 161 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

Sulla rilevanza della giurisprudenza e sull'importanza dello studio di essa, cfr. J. P. DAWSON, *The oracles of the law* (Ann Arbor 1968); G. GORLA, *Giurisprudenza*, «Enciclopedia del Diritto», XIX (Milano 1970), pp. 489 ss., ivi ulteriori indicazioni.

Intorno alla concezione del Montesquieu e alla fortuna di essa, cfr. R. SHACKLETON, *Montesquieu. A critical biography* (Oxford 1961); P. BERSELLI AMBRI, *L'opera di Montesquieu nel Settecento italiano* (Firenze 1960); M. ROSA, *Sulla condanna dell'Esprit des lois e sulla fortuna di Montesquieu in Italia*, «Rivista di storia della Chiesa in Italia», 14 (1960), pp. 411 ss.

Al n. 2. Sui rapporti tra la cultura illuministica e il problema della codificazione, cfr. T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, «Saggi giuridici» (Milano 1949), pp. 41 ss.; S. COTTA, *Gaetano Filangieri e il problema della legge* (Torino 1954); V. PIANO MORTARI, *Codice (premesa storica)*, «Enciclopedia del Diritto», VII (Milano 1960), pp. 228 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

In particolare, sul tentativo riformatore di imporre la motivazione delle sentenze con riferimento alla legge del principe e non più alla giurisprudenza, cfr. R. AJELLO, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli* (Napoli 1968), pp. 137 ss.

Riguardo al collegamento fra la teoria della separazione dei poteri e la sottomissione passiva del giudice e del giurista a un legalismo formalistico, cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milano 1967), pp. 201 ss.

Al n. 3. Nella dottrina canonistica è tradizionale il rilievo che l'attività di supplenza

della legge, prevista dal c. 20, è una necessità, perchè la sapienza degli uomini, e perciò del legislatore, non è tanta da poter prevedere tutti i casi della vita. Il principio trova fondamento in S. TOMMASO, *Summa theologica*, I, II, q. 96, art. 6 ad 3, che, a sua volta, fa riferimento ad ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*, q. V, c. 10 [cfr. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, I (Lublin 1929), p. 454; A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis* (Mechliniae-Romae 1930), p. 318; F. X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius canonicum*, I, *Normae generales*<sup>2</sup> (Romae 1952), p. 233; E. EICHMANN-K. MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des CIC*<sup>10</sup>, I (München-Paderborn-Wien 1959), p. 122; F. M. CAPPELLO, *Summa iuris canonici*<sup>3</sup>, I (Romae 1945), p. 72; R. NAZ, «*Traité de droit canonique*», a cura dello stesso NAZ, I, lib. I et II, *Introduction. Règles générales. Des Personnes* (Paris 1946), pp. 133 ss.; E. REGATILLO, *Institutiones iuris canonici*<sup>3</sup>, I (Santander 1948), p. 77].

La dottrina è portata a credere che il giudice, in sede di supplenza ex c. 20, sia un organo creatore di «*ius novum*» [così, cfr. MICHIELS, op. cit., p. 458; VAN HOVE, op. cit., p. 321; NAZ, op. cit., p. 134; H. JONE, *Commentarium in Codicem iuris canonici*, I (Paderborn), p. 40; ST. SIPOS, *Enchiridion iuris canonici*<sup>3</sup> (Pécs 1936), p. 25] e, qualche volta, ritiene che, in tale veste, il giudice si comporti, *mutatis mutandis*, come una comunità che produca diritto consuetudinario (cfr. MICHIELS, op. cit., p. 459). Questo accostamento è stato utilizzato per sostenere che l'obbligatorietà della norma creata dal giudice deriva dall'approvazione preventiva che sarebbe stata effettuata dal legislatore nel c. 20 (cfr. MICHIELS, op. cit., pp. 459 e 476).

Siffatta tesi (la quale sembra perseguire lo scopo di ridimensionare il potere di creatore della norma suppletiva riconosciuto al giudice, riportando la forza della norma stessa alla volontà del legislatore) non sembra fondata, giacchè il c. 20 non fa altro che imporre al giudice l'obbligo di decidere la lite, concedendogli a tal fine il potere necessario, anche nel silenzio della legge (cfr. VAN HOVE, op. cit., p. 322).

Però, lo stesso A. VAN HOVE, *Prolegomena*<sup>2</sup> (Mechliniae-Romae 1945), pp. 64, 66 e 633, ha rivalutato il collegamento fra l'interpretazione giudiziale e la consuetudine a proposito dell'*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*, la quale, secondo quest'A., può ottenere forza di legge solo quando dalla prassi uniforme dei tribunali, dopo il decorso del tempo legittimo e il verificarsi delle altre condizioni richieste, divenga consuetudine.

Il fatto che il c. 20 non abbia preciso riscontro nelle fonti *ante Codicem*, ha indotto qualche autore a pensare che l'ordinamento canonico abbia mutuato i mezzi di supplenza della legge dagli ordinamenti statuali contemporanei [cfr. M. FALCO, *Introduzione allo studio del «CIC»* (Torino 1925), p. 103]. Peraltro, è stato giustamente osservato che il c. 20 s'è limitato ad esprimere, in buona forma legislativa, principi tradizionali del diritto della Chiesa [cfr. VAN HOVE, *De legibus*, op. cit., p. 318; NAZ, op. cit., p. 134; A. RAVÀ, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica* (Milano 1954), pp. 97 ss.]. Il collegamento esistente tra *ius vetus* e *ius novum*, nella materia in esame, è stato ampiamente dimostrato nell'opera di CH. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique* (Paris 1938), alla quale rinviamo per un compiuto esame dei vari mezzi di supplenza indicati dal c. 20.

A proposito di tali mezzi di supplenza, la dottrina s'è domandata se l'indicazione di essi sia tassativa e se siano da sperimentare gradatamente, secondo l'ordine in cui sono elencati nel canone. Nel senso dell'equivalenza delle fonti suppletorie di diritto e del carattere meramente indicativo dell'ordine in cui sono poste nel c. 20, cfr. REGATILLO, op. cit., p. 78; nel senso della tassatività delle fonti stesse, cfr. MICHIELS, op. cit., p. 463; VAN HOVE, *De legibus*, op. cit., p. 323; nel senso che i mezzi di supplenza debbano essere usati gradatamente, cfr. A. TOSO, *Ad codicem iuris canonici commentaria minora. I. Normae generales*<sup>2</sup> (Romae-Taurini 1921), pp. 63 ss.; nel senso che i mezzi stessi siano tassativi, ma non sia obbligatorio rispettare alcuna priorità, cfr. U. BRESTE, *Introductio in Codicem*<sup>4</sup> (Neapoli 1956), p. 87; per SIPOS, op. cit., p. 25, le quattro fonti sono tassative e da considerare gradatamente; per JONE, op. cit., p. 40, l'enumerazione contenuta nel

c. 20 è indicativa e il giudice, in sede di supplenza della legge, incontra il solo limite dei mezzi esplicitamente esclusi dal *codex* in altri canoni.

Nel testo abbiamo rilevato che, attraverso l'*analogia iuris*, l'ordinamento canonico «apre» verso altri ordinamenti giuridici. Al riguardo, dobbiamo ricordare che, mentre alcuni autori ritengono che tale argomentazione analogica debba essere effettuata solo dal diritto romano (cfr. RAVÀ, op. cit., pp. 161 ss.) o dal diritto naturale [cfr. P. FEDELE, *Generalia iuris principia cum aequitate canonica servata*, «Studi Urbinati», 14 (1936), pp. 51 ss., c, in particolare, pp. 95 ss.], la maggioranza della dottrina, pur accordando le proprie preferenze all'*analogia* dai principi dell'ordinamento canonico e, in mancanza, del diritto romano, ammette che possa essere necessario o utile argomentare dal diritto civile contemporaneo [così, cfr. MICHIELS, op. cit., p. 471; VAN HOVE, *De legibus*, op. cit., p. 329; WERNZ-VIDAL, op. cit., pp. 235, 238; EICHMANN-MÖRSORF, op. cit., p. 123; JONE, op. cit., p. 41; CAPPELLO, op. cit., p. 73; BESTE, op. cit., p. 88; C. HOLBÖCK, *Handbuch des Kirchenrechtes*, I (Innsbruck-Wien 1951), p. 142; SIPOS, op. cit., p. 25; P. BELLINI, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico*, «Il Diritto ecclesiastico», 68 (1957), p. 226 in nota]. Qualche altro autore, mancando la possibilità di trarre l'*analogia* dal diritto canonico, preferisce che si faccia ricorso «alla filosofia del diritto che domina tutte le legislazioni» (cfr. NAZ, op. cit., p. 135) e qualche altro, infine, ritiene che per l'*analogia iuris* occorra fare riferimento solo al diritto canonico. Ciò sia perchè il *codex*, con l'espressione *iuris* senza specificazioni, intende solo il diritto della Chiesa, sia perchè lo stesso *codex*, quando vuole riferirsi al diritto civile, lo richiama in modo esplicito, nè avrebbe potuto fare diversamente, in quanto i principi civilistici sono talora *toto coelo* distanti da quelli canonistici (cfr. Toso, op. cit., p. 62).

Sul tema dell'*analogia*, cfr., da ultimo, M. FELICIANI, *L'analogia nell'ordinamento canonico* (Milano 1968), ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

A proposito della funzione dell'*aequitas* canonica nella formazione del diritto giurisprudenziale, cfr. LEFEBVRE, op. cit., pp. 135, 139, 209 y 211, nonché i numerosi saggi dello stesso A. pubblicati in «Ephemerides Iuris Canonici» (1946), pp. 282 ss.; ibidem (1951), pp. 137 ss.; ibidem (1952), pp. 305 ss. Per la storia dello svolgimento dell'*aequitas* canonica dai Padri della Chiesa al Rinascimento, cfr. P. G. CARON, «*Aequitas*» romana, «*misericordia*» patristica ed «*epichèira*» aristotelica nella dottrina dell'*aequitas*» canonica (Milano 1971).

Quanto allo stile di Curia, cfr. CH. LEFEBVRE, *Style et pratique de la Curie Romaine*, «Dictionnaire de Droit canonique», diretto da R. NAZ, VII (Paris 1965), cols. 1.092 ss.

A proposito di questo mezzo di supplenza, ricorre in dottrina il rilievo che esso si forma al cospetto del supremo legislatore [cfr., per es., B. OJETTI, *Commentarium in codicem iuris canonici*, II (Romae 1927), p. 153; F. BLANCO NÁJERA, *El Código de Derecho Canonico*, I (Cádiz 1942), p. 39; HOLBÖCK, op. cit., p. 143]. Qualche autore, anzi, ritiene di poter dire che le decisioni della Curia romana, nel silenzio di una legge generale, sono fonti di diritto suppletorio perchè traggono la loro autorità dal Papa e dal valore personale degli ufficiali di Curia (cfr. NAZ, op. cit., p. 137).

Intorno al valore della dottrina, oltre alle trattazioni generali e monografiche sopra ricordate, cfr. P. G. CARON, *Dottrina* (quale fonte del diritto canonico), «Enciclopedia del Diritto», XIV (Milano 1965), pp. 49 ss.

Al n. 4. Riguardo al rapporto fra formule legislative e adeguamento del diritto alle nuove esigenze sociali, cfr., ampiamente, ASCARELLI, *L'idea di codice*, art. cit., in op. cit.; Id., *Norma giuridica e realtà sociale*, «Problemi giuridici», I (Milano 1959), pp. 69 ss.; Id., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, ibid., pp. 139 ss. Secondo quest'A. l'adeguamento del diritto alla realtà nuova non è compito del solo legislatore, ma postula l'elaborazione giurisprudenziale, che non dev'essere priva di «fantasia» per individuare la disciplina più aderente a soddisfare le esigenze sentite come giuste (cfr. ASCARELLI, *Norma giuridica*, art. cit., in op. cit., pp. 109 ss.).

Al n. 5. L'osservazione che la cosiddetta questione di fatto è difficilmente distin-

guibile dalla questione di diritto e che a tale distinzione artificiosa ha contribuito il legalismo, è stata formulata sul finire del XIX secolo, dai giusliberisti tedeschi: cfr., sul punto, LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., pp. 317 ss., ivi indicazioni bibliografiche.

Riguardo al principio della certezza morale del giudice in diritto canonico, sembra corretto ritenere che il principio stesso sia stato formalizzato nell'Allocuzione di Pio XII alla S. R. ROTA del 1 ottobre 1942, AAS (1942), pp. 338 ss., che, secondo E. GRAZIANI, *La certezza morale oggettivamente fondata*, «Il Diritto ecclesiastico», 53 (1942), pp. 340 ss., ha interpretato in modo autentico il c. 1869 e gli altri canoni a questo connessi. Sul problema, cfr. F. FINOCCHIARO, *Istruzione del processo canonico*, «Enciclopedia del Diritto», XXIII (Milano 1973), pp. 218 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

Al n. 6. Quanto al più recente magistero pontificio sulla funzione della «legge» e del «giudizio», cfr. *L'Allocuzione di Paolo VI alla S. R. Rota del 28 gennaio 1971*, A.A.S. (1971), pp. 135 ss.