

EDUARDO BAURA
Pontificia Università della Santa Croce – Roma

RIFLESSIONI SUL VALORE CANONICO DELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Concetto e valore intrinseco della giurisprudenza. 3. Il valore formalmente attribuito dal Codice alla giurisprudenza. 4. La questione dell'unità della giurisprudenza. 5. Considerazioni conclusive. Abstract.

1. Premessa

Un piccolo cambiamento redazionale del Codice del 1983 rispetto al Codice precedente, non sfuggito alla dottrina, è stato quello del can. 19, il quale, nell'indicare le fonti suppletive, si è riferito alla «iurisprudentia et praxi Curiae Romanae», anziché allo «*stylo et praxi Curiae Romanae*», così come recitava il vecchio can. 20. Cinque anni dopo la cost. ap. *Pastor bonus* affidava alla Rota romana il ruolo di provvedere all'unità della giurisprudenza. Queste due novità normative hanno stimolato la dottrina scientifica ad occuparsi del valore giuridico della giurisprudenza.

Una trattazione esauriente del tema comporterebbe, oltre ad una necessaria indagine storica, lo studio di alcune questioni correlate, quali ad esempio: le lacune di legge, l'interpretazione della legge ed il ruolo del giudice. Se, da una parte, è evidente l'impossibilità di analizzare in poche pagine il valore della giurisprudenza canonica in modo esauriente, e quindi di avere la pretesa di dire la "ultima parola" sull'argomento, dall'altra, tuttavia, sembra che il tema meriti di non essere taciuto in un'occasione come questa, in cui si vuole omaggiare l'attuale Decano della Rota romana. Stando così le cose, lo scopo che mi prefiggo sarà necessariamente assai modesto: il mio intento si limita, infatti, a presentare alcune considerazioni al fine di aiutare a riflettere sul valore della giurisprudenza. Il mio ragionamento vuole partire da una precisa nozione della dottrina giurisprudenziale e da una visione del-

EDUARDO BAURA
Pontificia Università della Santa Croce – Roma

RIFLESSIONI SUL VALORE CANONICO DELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Concetto e valore intrinseco della giurisprudenza. 3. Il valore formalmente attribuito dal Codice alla giurisprudenza. 4. La questione dell'unità della giurisprudenza. 5. Considerazioni conclusive. Abstract.

1. Premessa

Un piccolo cambiamento redazionale del Codice del 1983 rispetto al Codice precedente, non sfuggito alla dottrina, è stato quello del can. 19, il quale, nell'indicare le fonti suppletive, si è riferito alla «iurisprudentia et praxi Curiae Romanae», anziché allo «*stylo et praxi Curiae Romanae*», così come recitava il vecchio can. 20. Cinque anni dopo la cost. ap. *Pastor bonus* affidava alla Rota romana il ruolo di provvedere all'unità della giurisprudenza. Queste due novità normative hanno stimolato la dottrina scientifica ad occuparsi del valore giuridico della giurisprudenza.

Una trattazione esauriente del tema comporterebbe, oltre ad una necessaria indagine storica, lo studio di alcune questioni correlate, quali ad esempio: le lacune di legge, l'interpretazione della legge ed il ruolo del giudice. Se, da una parte, è evidente l'impossibilità di analizzare in poche pagine il valore della giurisprudenza canonica in modo esauriente, e quindi di avere la pretesa di dire la "ultima parola" sull'argomento, dall'altra, tuttavia, sembra che il tema meriti di non essere taciuto in un'occasione come questa, in cui si vuole omaggiare l'attuale Decano della Rota romana. Stando così le cose, lo scopo che mi prefiggo sarà necessariamente assai modesto: il mio intento si limita, infatti, a presentare alcune considerazioni al fine di aiutare a riflettere sul valore della giurisprudenza. Il mio ragionamento vuole partire da una precisa nozione della dottrina giurisprudenziale e da una visione del-

la funzione giudiziale diversa da quella proveniente dalla concezione normativista del diritto, la quale considera il giudice un mero esecutore della norma. Benché non sia lo scopo diretto di questo lavoro, le riflessioni sul valore intrinseco della giurisprudenza potranno forse offrire qualche linea pratica da seguire nell'amministrazione della giustizia nella Chiesa.

2. Concetto e valore intrinseco della giurisprudenza

La regola classica che vuole che prima di approfondire un determinato argomento ne venga ben definito l'oggetto, in questo caso non è banale, in quanto le questioni dibattute dipendono in parte dal concetto adoperato di giurisprudenza. Non è quindi superfluo rammentare alcune nozioni fondamentali che offrano basi solide per una riflessione sul ruolo della giurisprudenza nella Chiesa.

Anzitutto può essere utile ricordare che la giurisprudenza è la dottrina giuridica soggiacente alle pronunce giudiziali, è l'insieme dei ragionamenti che giustificano le decisioni del giudice, in definitiva le *rationes sententiarum*, quando tale dottrina si consolida mediante la sua ripetuta applicazione nel foro. Invero, dette *rationes* si identificano con la motivazione della sentenza, come la terminologia del Codice fa notare (cann. 1609 § 2, 1611 n. 3, 1612 § 3, 1622 n. 2)¹. In altre parole, la giurisprudenza è la dottrina che è servita più volte per motivare le sentenze.

Non si deve confondere (anche se nel linguaggio comune, nella "prassi", appunto, talvolta si usa come sinonimo) la giurisprudenza con la prassi amministrativa, e ciò non solo per motivi formali, ma per la differenza esistente tra la dottrina soggiacente alla dichiarazione di ciò che è giusto e le ragioni (per lo più di opportunità) di una decisione amministrativa costitutiva di un nuovo diritto.

Va anche rilevata la differenza esistente tra la giurisprudenza e la dottrina scientifica, sebbene si tratti di fenomeni simili. La funzione del giudice è quella di *ius dicere*. Allo scopo di discernere lo *iustum* occorre individuare il titolo del diritto, ragionare fino ad arrivare alla soluzione giusta del problema. La giurisprudenza – cioè la dottrina che determina una decisione

¹ Cf. J. Llobell, «La genesi della sentenza canonica», in P.A. Bonnet – C. Gullo (ed.), *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, 695-734.

giudiziale – è, quindi, frutto dello sforzo intellettuale teso a comprendere la *ratio iuris* di una fattispecie concreta. La finalità della dottrina scientifica, invece, è quella di conoscere il diritto nella Chiesa, individuandone le cause. La ricerca sulle cause dello *iustum* nella Chiesa crea un corpo dottrinale, un insieme cioè di criteri atti a discernere ciò che è giusto. Emerge dunque chiaramente un elemento comune tra giurisprudenza e dottrina; non per nulla si parla di dottrina giurisprudenziale e dottrina scientifica. Tuttavia, ci sono degli elementi distintivi che vanno evidenziati.

La dottrina scientifica ragiona in modo astratto; anche quando utilizza la casistica, essa non è che un metodo per arrivare ad un principio generale. La dottrina giurisprudenziale, invece, pur rifacendosi anche ai principi generali – partendo da essi in modo deduttivo oppure arrivandoci per induzione – è creata a partire dalla soluzione giusta del caso concreto. Ad ogni modo, la differenza fondamentale tra la giurisprudenza e la dottrina scientifica non risiede tanto nel modo di produzione dei criteri dottrinali, quanto nel fatto che la dottrina giurisprudenziale è prodotta in occasione dell'esercizio di una potestà pubblica (quella di giudicare in modo vincolante) ed è quindi costituita dalle *rationes* che sono storicamente servite a far valere i diritti². A partire da queste considerazioni si può tentare di affrontare il tema del valore della giurisprudenza.

La giurisprudenza è giustamente chiamata anche dottrina giurisprudenziale. Un suo primo valore è, infatti, quello proprio della dottrina, quello, cioè, di esprimere una verità relativa alla giustizia. Inoltre, essendo una dottrina costruita in occasione della soluzione vincolante di un *dubium* su un diritto, ha anche il valore generale (oltre a quello particolare, solo per le parti, proprio delle decisioni giudiziali) di costituire un precedente nell'amministrazione della giustizia.

Non interessa qui discutere su quale sia il valore che è stato formalmente riconosciuto alla giurisprudenza lungo la storia della Chiesa. È noto, comunque, che già Innocenzo III avvertì che «in similibus casibus ceteri teneantur similiter iudicare»³. Ad ogni modo, il valore del precedente ha una

² C'è chi ha distinto la giurisprudenza in senso oggettivo, che sarebbe il «complexus decisionum uniformium», dalla giurisprudenza in senso formale, la quale sarebbe la «ipsa auctoritas quae iisdem decisionibus accedit, utpote uniformiter latis». Cf. Z. Varalta, «De iurisprudentiae conceptu», *Periodica* 62 (1973) 40.

³ X 2.27.19. Per alcuni dati storici sul valore della giurisprudenza nella storia del diritto

ragion d'essere intrinseca, indipendentemente da quello eventualmente riconosciuto dal sistema giuridico, sia esso di stampo giurisprudenziale o codicistico. Infatti, il principio giuridico (di giustizia) di uguaglianza dinanzi all'amministrazione di giustizia impone che una persona sia giudicata con lo stesso criterio utilizzato per giudicare precedentemente un altro caso se è presente la stessa *ratio iuris*, a meno che si dimostri l'inconsistenza di tale *ratio*.

Giunti a questo punto, può essere opportuno richiamare l'attenzione sul rapporto tra la sentenza e il diritto. La funzione specifica del giudice è quella dello *ius dicere*, e cioè dichiarare il diritto di ognuno. Si osserva, però, come la sentenza dichiarativa abbia pur sempre un qualche valore costitutivo, almeno nel senso che il diritto che prima non poteva essere efficace perché dubbio, dopo la sentenza spiega tutta la sua efficacia, avendo come titolo certo la sentenza stessa. In questo senso si afferma giustamente che *sententia facit ius inter partes*. Inoltre, non di rado il giudice (ecclesiastico o civile) deve provvedere ad aspetti che comportano la costituzione di nuovi diritti (determinazione di un dovere patrimoniale o di una condotta personale, ecc.); in questi casi, il giudice svolge in realtà un'attività di tipo amministrativa, in quanto non dichiara un diritto preesistente ma lo costituisce. Siccome, però, anche nell'ipotesi di costituzione di nuovi diritti il giudice deve rispettare la realtà giuridica preesistente, la giurisprudenza può essere di aiuto per assumere il provvedimento senza ledere altri diritti. Nel motivare questi provvedimenti costitutivi si crea anche una dottrina che, a rigore, piuttosto che giurisprudenziale dovrebbe essere considerata amministrativa; in ogni caso, essa ha il valore del precedente che deve essere tenuto presente per rispettare le esigenze della giustizia distributiva. Ritengo che la discussione sul valore creatore o solo mediatore (tra la legge e la fattispecie concreta) della giurisprudenza andrebbe impostato alla luce di queste considerazioni.

Dalle riflessioni ora proposte si può evincere che la giurisprudenza ha un doppio valore intrinseco: quello tipicamente dottrinale (le *rationes* apportate nella ricerca dello *iustum*, presenti soprattutto nelle pronunce dichiarative) e quello proprio dello *stare decisis*, quale principio della giusti-

canonico, cf., per esempio, Z. Varalta, «De iurisprudentialia...» 44-49, e G. Fransen, «La valeur de la jurisprudence en droit canonique», *La norma en el Derecho Canónico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico. Pamplona 10-15 de octubre de 1976*, vol. 1, Pamplona 1976, 197-212.

zia distributiva necessario per rispettare l'uguaglianza dinanzi all'amministrazione della giustizia.

Il valore dottrinale dipende ovviamente dall'attendibilità del ragionamento. È evidente qui il reciproco influsso che può e deve esserci tra la dottrina scientifica e quella giurisprudenziale. Ma a ben guardare, anche il valore del precedente dipende in ultima analisi dalla verità del ragionamento adoperato precedentemente: se viene a dimostrarsi la falsità della *ratio* adoperata precedentemente forse non si potrà azzerare il valore della *res iudicata*, ma si dovrà necessariamente cambiare indirizzo giurisprudenziale. Ne segue che il cambiamento della giurisprudenza non avviene al modo, assai rigido, della legge; certamente una dottrina giurisprudenziale può venir meno per la cessazione di una legge sulla quale poggia, ma altresì per una migliore interpretazione, la quale può poggiare su di un'opinione dottrinale o costituire una nuova argomentazione in sede giudiziaria.

Affinché la giurisprudenza possa compiere la sua funzione propria, e cioè quella di fornire delle indicazioni vincolanti attraverso le *rationes iuris* individuate ed il valore del precedente, appare essenziale la sua pubblicazione. Infatti, se da un lato, per consolidare le idee contenute in un determinato indirizzo giurisprudenziale, si rende necessario il confronto con la dottrina scientifica - circostanza che necessita l'accessibilità a tutti della dottrina giurisprudenziale -, dall'altro, l'utilizzo di un precedente esige la sua conoscibilità da parte del giudice nonché delle parti del processo. Una pubblicazione solo parziale della giurisprudenza si presenta, quindi, quale situazione anomala in cui occorrerebbe fare alcuni distinguo rispetto al valore della dottrina contenuta nelle singole sentenze.

L'evoluzione o i cambiamenti giurisprudenziali che possono verificarsi in seguito ad uno stimolo da parte della dottrina scientifica o per via della difesa di una determinata tesi in sede giudiziaria, avverranno mediante l'assunzione del nuovo indirizzo da parte di una decisione giudiziale. In altre parole, i cambiamenti giurisprudenziali avvengono mediante il normale esercizio della funzione giudiziaria, fermo restando il fatto che una determinata dottrina giurisprudenziale cadrebbe qualora poggiasse su una legge positiva che venisse a cessare. Parimenti, il modo naturale con cui la giurisprudenza può far valere il suo intrinseco valore si realizzerà attraverso la funzione giudiziaria: le parti interessate, infatti, hanno contezza di quale sia la dottrina giurisprudenziale usata nei tribunali; ed allo stesso modo i tribunali inferiori, pur dovendo giudicare in modo indipendente e secondo

coscienza, sono consapevoli di quale sia la dottrina del tribunale superiore a cui le parti potranno appellare.

3. Il valore formalmente attribuito dal Codice alla giurisprudenza

La codificazione ha indotto la canonistica a porsi il problema delle fonti normative e, quindi, del valore normativo della giurisprudenza⁴. Peraltro è proprio del movimento codificatore la pretesa di creare un corpo legale capace di racchiudere l'intera realtà in un sistema normativo logico. I Codici civili, consapevoli della concreta difficoltà di prevedere tutto, nonostante il ricorso a norme contenenti dei principi generali, e volendo al contempo garantire che il giudice – il cui compito è concepito come quello di applicare la legge – non eludesse il suo obbligo con la scusa della mancanza di una norma applicabile, nello stabilire il dovere del giudice di giudicare (nei limiti della sua competenza), istituiva all'interno del sistema normativo delle fonti suppletive capaci di riempire gli eventuali vuoti legali, superando in questo modo l'*horror vacui* caratteristico del normativismo.

Il Codice canonico, invece, ha distinto le due questioni. Da una parte, ha previsto come condotta delittuosa quella del giudice che, essendo evidentemente competente, si rifiuta di giudicare (can. 1457 § 1, che contiene una specificazione del can. 1389) e, dall'altra, ha considerato in sede di norme generali una serie di fonti di carattere suppletivo. È in questo contesto che appare l'indicazione della giurisprudenza come fonte suppletiva. Mentre il Codice piano-benedettino, infatti, alludeva genericamente allo *stylus Curiae*, quello attuale menziona espressamente al can. 19 la giurisprudenza: «si certa de re desit expressum legis sive universalis sive particularis praescriptum; aut consuetudo, causa, nisi sit poenalis, dirimenda est attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis, iurisprudentia et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia»⁵.

⁴ Cf. J.M^a González del Valle, «Dottrina, giurisprudenza e prassi nella costruzione del sistema canonico», in J.I. Arrieta - G.P. Milano (ed.), *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, Città del Vaticano 1999, 391-415.

⁵ Si è soliti far notare che parlando di lacuna di legge, l'attuale can. 19 precisa, diversamente dalla stesura anteriore, che essa si verifica in mancanza di una disposizione di legge «o

La riflessione della canonistica dell'ultimo secolo sul valore normativo della giurisprudenza si pone all'interno dello studio del problema delle lacune di legge e del valore delle fonti suppletive, e si sviluppa a partire dall'esegesi del can. 20 del vecchio Codice (e del 19 di quello vigente). Prendendo spunto dalla dottrina di due autori emblematici commentatori del Codice del 1917, Van Hove e Michiels, si può vedere come la loro riflessione sia cominciata dall'espressione del vecchio can. 20 «norma sumenda est», con il quale era indicato il comportamento che si sarebbe dovuto tenere in caso di mancanza di legge.

Per il primo autore citato, si tratterebbe di una vera creazione normativa, giacché il legislatore non avrebbe posto il principio generale che viene invece desunto da colui che colma la lacuna legale, tuttavia questa nuova norma sarebbe applicabile solo al caso concreto⁶. Secondo Michiels, invece, il giudice, mediante il ricorso alle fonti richiamate, definirebbe materialmente la norma (*norma sumenda* equivale a *norma erudienda seu confi-cienda*); tale norma materialmente creata diverrebbe formalmente *norma*

di consuetudine», confermando quindi che la consuetudine si trova allo stesso livello normativo della legge. In realtà, la formula vigente è più chiara, ma non ha introdotto alcuna novità, poiché già il Codice piano-benedettino, come fecero notare i suoi commentatori, aveva riconosciuto alla consuetudine la «vim legis» e, pertanto, laddove ci fosse una consuetudine non ci sarebbe nessuna lacuna legale. Il can. 1501 del CCEO, invece, stabilisce un sistema di fonti diverso: «Si certe de re deest expressum praescriptum legis, causa, nisi est poenalis, dirimenda est secundum canones Synodorum et sanctorum Patrum, legitimam consuetudinem, generalia principia iuris canonici cum aequitate servata, iurisprudentiam ecclesiasticam, communem et constantem doctrinam canonicam». Il riferimento alla consuetudine fra le fonti suppletive non appare del tutto corretto sotto il profilo tecnico, in quanto lo stesso Codice orientale riconosce «vim iuris» alla consuetudine, in grado anche di abrogare una legge (can. 1507), e considera indubbiamente la consuetudine una fonte primaria, nello stabilire al can. 1515, con redazione pressoché identica al can. 38 del Codice latino, che un atto amministrativo non può essere contrario ad una legittima consuetudine.

È da notare che il can. 19 contiene l'inciso «nisi [res] sit poenalis». Nell'escludere la materia penale dalle lacune legali si sta rafforzando il principio di legalità penale (*nullum crimen, nulla poena sine lege poenali praevia*), in parte enunciato nel can. 221 § 3 («christifidelibus ius est, ne poenis canonicis nisi ad normam legis plectantur»). Si perde questa coerenza, però, con il disposto del can. 1399 (secondo cui «praeter casus hac vel aliis legibus statutos, divinae vel canonicae legis externa violatio tunc tantum potest iusta quidem poena puniri, cum specialis violationis gravitas punitionem postulat, et necessitas urget scandala praeveniendi vel reparandi»), il quale si trova peraltro in un posto sistematico particolarmente significativo (canone unico dell'ultimo Titolo del Libro dedicato alle sanzioni nella Chiesa).

⁶ Cf. A. Van Hove, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae-Romae 1930, n. 314.

iuris per il consenso del legislatore (il quale lo ha dato previamente, in modo generale, appunto nel disposto del can. 20). Michiels afferma però che la norma così creata dall'autorità ecclesiastica non sarebbe valida per tutti, ma pur sempre una norma di diritto obiettivo, giacché così è stato concesso dal legislatore supremo. Poiché si tratta di una norma di diritto obiettivo, l'autorità che l'ha (materialmente) creata potrà applicarla in futuro, ben inteso, però, che non è obbligata a farlo in quanto non si tratta di una vera legge. Giova far notare che tutto il discorso di Michiels parte dal presupposto che «*determinatio auctoritativa juris subjectivi enim necessario praesupponit ut fundamentum jus objectivum normativum*»⁷.

In questa cornice nasce la discussione canonistica circa il valore normativo delle sentenze e la funzione nomopoietica della giurisprudenza. Alcuni autori, facendo leva sul fatto che la sentenza *facit ius inter partes*, e partendo dal principio che il giudice non può considerarsi un mero applicatore della legge, dal momento che egli gode di una certa discrezionalità nell'individuare la norma applicabile, ritengono che compito del giudice sia quello di dare la norma, al punto di pensare che nei casi di lacuna legale debba essere egli stesso a produrla⁸. Altri, invece, fanno notare che al giudice spetta applicare la legge, in modo tale che egli potrà integrare la genericità di una norma, ma non potrà mai crearla. Per quanto riguarda, invece, il caso specifico del giudizio sulla validità del matrimonio, il giudice non potrà creare un nuovo *caput nullitatis* allegando l'esistenza di una lacuna legale in proposito⁹.

In stretto collegamento con il problema relativo al valore normativo o meno della singola decisione giudiziaria viene affrontata la questione della funzione nomopoietica della giurisprudenza. Parte della dottrina ha fatto rilevare come la dottrina giurisprudenziale canonica sia stata di fatto all'origine di importanti disposti legislativi, persino in materia matrimoniale¹⁰; qualche autore ha sostenuto il carattere normativo della giurisprudenza portan-

⁷ G. Michiels, *Normae generales iuris canonici*, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, 589.

⁸ Cf., per esempio, F. Finocchiaro, «La giurisprudenza nell'ordinamento canonico», *La norma* (cf. nt. 3), 989-1007.

⁹ Cf., per esempio, A. Stankiewicz, «Interpretazione della legge con riferimento alle funzioni della potestà ecclesiastica», *Apollinaris* 52 (1979) 416-441.

¹⁰ Cf., per esempio, P. Moneta, «Giurisprudenza e diritto matrimoniale nell'ordinamento canonico», *La norma* (cf. nt. 3), 1045-1069.

do a sostegno di tale assunto tra l'altro il fatto che la Rota romana talvolta "formalizzerebbe" il diritto divino¹¹; altri hanno riconosciuto la funzione nomopoietica della giurisprudenza, anche in ossequio al disposto del can. 19, ma entro i limiti dell'integrazione della norma generica, senza poter innovare la legislazione vigente, come accadrebbe, ad esempio, con la creazione di un nuovo *caput nullitatis*¹². Il riconoscimento alla giurisprudenza di un certo valore normativo pone il problema di fissare i limiti entro i quali sarebbe possibile accettare l'interpretazione evolutiva della legge¹³. Qualche autore, in base al riconoscimento, anche codiciale, del valore normativo della giurisprudenza, l'ha equiparata alla consuetudine¹⁴. Proprio come reazione al riconoscimento della giurisprudenza quale fonte normativa pressoché autonoma, c'è chi ha sottolineato che la funzione giudiziaria si esaurirebbe con l'applicazione della legge, in modo tale che sarebbe un abuso la pretesa della giurisprudenza evolutiva in quanto finirebbe per sostituirsi al legislatore¹⁵.

Ritengo che, sulle questioni ora accennate, possa aiutare a fare chiarezza l'avviare una riflessione circa il compito del giudice partendo, però, da una concezione realistica della giustizia, che porterebbe a superare lo schema di pensiero secondo cui il giudice altro non dovrebbe fare che applicare dall'esterno una norma generale ad una fattispecie concreta. Va tenuto presente che il punto di partenza segnato dal disposto codiciale sulle fonti suppletive può risultare fuorviante, in quanto dipende dalla visione normativista del diritto propria del movimento codificatore. Giova, infatti, ricordare che la previsione di un sistema di fonti suppletive per i casi di lacuna

¹¹ Cf. J. Llobell, «Perfettibilità e sicurezza della norma canonica. Cenni sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana nelle cause matrimoniali», *Ius in vita et in missione Ecclesiae: acta Symposii Internationalis Iuris Canonici: occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati*, Città del Vaticano 1994, 1231-1258.

¹² Cf. F. Coccopalmerio, «La Rota Romana e l'interpretazione della legge», *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 115-130.

¹³ Sul tema vedi, per esempio: A. Stankiewicz, «Interpretazione della legge...» (cf. nt. 9), 432-438; G. Delgado del Río, «La interpretación evolutiva de la norma», *La norma* (cf. nt. 3), 1085-1103; M. López Alarcón, «La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes de Derecho Canónico», *La norma* (cf. nt. 3), 1105-1112.

¹⁴ Cf. M.F. Pompedda, «La funzione della giurisprudenza nel diritto matrimoniale canonico», in S. Gherro (ed.), *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Padova 1988, 9.

¹⁵ Cf. V. De Paolis, «La giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana e i tribunali locali», *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 133-135.

legale è conseguenza dell'ideale della codificazione, il quale pretende di dare una soluzione legislativa a qualsiasi problema giuridico che possa presentarsi. Tale pretesa nasce proprio da una visione normativista del diritto: la soluzione giusta di un caso concreto dipenderebbe solo da quanto previamente stabilito da una norma, onde la necessità di prevedere una soluzione normativa per qualsiasi evenienza.

È interessante far notare come Hans Kelsen, autore assai emblematico del positivismo giuridico, negasse l'esistenza delle lacune legali, giacché, dalla sua prospettiva, concludeva (logicamente) che se non c'è una legge non ci sarebbe nessuna questione giuridica (sarebbe una questione politica o di altra natura), visto che per lui il diritto altro non è che la legge positiva¹⁶. Altri autori, muovendo sempre dallo stesso presupposto positivisticò, non potendo negare l'esistenza delle lacune legislative (spesso "tecniche", provocate dalle stesse leggi), si rifanno alla completezza dell'ordinamento giuridico per affermare che a partire da esso, per via di analogia, si potrà sempre trovare la norma da applicare al caso concreto, in modo tale che potrà esservi una lacuna di legge, ma non una lacuna di ordinamento; in questa corrente di pensiero si inserisce la determinazione di un sistema di fonti suppletive capace di fornire sempre una norma applicabile.

Se, invece, si esaminano i rapporti interpersonali di giustizia con realismo, si vede come il diritto, il *suum* di ognuno che bisogna rispettare, debba sempre avere una causa, un titolo che attribuisce quello *ius* ad un soggetto, ma tale titolo non dovrà necessariamente essere una norma positiva. Va ribadita, infatti, l'esistenza di diritti senza un titolo normativo: oltre ai diritti provenienti direttamente dall'azione dei singoli, va ricordato che i diritti naturali sono chiamati così proprio perché il loro titolo è la natura umana, così come anche il titolo dei diritti fondamentali dei fedeli è lo stesso battesimo, anziché una norma positiva (per quanto esista una norma che li dichiara). Da questa prospettiva, si conclude agevolmente che il compito del giudice non potrà consistere, come vorrebbe il positivismo giuridico, nell'operazione *logica* di applicare una regola generale ad una fattispecie concreta compresa nella formula astratta normativa, bensì nel giudizio *prudenziale* sullo *iustum* in un determinato caso, previa individuazione dei

¹⁶ Cf. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit*, Vienna 1960, 254-258. Per una critica a questa posizione cf. C.J. Errázuriz M., *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen: visión crítica*, Pamplona 1987, 277-280.

diritti coinvolti e dei loro rispettivi titoli (i quali potranno essere legali, altre volte no)¹⁷. Peraltro, anche quando un diritto ha come base una legge, la sentenza del giudice non è mai il risultato di un'operazione meramente logica, bensì un giudizio prudenziale sull'esistenza ed i contorni di un diritto in un caso concreto.

Muovendo sempre da questa concezione del diritto, quale oggetto della virtù della giustizia che non è necessariamente un prodotto della norma positiva, occorrerà riconoscere che ogni volta che si presenterà una causa *giuridica* da dirimere, sarà perché esisterà un problema di giustizia, una questione, cioè, relativa al dovere di dare a ciascuno il suo diritto, e, pertanto, dovrà esistere previamente un diritto, il che è possibile anche in presenza di una lacuna legislativa. Nel caso di lacuna legale, il fondamento e il titolo del diritto non si potranno rinvenire logicamente nella legge, in quanto la stessa non esiste. Dinanzi a questa situazione il compito del giudice sarà sempre lo stesso: *ius dicere*, individuando i titoli extralegali (la natura umana, la costituzione della Chiesa o altro) del diritto in questione. Non si tratterà, quindi, di creare (o di “desumere” dall'insieme dell'ordinamento giuridico) una norma, come unica possibilità di risolvere la causa giuridica in assenza di una legge, ma si dovrà individuare il diritto preesistente (appare invero più coerente la posizione radicale di Kelsen che nega il carattere di giuridicità a tutto ciò che non rientra nella fattispecie normativa). Da questa prospettiva, le parole sopra riportate del Michiels, con cui, seguendo la logica della formulazione del vecchio can. 20 («norma sumenda est»), si nega la possibilità di determinare in sede giudiziale un diritto senza un fondamento in un diritto oggettivo “normativo”, denotano da parte dell'illustre canonista – sia pure in maniera sicuramente inconscia – un positivismo giuridico sorprendente.

Benché fosse possibile un ordinamento giuridico aperto, che consentisse l'individuazione di titoli giuridici extralegali, il sistema canonico vigen-

¹⁷ Non per nulla la dottrina applicata nel foro viene classicamente chiamata “giurisprudenza”, prudenza del diritto. In seguito alla Rivoluzione francese, si esalta il principio di legalità e la necessità che il giudice (che in fin dei conti è un servitore del potere politico) sia sottoposto alla legge. Con il positivismo giuridico si giunge alla concezione del ruolo del giudice come qualcosa di meccanico, tralasciando la tradizione della “*iuris-prudentia*”. Al riguardo, in sede di filosofia del diritto, tra tanti autori meritevoli di essere menzionati, sono interessanti le recenti considerazioni di F. Gentile, «Le tre stanze della filosofia del diritto», *Ius Ecclesiae* 20 (2008) 513-536.

te segnala un insieme di fonti normative suppletive. Il Codice attuale non impiega più l'espressione «norma sumenda est», ma afferma che in caso di mancanza di norma «causa dirimenda est», il che potrebbe facilitare l'impostazione di un discorso più realistico (sebbene la validità di questo non dipenda, ovviamente, dalle espressioni adoperate dal Codice). In ogni caso, stando al tenore letterale del Codice, in caso di vuoto legale, il giudice non sarebbe libero nella ricerca della soluzione giusta, ma sarebbe obbligato dal can. 19 a far ricorso alle fonti specificamente determinate. Ci si potrebbe comunque chiedere quanto aggiunga effettivamente il can. 19 alla risoluzione di un caso privo di una norma espressa, in quanto è evidente che le fonti suppletive segnalate dal legislatore hanno un valore giuridico intrinseco, perché ancorate alla giustizia, indipendentemente dal loro riconoscimento come fonti suppletive. D'altronde, il valore intrinseco di queste fonti spiega come esse siano anche – come riconosciuto comunemente dalla dottrina – criteri interpretativi della legge e non solo fonti suppletive di essa.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, è stato già segnalato il suo duplice valore di giustizia, quale dottrina sul diritto e come precedente da tenersi presente in un'amministrazione ugualitaria della giustizia. Naturalmente, la funzione nomopoietica della giurisprudenza è un valore derivato della giurisprudenza stessa, anziché una finalità principalmente e direttamente ricercata. Talvolta si ha l'impressione che quando qualche canonista parla del valore normativo della giurisprudenza si riferisca alla capacità del giudice di creare una norma per la soluzione di un caso concreto. È chiaro, invece, che la fonte normativa giurisprudenziale riguarda la giurisprudenza precedente al caso che si presenta, la quale, considerata insieme alle altre fonti suppletive, aiuterà il giudice a *ius dicere*.

La considerazione della giurisprudenza come fonte suppletiva non può portare a confonderla con una norma generale astratta. La giurisprudenza può essere all'origine di una nuova legge (o di una consuetudine), come dimostrato dalla storia¹⁸. Tuttavia, non è funzione specifica della giurisprudenza quella di promuovere nuove legislazioni, né si trova qui il valore nor-

¹⁸ Naturalmente, non può confondersi la legge con la giurisprudenza che ne è all'origine. Né si può confondere la giurisprudenza con il fenomeno consuetudinario: la giurisprudenza non è una norma introdotta da una comunità mediante *usi* costanti, ma una *dottrina*, anch'essa costante, introdotta dai tribunali nell'amministrare giustizia. (Per un'opinione contraria cf. nt. 14).

mativo della giurisprudenza. La qualità cogente della giurisprudenza è diversa dalla norma legale o consuetudinaria. La giurisprudenza vincola con la sua dottrina, per il fatto che rispecchia la verità (e perciò decade davanti alla dimostrazione della ragione contraria) e perché è stata applicata in processi precedenti, ma non perché qualcuno (il legislatore o la comunità) abbia deciso di stabilire una regola astratta per il futuro¹⁹.

Se prima è stato criticato lo schema di pensiero che vorrebbe che la sentenza giudiziale fosse una mera applicazione logica della norma astratta al caso concreto, a maggior ragione sarebbe da biasimare la posizione di colui che, in difesa del valore normativo della giurisprudenza, pensasse ad un'applicazione meccanica della dottrina giurisprudenziale da parte del giudice (mediante l'operazione logica di applicare la regola generale astratta giurisprudenziale alla fattispecie concreta), per quanto la giurisprudenza sia stata annoverata tra le fonti suppletive. La dottrina giurisprudenziale è certamente un dato rilevante - anzi sotto il profilo formale una fonte suppletiva - da non misconoscere, ma necessariamente deve essere messa insieme ad altri dati (tra cui le altre fonti suppletive) per la soluzione giusta del caso concreto.

4. La questione dell'unità della giurisprudenza.

Oltre al riferimento esplicito alla giurisprudenza da parte del nuovo Codice, la cost. ap. *Pastor bonus* ha affidato alla Rota romana il compito di provvedere all'unità della giurisprudenza (art. 126), questione che ha suscitato l'interesse della dottrina.

Qualche autore ha messo in rilievo la necessità dell'unità giurisprudenziale rispetto all'unità sostanziale del problema da risolvere quale esigenza della certezza giuridica²⁰. Altri autori, invece, hanno propugnato la tesi secondo cui sarebbe più corretto parlare di "armonia" della giurisprudenza, piuttosto che di unità, facendo notare che anche i tribunali inferiori parte-

¹⁹ Certamente la giurisprudenza viene creata mediante la ripetizione di sentenze in uno stesso senso. È vero che nell'individuare i titoli giuridici è facile desumere una regola che possa avere valore per una generalità di casi, ma qui andrebbe ricordata l'ammonizione del giurista romano: «non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat» (Paulus, *Dig.* 16.17.2).

²⁰ Cf. J. Llobell, «Perfettibilità e sicurezza...» (cf. nt. 11), 1238-1242.

cipano della nota di apostolicità²¹, che bisogna garantire l'indipendenza del giudice (il quale deve svolgere il suo ruolo secondo coscienza)²² e che occorre considerare la diversità di sensibilità e di culture²³. Tuttavia, per quanto riguarda la nota dell'apostolicità, alcuni autori hanno rilevato che l'apostolicità applicata ai tribunali della Santa Sede è del tutto singolare proprio perché legata al *munus petrinum*²⁴.

La questione non può essere realisticamente affrontata senza tenere conto del fatto che la giurisprudenza rotale riguarda quasi esclusivamente la nullità del matrimonio. Rispetto alla giurisprudenza in materia matrimoniale bisogna anzitutto rilevare che l'oggetto del giudizio è sempre lo stesso (se consta con certezza morale la nullità di un vincolo matrimoniale). Le diversità culturali influiscono sulle modalità attraverso le quali si può presentare la nullità del matrimonio (in alcune regioni predominerà un determinato *caput* per simulazione, in altre risulterà più agevole evidenziare determinate patologie, ecc.), ma non interessa il nocciolo dell'oggetto stesso del giudizio (la validità del matrimonio), il quale appartiene all'ambito naturale (e "sopra-naturale") anziché a quello culturale. Considerando che l'oggetto del giudizio sarà sempre lo stesso, allora si comprenderà perché qualche autore abbia osservato che in realtà parlare di giurisprudenza unitaria sarebbe una tautologia²⁵; il brocardo *ubi eadem ratio iuris, ibi eadem iuris dispositio esse debet* è, infatti, un principio di giustizia ben saldo e condiviso da tutti. Del resto, dal punto di vista dell'autorità, va segnalato che in materia matrimoniale esiste una riserva di legge da parte della suprema autorità, onde i tribunali ad essa legati godono logicamente di un'autorità spe-

²¹ Cf. M. Arroba Conde, «Nuevas normas del Tribunal apostólico de la Rota Romana», F.R. Aznar Gil (ed.), *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 12, Salamanca 1996, 335-369.

²² Cf. C. Begus, *L'armonia della giurisprudenza canonica*, Roma 2002, 40-42.

²³ Cf. Idem, «Il ruolo della giurisprudenza nell'art. 126 della Costituzione Apostolica Pastor Bonus e nelle Allocuzioni di Giovanni Paolo II al Tribunale della Rota Romana», *Apollinaris* 86 (2003) 521-523. Una critica alla tesi di Arroba e Begus sull'"armonia" della giurisprudenza è stata realizzata da V. De Paolis, «La giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana e i tribunali locali», *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 131-165 (specie 137-152).

²⁴ Cf. G. Mattei, «Portata ed effetti della connotazione della Rota Romana quale Tribunale Apostolico», *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 171 e A. Stankiewicz, «Il Tribunale Apostolico della Rota Romana», *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 111-113.

²⁵ Cf. R. Rodríguez-Ocaña, «El Tribunal de la Rota y la unidad de la jurisprudencia», *Ius Canonicum* 30 (1990) 437.

ziale, come già segnalato dal Romano Pontefice prima ancora della cost. ap. *Pastor bonus*²⁶, al punto che il ruolo di guida dell'unitarietà della giurisprudenza si presenterebbe consequenziale.

Tutto ciò non significa che la giurisprudenza dei tribunali inferiori non abbia alcun valore giuridico. Anche la giurisprudenza di questi tribunali ha il duplice valore, sopra segnalato, intrinseco ad ogni giurisprudenza, e cioè: la forza della ragione e del precedente. Nel caso in cui ci fosse una tesi sostenuta da un tribunale inferiore, è giusto che essa sia invocata in un processo davanti al medesimo tribunale (mentre in un altro tribunale non avrebbe altro valore, a mio avviso, che quello di un'opinione dottrinale più o meno fondata). Sennonché in materia matrimoniale lo spazio lasciato ai tribunali inferiori, per le ragioni già evidenziate, è assai ristretto²⁷.

Altra questione è se la giurisprudenza di un tribunale inferiore in contrasto con la giurisprudenza rotale abbia qualche valore giuridico. A mio parere la risposta è negativa. Questo, però, non significa che il giudice non possa nei singoli casi, se propone ragionamenti convincenti in senso contrario, discostarsi dalla giurisprudenza rotale giudicando, quindi, secondo coscienza (come peraltro deve fare anche quando si tratta di applicare una legge)²⁸. Qualora i suoi ragionamenti si presentassero più convincenti della dottrina rotale, la stessa Rota potrà cambiare indirizzo giurisprudenziale. In questo caso, i tribunali inferiori contribuiranno alla formazione della giurisprudenza ecclesiastica²⁹.

²⁶ Cf. Giovanni Paolo II, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 1986, AAS 78 (1986) 921-925.

²⁷ A proposito di questa materia affermava Giovanni Paolo II che «è infatti temeraria ogni innovazione di diritto, sia sostantivo sia processuale, che non trovi alcun riscontro nella giurisprudenza o prassi dei tribunali e dicasteri della Santa Sede» (*Discorso alla Rota Romana*, 24 gennaio 1981, AAS, 73 [1981], 231) (corsivo dell'originale).

²⁸ È interessante il commento di C. Gullo («Giurisprudenza e politica giudiziaria ecclesiastica», *Il Diritto Ecclesiastico* 94/2 [1983] 436-451) ad una sentenza di un tribunale inferiore che si discosta dalla dottrina di una sentenza rotale precedente. L'autore (prima della promulgazione della cost. ap. *Pastor bonus*) sottolinea giustamente la libertà del giudice nel giudicare secondo coscienza, il fatto che una sentenza non fa giurisprudenza, e che la forza vincolante della giurisprudenza sta nel ragionamento. Tuttavia, oltre al vigente art. 126 della *Pastor bonus*, andrebbe tenuto presente quanto affermato circa la riserva pontificia della materia matrimoniale e la presunzione di razionalità della giurisprudenza rotale.

²⁹ In questo senso il disposto del can. 1501 del CCEO, il quale, anziché parlare della giurisprudenza della Curia romana si riferisce alla giurisprudenza ecclesiastica, appare più com-

Tanto l'eventuale influsso dal basso all'alto quanto quello della giurisprudenza rotale sugli altri tribunali si dovrebbe compiere in sede giudiziale: è chiaro che in previsione di un ricorso al tribunale della Rota il tribunale inferiore tenderà ad adeguarsi alla giurisprudenza rotale, così come potrà anche influire sulla Rota mediante gli opportuni ragionamenti contenuti in una sentenza che sarà rivista in Rota. L'alveo naturale dell'effettività della fonte giurisprudenziale è, insomma, quello giudiziario: sarà l'ordinato coordinamento delle impugnazioni a produrre di per sé stesso l'unità della giurisprudenza³⁰.

Ma è questo il punto in cui sorgono i problemi pratici derivanti dall'attuale organizzazione giudiziaria della Chiesa. Infatti, partendo dall'assunto che la Rota non è tribunale supremo, si deve altresì considerare che poche sono le cause che vi arrivano (si deve tener conto della possibilità della terza istanza nazionale, e dell'eliminazione della facoltà del difensore del vincolo, prevista nel Codice precedente, di appellare *ex conscientia* dopo la seconda sentenza affermativa) ed, inoltre, non è detto che all'interno della Rota stessa ci sia un'unitarietà della dottrina giurisprudenziale vista l'organizzazione per turni.

A questo proposito emerge la questione sul valore delle *allocutiones* annuali del Romano Pontefice alla Rota, le quali possono dare unità anzitutto alla stessa Rota, e poi anche agli altri tribunali. Si è però discusso in dottrina circa il valore di questi interventi pontifici. Qualche autore ha sottolineato il valore magisteriale di questi discorsi, ai quali si dovrebbero l'ossequio dell'intelletto e della volontà, senza dubitare sul loro valore cogente per chi giudica in nome del Papa³¹. Sottolineando questo valore cogente c'è chi non ha dubitato dell'efficacia normativa di queste allocuzioni³², men-

pleto e può essere armonizzato con l'art. 126 della *Pastor bonus* relativo al ruolo della giurisprudenza rotale.

³⁰ Cf. in questo senso G.P. Montini, «La giurisprudenza dei Tribunali Apostolici e dei Tribunali delle Chiese particolari», *Il Diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano 1996, 119, che cita a sostegno di questo assunto K. Mörsdorf, «Die Autorität der rotalen Rechtsprechung», *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 131 (1962) 415-432.

³¹ Cf. G. Comotti, «Le allocuzioni del Papa alla Rota romana e i rapporti tra magistero e giurisprudenza canonica», in S. Gherro (ed.) *Studi* (cf. nt. 14), 173-185.

³² Cf. J. Llobell, «Sulla valenza giuridica dei Discorsi del Romano Pontefice al Tribunale Apostolico della Rota Romana», *Ius Ecclesiae* 17 (2005) 547-564, il quale crede di poter ricondurre i discorsi a due categorie di atti giuridici normativi (quella dell'interpretazione della legge e quella della manifestazione della *mens legislatoris*).

tre qualche autore ne ha riconosciuto solo una funzione dottrinale-direttiva³³.

Non è possibile in queste poche pagine affrontare questa difficile questione. Basti far notare, oltre all'efficacia pratica che questi discorsi posseggono per unificare la giurisprudenza almeno all'interno della Rota, la necessità di non impostare il problema sotto il profilo meramente formale, come se tutta l'efficacia dipendesse dalla categoria formale delle *allocutiones*. La questione non è tanto quale sia il valore formale di questi discorsi, quanto il loro valore sostanziale. Seguendo il filo conduttore di questo lavoro, si potrebbe affermare che il valore delle *allocutiones* risiede soprattutto nel loro contenuto, in quanto esse evidenziano una *ratio iuris* (spesso di diritto naturale) la quale è cogente per il giudice, prima ancora che per la dipendenza gerarchica di questi rispetto all'autore del discorso, per il semplice fatto che gli viene presentata la *ratio* che palesa un diritto che egli deve dichiarare. A ciò si aggiunga il fatto che la certezza della *ratio* viene garantita dall'autorità propria del magistero ordinario del Romano Pontefice, sebbene ciò non avvenga attraverso un atto giuridico formale³⁴.

5. Considerazioni conclusive.

La considerazione circa la funzione nomopoietica della giurisprudenza porta a evidenziare le caratteristiche singolari di questa fonte suppletiva, che è al contempo, senza ombra di dubbio, criterio interpretativo della legge. Certamente è presente un influsso reciproco tra legislazione, dottrina scientifica e giurisprudenza, ma ognuna di queste fonti opera secondo il

³³ Cf. U. Navarrete, «Independencia de los jueces eclesiásticos en la interpretación y aplicación del derecho: formación de jurisprudencias matrimoniales locales, in *Estudios Eclesiásticos* 74 (1999) 661-696 (specie 680-683) e Idem, «Introduzione», in G. Erlebach (ed.), *Le allocuzioni dei Sommi Pontefici alla Rota Romana (1939-2003)*, Città del Vaticano 2004, 7-15.

³⁴ «L'interpretazione autentica della parola di Dio, operata dal magistero della Chiesa, ha valore giuridico nella misura in cui riguarda l'ambito del diritto, *senza aver bisogno di nessun ulteriore passaggio formale per diventare giuridicamente e moralmente vincolante*» (Giovanni Paolo II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2005, *AAS* 97 (2005) 166: il corsivo è mio). L'argomentazione ha lo stesso valore indipendentemente dalla categoria formale dell'atto magisteriale.

modo suo proprio. La giurisprudenza opera nell'ambito del foro: gli avvocati potranno invocarla per chiedere coerenza nell'amministrazione della giustizia, il tribunale superiore potrà imporla al momento di conoscere una causa giudicata nell'istanza inferiore, ecc.

L'efficacia pratica della giurisprudenza deve seguire necessariamente l'alveo proprio di questa fonte senza pretendere di emulare il modo di operare delle altre fonti. Affinché possa espletare la sua funzione, è chiaro che la giurisprudenza deve essere conoscibile e conosciuta. Poiché il valore specifico della giurisprudenza diversamente da quello della dottrina scientifica, è quello di essere la dottrina applicata nel foro, in modo tale che sorge un diritto ad essere giudicato *similiter ex similibus*, la sua pubblicazione deve essere completa. Nel caso della giurisprudenza rotale, dalla considerazione della sua funzione di provvedere all'unità della giurisprudenza nella Chiesa, si deduce come conseguenza necessaria, che essa, per poter compiere la sua missione secondo il suo modo proprio, dovrà essere *ufficialmente* pubblicata in modo *completo* (fermo restando la possibilità di fare qualche eccezione per causa grave, come per esempio, quando è impossibile mantenere la dovuta riservatezza)³⁵.

La prassi attuale consistente nel pubblicare solo una selezione di sentenze (oltre ad altre pubblicazioni private su riviste scientifiche) implica, a mio avviso, una confusione tra dottrina scientifica e dottrina giurisdizionale. Peraltro, si può agevolmente osservare che non di rado nelle sentenze pubblicate ci sono lunghi ragionamenti non direttamente attinenti alla

³⁵ Ciò non toglie che per un'effettiva diffusione e per superare le difficoltà linguistiche possa essere utile, come prospettato da alcuni autori, la pubblicazione dei massimari nelle principali lingue (Cf. J. Llobell, «Perfettibilità e sicurezza...» (cf. nt. 11), 1254 e G.P. Montini, «L'unità della giurisprudenza: Segnatura Apostolica e Rota Romana», *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale, Quaderni della Mendola*, 6, Milano 1998, 235).

Recentemente la *Lex propria* della Segnatura Apostolica (art. 11 § 4) ha disposto che «ipse [Praepositus Cancellariae] curat ut omnes decisiones colligantur, quorum aliquae, quotannis a Praefecto in Congressu selectae, ope Supremi Tribunalis publici iuris fiunt» (Benedetto XVI, m. pr. *Antiqua ordinatione*, 21 giugno 2008, *AAS*, 100 (2008) 513-538). È un passo in avanti la pubblicazione ufficiale della giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, richiesta da tempo dalla dottrina (in diversi interventi di un Convegno relativo al contenzioso amministrativo è stata segnalata questa necessità; cf. E. Baura – J. Canosa [ed.], *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano 2006). Sarebbe auspicabile che la prassi interpreti la selezione delle sentenze esclusivamente come possibilità di non pubblicare qualche sentenza per causa grave ed eccezionale.

fattispecie giudicata, i quali, non essendo la *ratio* applicata ad una decisione giudiziaria, non possono avere altro valore di quello proprio della dottrina scientifica. Del resto, ritengo che l'appropriazione della sentenza da parte del ponente, al punto di essere lui a decidere se e come pubblicare la sentenza, sia una manifestazione della confusione esistente tra giurisprudenza e dottrina scientifica. Sarebbe, quindi, auspicabile una redazione più concisa delle decisioni giudiziarie, che consentirebbe tra l'altro ai singoli giudici di pubblicare dei saggi scientifici frutto dell'esercizio della loro professione giudiziale. Ritengo, insomma, che l'operatività della giurisprudenza non possa realizzarsi *per modum doctrinae*.

Le difficoltà pratiche di rendere concretamente efficace il ruolo di unificare la giurisprudenza rotale, dovute alle caratteristiche, già segnalate, dell'attuale sistema giudiziario della Chiesa, si devono superare per vie diverse da quelle della pubblicazione parziale e sparsa di essa. A parte le possibili segnalazioni *de iure condendo*, volte a rendere il sistema più coerente ed efficace, penso che si potrebbe anzitutto provvedere all'unità della giurisprudenza all'interno della stessa Rota, prevedendo, per esempio, il rinvio ad una sessione *videntibus omnibus* nel caso di contrasto di dottrina³⁶. Rispetto all'effettiva unità di giurisprudenza in tutta la Chiesa, penso che nel sistema attuale non la si possa raggiungere se non attraverso un'efficace vigilanza dei tribunali da parte della Segnatura Apostolica, che comprenda il vaglio delle sentenze anche sotto il profilo della loro congruenza con la giurisprudenza rotale³⁷, oltre che, naturalmente, la pubblicazione integrale della giurisprudenza della Rota romana.

³⁶ In questo senso cf. J. Llobell, «Perfettibilità e sicurezza...» (cf. nt. 11), 1253-1254.

³⁷ In proposito si legge nel proemio dell'Istruzione *Dignitas connubii*, emanata dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi il 25 gennaio 2005: «Ad obtinendam praeterea in tota Ecclesia illam unitatem fundamentalem iurisprudentiae, quam exigunt causae matrimoniales, necesse est ut omnia tribunalia inferioris gradus ad Tribunalia Apostolica prospiciant, scilicet ad Tribunal Rotae Romanae, cuius est "unitati iurisprudentiae" consulere "et, per proprias sententias, tribunalibus inferioribus auxilio" esse (*Pastor bonus*, art. 126), atque ad Supremum Tribunal Signaturae Apostolicae, ad quod spectat "praeter munus, quod exercet, Supremi Tribunalis", consulere "ut iustitia in Ecclesia recte administretur" (*Pastor bonus*, art. 121)». Sul tema cf. V. De Paolis, «Amministrazione della giustizia e situazione dei tribunali ecclesiastici», *Revista Española de Derecho Canónico* 64 (2007) 352-353.

Abstract

L'articolo cerca di determinare il valore canonico della giurisprudenza e, più concretamente, quello della giurisprudenza della Rota romana. Si evidenzia che la giurisprudenza è l'insieme di *rationes* giuridiche individuate nell'esercizio dello *ius dicere*. Si sottolinea che il compito del giudice non è quello di applicare meccanicamente una norma astratta ad una fattispecie concreta, ma si rileva il carattere prudenziale dell'arte del giudice. Ne segue che il valore della giurisprudenza è costituito dalla verità di quelle *rationes* e dal valore del precedente. In seguito si esamina il valore formale della giurisprudenza attribuito dal Codice, e lo si distingue da quello delle norme generali e astratte. Infine, si esamina il ruolo della Rota romana di provvedere all'unità della giurisprudenza. Si conclude che la Rota dovrà contribuire all'unità della giurisprudenza attraverso il modo proprio di operare della giurisprudenza, cioè mediante l'esercizio della funzione giudiziale, senza confondere la dottrina giurisprudenziale con quella dottrinale.

The article seeks to determine the canonical value of jurisprudence, and, more concretely, the jurisprudence of the Roman Rota. It will be made evident that jurisprudence is the collection of the juridical rationes individuated in the exercise of the ius dicere. It will be emphasized that the task of the judge is not that of mechanically applying an abstract norm to a concrete case in point, but the prudential character of the art of the judge will be revealed. From this, it follows that the value of jurisprudence is established from the truth of those rationes and the value of precedent. Next, the formal value that the Code attributes to jurisprudence will be examined, and how jurisprudence distinguishes itself from general and abstract norms. Finally, the role of the Roman Rota will be examined as it provides for the unity of jurisprudence. It will be concluded that the Rota should contribute to the unity of jurisprudence through the proper mode of jurisprudential operation, that is, through the exercise of the judicial function, without confusing the jurisprudential knowledge with doctrinal knowledge.

la funzione giudiziale diversa da quella proveniente dalla concezione normativista del diritto, la quale considera il giudice un mero esecutore della norma. Benché non sia lo scopo diretto di questo lavoro, le riflessioni sul valore intrinseco della giurisprudenza potranno forse offrire qualche linea pratica da seguire nell'amministrazione della giustizia nella Chiesa.

2. Concetto e valore intrinseco della giurisprudenza

La regola classica che vuole che prima di approfondire un determinato argomento ne venga ben definito l'oggetto, in questo caso non è banale, in quanto le questioni dibattute dipendono in parte dal concetto adoperato di giurisprudenza. Non è quindi superfluo rammentare alcune nozioni fondamentali che offrano basi solide per una riflessione sul ruolo della giurisprudenza nella Chiesa.

Anzitutto può essere utile ricordare che la giurisprudenza è la dottrina giuridica soggiacente alle pronunce giudiziali, è l'insieme dei ragionamenti che giustificano le decisioni del giudice, in definitiva le *rationes sententiarum*, quando tale dottrina si consolida mediante la sua ripetuta applicazione nel foro. Invero, dette *rationes* si identificano con la motivazione della sentenza, come la terminologia del Codice fa notare (cann. 1609 § 2, 1611 n. 3, 1612 § 3, 1622 n. 2)¹. In altre parole, la giurisprudenza è la dottrina che è servita più volte per motivare le sentenze.

Non si deve confondere (anche se nel linguaggio comune, nella "prassi", appunto, talvolta si usa come sinonimo) la giurisprudenza con la prassi amministrativa, e ciò non solo per motivi formali, ma per la differenza esistente tra la dottrina soggiacente alla dichiarazione di ciò che è giusto e le ragioni (per lo più di opportunità) di una decisione amministrativa costitutiva di un nuovo diritto.

Va anche rilevata la differenza esistente tra la giurisprudenza e la dottrina scientifica, sebbene si tratti di fenomeni simili. La funzione del giudice è quella di *ius dicere*. Allo scopo di discernere lo *iustum* occorre individuare il titolo del diritto, ragionare fino ad arrivare alla soluzione giusta del problema. La giurisprudenza – cioè la dottrina che determina una decisione

¹ Cf. J. Llobell, «La genesi della sentenza canonica», in P.A. Bonnet – C. Gullo (ed.), *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, 695-734.

giudiziale – è, quindi, frutto dello sforzo intellettuale teso a comprendere la *ratio iuris* di una fattispecie concreta. La finalità della dottrina scientifica, invece, è quella di conoscere il diritto nella Chiesa, individuandone le cause. La ricerca sulle cause dello *iustum* nella Chiesa crea un corpo dottrinale, un insieme cioè di criteri atti a discernere ciò che è giusto. Emerge dunque chiaramente un elemento comune tra giurisprudenza e dottrina; non per nulla si parla di dottrina giurisprudenziale e dottrina scientifica. Tuttavia, ci sono degli elementi distintivi che vanno evidenziati.

La dottrina scientifica ragiona in modo astratto; anche quando utilizza la casistica, essa non è che un metodo per arrivare ad un principio generale. La dottrina giurisprudenziale, invece, pur rifacendosi anche ai principi generali – partendo da essi in modo deduttivo oppure arrivandoci per induzione – è creata a partire dalla soluzione giusta del caso concreto. Ad ogni modo, la differenza fondamentale tra la giurisprudenza e la dottrina scientifica non risiede tanto nel modo di produzione dei criteri dottrinali, quanto nel fatto che la dottrina giurisprudenziale è prodotta in occasione dell'esercizio di una potestà pubblica (quella di giudicare in modo vincolante) ed è quindi costituita dalle *rationes* che sono storicamente servite a far valere i diritti². A partire da queste considerazioni si può tentare di affrontare il tema del valore della giurisprudenza.

La giurisprudenza è giustamente chiamata anche dottrina giurisprudenziale. Un suo primo valore è, infatti, quello proprio della dottrina, quello, cioè, di esprimere una verità relativa alla giustizia. Inoltre, essendo una dottrina costruita in occasione della soluzione vincolante di un *dubium* su un diritto, ha anche il valore generale (oltre a quello particolare, solo per le parti, proprio delle decisioni giudiziali) di costituire un precedente nell'amministrazione della giustizia.

Non interessa qui discutere su quale sia il valore che è stato formalmente riconosciuto alla giurisprudenza lungo la storia della Chiesa. È noto, comunque, che già Innocenzo III avvertì che «in similibus casibus ceteri teneantur similiter iudicare»³. Ad ogni modo, il valore del precedente ha una

² C'è chi ha distinto la giurisprudenza in senso oggettivo, che sarebbe il «complexus decisionum uniformium», dalla giurisprudenza in senso formale, la quale sarebbe la «ipsa auctoritas quae iisdem decisionibus accedit, utpote uniformiter latis». Cf. Z. Varalta, «De iurisprudentiae conceptu», *Periodica* 62 (1973) 40.

³ X 2.27.19. Per alcuni dati storici sul valore della giurisprudenza nella storia del diritto

ragion d'essere intrinseca, indipendentemente da quello eventualmente riconosciuto dal sistema giuridico, sia esso di stampo giurisprudenziale o codicistico. Infatti, il principio giuridico (di giustizia) di uguaglianza dinanzi all'amministrazione di giustizia impone che una persona sia giudicata con lo stesso criterio utilizzato per giudicare precedentemente un altro caso se è presente la stessa *ratio iuris*, a meno che si dimostri l'inconsistenza di tale *ratio*.

Giunti a questo punto, può essere opportuno richiamare l'attenzione sul rapporto tra la sentenza e il diritto. La funzione specifica del giudice è quella dello *ius dicere*, e cioè dichiarare il diritto di ognuno. Si osserva, però, come la sentenza dichiarativa abbia pur sempre un qualche valore costitutivo, almeno nel senso che il diritto che prima non poteva essere efficace perché dubbio, dopo la sentenza spiega tutta la sua efficacia, avendo come titolo certo la sentenza stessa. In questo senso si afferma giustamente che *sententia facit ius inter partes*. Inoltre, non di rado il giudice (ecclesiastico o civile) deve provvedere ad aspetti che comportano la costituzione di nuovi diritti (determinazione di un dovere patrimoniale o di una condotta personale, ecc.); in questi casi, il giudice svolge in realtà un'attività di tipo amministrativa, in quanto non dichiara un diritto preesistente ma lo costituisce. Siccome, però, anche nell'ipotesi di costituzione di nuovi diritti il giudice deve rispettare la realtà giuridica preesistente, la giurisprudenza può essere di aiuto per assumere il provvedimento senza ledere altri diritti. Nel motivare questi provvedimenti costitutivi si crea anche una dottrina che, a rigore, piuttosto che giurisprudenziale dovrebbe essere considerata amministrativa; in ogni caso, essa ha il valore del precedente che deve essere tenuto presente per rispettare le esigenze della giustizia distributiva. Ritengo che la discussione sul valore creatore o solo mediatore (tra la legge e la fattispecie concreta) della giurisprudenza andrebbe impostato alla luce di queste considerazioni.

Dalle riflessioni ora proposte si può evincere che la giurisprudenza ha un doppio valore intrinseco: quello tipicamente dottrinale (le *rationes* apportate nella ricerca dello *iustum*, presenti soprattutto nelle pronunce dichiarative) e quello proprio dello *stare decisis*, quale principio della giusti-

canonico, cf., per esempio, Z. Varalta, «De iurisprudentialia...» 44-49, e G. Fransen, «La valeur de la jurisprudence en droit canonique», *La norma en el Derecho Canónico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico. Pamplona 10-15 de octubre de 1976*, vol. 1, Pamplona 1976, 197-212.

zia distributiva necessario per rispettare l'uguaglianza dinanzi all'amministrazione della giustizia.

Il valore dottrinale dipende ovviamente dall'attendibilità del ragionamento. È evidente qui il reciproco influsso che può e deve esserci tra la dottrina scientifica e quella giurisprudenziale. Ma a ben guardare, anche il valore del precedente dipende in ultima analisi dalla verità del ragionamento adoperato precedentemente: se viene a dimostrarsi la falsità della *ratio* adoperata precedentemente forse non si potrà azzerare il valore della *res iudicata*, ma si dovrà necessariamente cambiare indirizzo giurisprudenziale. Ne segue che il cambiamento della giurisprudenza non avviene al modo, assai rigido, della legge; certamente una dottrina giurisprudenziale può venir meno per la cessazione di una legge sulla quale poggia, ma altresì per una migliore interpretazione, la quale può poggiare su di un'opinione dottrinale o costituire una nuova argomentazione in sede giudiziaria.

Affinché la giurisprudenza possa compiere la sua funzione propria, e cioè quella di fornire delle indicazioni vincolanti attraverso le *rationes iuris* individuate ed il valore del precedente, appare essenziale la sua pubblicazione. Infatti, se da un lato, per consolidare le idee contenute in un determinato indirizzo giurisprudenziale, si rende necessario il confronto con la dottrina scientifica - circostanza che necessita l'accessibilità a tutti della dottrina giurisprudenziale -, dall'altro, l'utilizzo di un precedente esige la sua conoscibilità da parte del giudice nonché delle parti del processo. Una pubblicazione solo parziale della giurisprudenza si presenta, quindi, quale situazione anomala in cui occorrerebbe fare alcuni distinguo rispetto al valore della dottrina contenuta nelle singole sentenze.

L'evoluzione o i cambiamenti giurisprudenziali che possono verificarsi in seguito ad uno stimolo da parte della dottrina scientifica o per via della difesa di una determinata tesi in sede giudiziaria, avverranno mediante l'assunzione del nuovo indirizzo da parte di una decisione giudiziale. In altre parole, i cambiamenti giurisprudenziali avvengono mediante il normale esercizio della funzione giudiziaria, fermo restando il fatto che una determinata dottrina giurisprudenziale cadrebbe qualora poggiasse su una legge positiva che venisse a cessare. Parimenti, il modo naturale con cui la giurisprudenza può far valere il suo intrinseco valore si realizzerà attraverso la funzione giudiziaria: le parti interessate, infatti, hanno contezza di quale sia la dottrina giurisprudenziale usata nei tribunali; ed allo stesso modo i tribunali inferiori, pur dovendo giudicare in modo indipendente e secondo

coscienza, sono consapevoli di quale sia la dottrina del tribunale superiore a cui le parti potranno appellare.

3. Il valore formalmente attribuito dal Codice alla giurisprudenza

La codificazione ha indotto la canonistica a porsi il problema delle fonti normative e, quindi, del valore normativo della giurisprudenza⁴. Peraltro è proprio del movimento codificatore la pretesa di creare un corpo legale capace di racchiudere l'intera realtà in un sistema normativo logico. I Codici civili, consapevoli della concreta difficoltà di prevedere tutto, nonostante il ricorso a norme contenenti dei principi generali, e volendo al contempo garantire che il giudice – il cui compito è concepito come quello di applicare la legge – non eludesse il suo obbligo con la scusa della mancanza di una norma applicabile, nello stabilire il dovere del giudice di giudicare (nei limiti della sua competenza), istituiva all'interno del sistema normativo delle fonti suppletive capaci di riempire gli eventuali vuoti legali, superando in questo modo l'*horror vacui* caratteristico del normativismo.

Il Codice canonico, invece, ha distinto le due questioni. Da una parte, ha previsto come condotta delittuosa quella del giudice che, essendo evidentemente competente, si rifiuta di giudicare (can. 1457 § 1, che contiene una specificazione del can. 1389) e, dall'altra, ha considerato in sede di norme generali una serie di fonti di carattere suppletivo. È in questo contesto che appare l'indicazione della giurisprudenza come fonte suppletiva. Mentre il Codice piano-benedettino, infatti, alludeva genericamente allo *stylus Curiae*, quello attuale menziona espressamente al can. 19 la giurisprudenza: «si certa de re desit expressum legis sive universalis sive particularis praescriptum; aut consuetudo, causa, nisi sit poenalis, dirimenda est attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis, iurisprudentia et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia»⁵.

⁴ Cf. J.M^a González del Valle, «Dottrina, giurisprudenza e prassi nella costruzione del sistema canonico», in J.I. Arrieta - G.P. Milano (ed.), *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, Città del Vaticano 1999, 391-415.

⁵ Si è soliti far notare che parlando di lacuna di legge, l'attuale can. 19 precisa, diversamente dalla stesura anteriore, che essa si verifica in mancanza di una disposizione di legge «o

La riflessione della canonistica dell'ultimo secolo sul valore normativo della giurisprudenza si pone all'interno dello studio del problema delle lacune di legge e del valore delle fonti suppletive, e si sviluppa a partire dall'esegesi del can. 20 del vecchio Codice (e del 19 di quello vigente). Prendendo spunto dalla dottrina di due autori emblematici commentatori del Codice del 1917, Van Hove e Michiels, si può vedere come la loro riflessione sia cominciata dall'espressione del vecchio can. 20 «norma sumenda est», con il quale era indicato il comportamento che si sarebbe dovuto tenere in caso di mancanza di legge.

Per il primo autore citato, si tratterebbe di una vera creazione normativa, giacché il legislatore non avrebbe posto il principio generale che viene invece desunto da colui che colma la lacuna legale, tuttavia questa nuova norma sarebbe applicabile solo al caso concreto⁶. Secondo Michiels, invece, il giudice, mediante il ricorso alle fonti richiamate, definirebbe materialmente la norma (*norma sumenda* equivale a *norma erudienda seu confi-cienda*); tale norma materialmente creata diverrebbe formalmente *norma*

di consuetudine», confermando quindi che la consuetudine si trova allo stesso livello normativo della legge. In realtà, la formula vigente è più chiara, ma non ha introdotto alcuna novità, poiché già il Codice piano-benedettino, come fecero notare i suoi commentatori, aveva riconosciuto alla consuetudine la «vim legis» e, pertanto, laddove ci fosse una consuetudine non ci sarebbe nessuna lacuna legale. Il can. 1501 del CCEO, invece, stabilisce un sistema di fonti diverso: «Si certe de re deest expressum praescriptum legis, causa, nisi est poenalis, dirimenda est secundum canones Synodorum et sanctorum Patrum, legitimam consuetudinem, generalia principia iuris canonici cum aequitate servata, iurisprudentiam ecclesiasticam, communem et constantem doctrinam canonicam». Il riferimento alla consuetudine fra le fonti suppletive non appare del tutto corretto sotto il profilo tecnico, in quanto lo stesso Codice orientale riconosce «vim iuris» alla consuetudine, in grado anche di abrogare una legge (can. 1507), e considera indubbiamente la consuetudine una fonte primaria, nello stabilire al can. 1515, con redazione pressoché identica al can. 38 del Codice latino, che un atto amministrativo non può essere contrario ad una legittima consuetudine.

È da notare che il can. 19 contiene l'inciso «nisi [res] sit poenalis». Nell'escludere la materia penale dalle lacune legali si sta rafforzando il principio di legalità penale (*nullum crimen, nulla poena sine lege poenali praevia*), in parte enunciato nel can. 221 § 3 («christifidelibus ius est, ne poenis canonicis nisi ad normam legis plectantur»). Si perde questa coerenza, però, con il disposto del can. 1399 (secondo cui «praeter casus hac vel aliis legibus statutos, divinae vel canonicae legis externa violatio tunc tantum potest iusta quidem poena puniri, cum specialis violationis gravitas punitionem postulat, et necessitas urget scandala praeveniendi vel reparandi»), il quale si trova peraltro in un posto sistematico particolarmente significativo (canone unico dell'ultimo Titolo del Libro dedicato alle sanzioni nella Chiesa).

⁶ Cf. A. Van Hove, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae-Romae 1930, n. 314.

iuris per il consenso del legislatore (il quale lo ha dato previamente, in modo generale, appunto nel disposto del can. 20). Michiels afferma però che la norma così creata dall'autorità ecclesiastica non sarebbe valida per tutti, ma pur sempre una norma di diritto obiettivo, giacché così è stato concesso dal legislatore supremo. Poiché si tratta di una norma di diritto obiettivo, l'autorità che l'ha (materialmente) creata potrà applicarla in futuro, ben inteso, però, che non è obbligata a farlo in quanto non si tratta di una vera legge. Giova far notare che tutto il discorso di Michiels parte dal presupposto che «*determinatio auctoritativa juris subjectivi enim necessario praesupponit ut fundamentum jus objectivum normativum*»⁷.

In questa cornice nasce la discussione canonistica circa il valore normativo delle sentenze e la funzione nomopoietica della giurisprudenza. Alcuni autori, facendo leva sul fatto che la sentenza *facit ius inter partes*, e partendo dal principio che il giudice non può considerarsi un mero applicatore della legge, dal momento che egli gode di una certa discrezionalità nell'individuare la norma applicabile, ritengono che compito del giudice sia quello di dare la norma, al punto di pensare che nei casi di lacuna legale debba essere egli stesso a produrla⁸. Altri, invece, fanno notare che al giudice spetta applicare la legge, in modo tale che egli potrà integrare la genericità di una norma, ma non potrà mai crearla. Per quanto riguarda, invece, il caso specifico del giudizio sulla validità del matrimonio, il giudice non potrà creare un nuovo *caput nullitatis* allegando l'esistenza di una lacuna legale in proposito⁹.

In stretto collegamento con il problema relativo al valore normativo o meno della singola decisione giudiziaria viene affrontata la questione della funzione nomopoietica della giurisprudenza. Parte della dottrina ha fatto rilevare come la dottrina giurisprudenziale canonica sia stata di fatto all'origine di importanti disposti legislativi, persino in materia matrimoniale¹⁰; qualche autore ha sostenuto il carattere normativo della giurisprudenza portan-

⁷ G. Michiels, *Normae generales iuris canonici*, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, 589.

⁸ Cf., per esempio, F. Finocchiaro, «La giurisprudenza nell'ordinamento canonico», *La norma* (cf. nt. 3), 989-1007.

⁹ Cf., per esempio, A. Stankiewicz, «Interpretazione della legge con riferimento alle funzioni della potestà ecclesiastica», *Apollinaris* 52 (1979) 416-441.

¹⁰ Cf., per esempio, P. Moneta, «Giurisprudenza e diritto matrimoniale nell'ordinamento canonico», *La norma* (cf. nt. 3), 1045-1069.

do a sostegno di tale assunto tra l'altro il fatto che la Rota romana talvolta "formalizzerebbe" il diritto divino¹¹; altri hanno riconosciuto la funzione nomopoietica della giurisprudenza, anche in ossequio al disposto del can. 19, ma entro i limiti dell'integrazione della norma generica, senza poter innovare la legislazione vigente, come accadrebbe, ad esempio, con la creazione di un nuovo *caput nullitatis*¹². Il riconoscimento alla giurisprudenza di un certo valore normativo pone il problema di fissare i limiti entro i quali sarebbe possibile accettare l'interpretazione evolutiva della legge¹³. Qualche autore, in base al riconoscimento, anche codiciale, del valore normativo della giurisprudenza, l'ha equiparata alla consuetudine¹⁴. Proprio come reazione al riconoscimento della giurisprudenza quale fonte normativa pressoché autonoma, c'è chi ha sottolineato che la funzione giudiziaria si esaurirebbe con l'applicazione della legge, in modo tale che sarebbe un abuso la pretesa della giurisprudenza evolutiva in quanto finirebbe per sostituirsi al legislatore¹⁵.

Ritengo che, sulle questioni ora accennate, possa aiutare a fare chiarezza l'avviare una riflessione circa il compito del giudice partendo, però, da una concezione realistica della giustizia, che porterebbe a superare lo schema di pensiero secondo cui il giudice altro non dovrebbe fare che applicare dall'esterno una norma generale ad una fattispecie concreta. Va tenuto presente che il punto di partenza segnato dal disposto codiciale sulle fonti suppletive può risultare fuorviante, in quanto dipende dalla visione normativista del diritto propria del movimento codificatore. Giova, infatti, ricordare che la previsione di un sistema di fonti suppletive per i casi di lacuna

¹¹ Cf. J. Llobell, «Perfettibilità e sicurezza della norma canonica. Cenni sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana nelle cause matrimoniali», *Ius in vita et in missione Ecclesiae: acta Symposii Internationalis Iuris Canonici: occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati*, Città del Vaticano 1994, 1231-1258.

¹² Cf. F. Coccopalmerio, «La Rota Romana e l'interpretazione della legge», *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 115-130.

¹³ Sul tema vedi, per esempio: A. Stankiewicz, «Interpretazione della legge...» (cf. nt. 9), 432-438; G. Delgado del Río, «La interpretación evolutiva de la norma», *La norma* (cf. nt. 3), 1085-1103; M. López Alarcón, «La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes de Derecho Canónico», *La norma* (cf. nt. 3), 1105-1112.

¹⁴ Cf. M.F. Pompèdda, «La funzione della giurisprudenza nel diritto matrimoniale canonico», in S. Gherro (ed.), *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Padova 1988, 9.

¹⁵ Cf. V. De Paolis, «La giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana e i tribunali locali», *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 133-135.

legale è conseguenza dell'ideale della codificazione, il quale pretende di dare una soluzione legislativa a qualsiasi problema giuridico che possa presentarsi. Tale pretesa nasce proprio da una visione normativista del diritto: la soluzione giusta di un caso concreto dipenderebbe solo da quanto previamente stabilito da una norma, onde la necessità di prevedere una soluzione normativa per qualsiasi evenienza.

È interessante far notare come Hans Kelsen, autore assai emblematico del positivismo giuridico, negasse l'esistenza delle lacune legali, giacché, dalla sua prospettiva, concludeva (logicamente) che se non c'è una legge non ci sarebbe nessuna questione giuridica (sarebbe una questione politica o di altra natura), visto che per lui il diritto altro non è che la legge positiva¹⁶. Altri autori, muovendo sempre dallo stesso presupposto positivisticò, non potendo negare l'esistenza delle lacune legislative (spesso "tecniche", provocate dalle stesse leggi), si rifanno alla completezza dell'ordinamento giuridico per affermare che a partire da esso, per via di analogia, si potrà sempre trovare la norma da applicare al caso concreto, in modo tale che potrà esservi una lacuna di legge, ma non una lacuna di ordinamento; in questa corrente di pensiero si inserisce la determinazione di un sistema di fonti suppletive capace di fornire sempre una norma applicabile.

Se, invece, si esaminano i rapporti interpersonali di giustizia con realismo, si vede come il diritto, il *suum* di ognuno che bisogna rispettare, debba sempre avere una causa, un titolo che attribuisce quello *ius* ad un soggetto, ma tale titolo non dovrà necessariamente essere una norma positiva. Va ribadita, infatti, l'esistenza di diritti senza un titolo normativo: oltre ai diritti provenienti direttamente dall'azione dei singoli, va ricordato che i diritti naturali sono chiamati così proprio perché il loro titolo è la natura umana, così come anche il titolo dei diritti fondamentali dei fedeli è lo stesso battesimo, anziché una norma positiva (per quanto esista una norma che li dichiara). Da questa prospettiva, si conclude agevolmente che il compito del giudice non potrà consistere, come vorrebbe il positivismo giuridico, nell'operazione *logica* di applicare una regola generale ad una fattispecie concreta compresa nella formula astratta normativa, bensì nel giudizio *prudenziale* sullo *iustum* in un determinato caso, previa individuazione dei

¹⁶ Cf. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit*, Vienna 1960, 254-258. Per una critica a questa posizione cf. C.J. Errázuriz M., *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen: visión crítica*, Pamplona 1987, 277-280.

diritti coinvolti e dei loro rispettivi titoli (i quali potranno essere legali, altre volte no)¹⁷. Peraltro, anche quando un diritto ha come base una legge, la sentenza del giudice non è mai il risultato di un'operazione meramente logica, bensì un giudizio prudenziale sull'esistenza ed i contorni di un diritto in un caso concreto.

Muovendo sempre da questa concezione del diritto, quale oggetto della virtù della giustizia che non è necessariamente un prodotto della norma positiva, occorrerà riconoscere che ogni volta che si presenterà una causa *giuridica* da dirimere, sarà perché esisterà un problema di giustizia, una questione, cioè, relativa al dovere di dare a ciascuno il suo diritto, e, pertanto, dovrà esistere previamente un diritto, il che è possibile anche in presenza di una lacuna legislativa. Nel caso di lacuna legale, il fondamento e il titolo del diritto non si potranno rinvenire logicamente nella legge, in quanto la stessa non esiste. Dinanzi a questa situazione il compito del giudice sarà sempre lo stesso: *ius dicere*, individuando i titoli extralegali (la natura umana, la costituzione della Chiesa o altro) del diritto in questione. Non si tratterà, quindi, di creare (o di “desumere” dall'insieme dell'ordinamento giuridico) una norma, come unica possibilità di risolvere la causa giuridica in assenza di una legge, ma si dovrà individuare il diritto preesistente (appare invero più coerente la posizione radicale di Kelsen che nega il carattere di giuridicità a tutto ciò che non rientra nella fattispecie normativa). Da questa prospettiva, le parole sopra riportate del Michiels, con cui, seguendo la logica della formulazione del vecchio can. 20 («norma sumenda est»), si nega la possibilità di determinare in sede giudiziale un diritto senza un fondamento in un diritto oggettivo “normativo”, denotano da parte dell'illustre canonista – sia pure in maniera sicuramente inconscia – un positivismo giuridico sorprendente.

Benché fosse possibile un ordinamento giuridico aperto, che consentisse l'individuazione di titoli giuridici extralegali, il sistema canonico vigen-

¹⁷ Non per nulla la dottrina applicata nel foro viene classicamente chiamata “giurisprudenza”, prudenza del diritto. In seguito alla Rivoluzione francese, si esalta il principio di legalità e la necessità che il giudice (che in fin dei conti è un servitore del potere politico) sia sottoposto alla legge. Con il positivismo giuridico si giunge alla concezione del ruolo del giudice come qualcosa di meccanico, tralasciando la tradizione della “*iuris-prudentia*”. Al riguardo, in sede di filosofia del diritto, tra tanti autori meritevoli di essere menzionati, sono interessanti le recenti considerazioni di F. Gentile, «Le tre stanze della filosofia del diritto», *Ius Ecclesiae* 20 (2008) 513-536.

te segnala un insieme di fonti normative suppletive. Il Codice attuale non impiega più l'espressione «norma sumenda est», ma afferma che in caso di mancanza di norma «causa dirimenda est», il che potrebbe facilitare l'impostazione di un discorso più realistico (sebbene la validità di questo non dipenda, ovviamente, dalle espressioni adoperate dal Codice). In ogni caso, stando al tenore letterale del Codice, in caso di vuoto legale, il giudice non sarebbe libero nella ricerca della soluzione giusta, ma sarebbe obbligato dal can. 19 a far ricorso alle fonti specificamente determinate. Ci si potrebbe comunque chiedere quanto aggiunga effettivamente il can. 19 alla risoluzione di un caso privo di una norma espressa, in quanto è evidente che le fonti suppletive segnalate dal legislatore hanno un valore giuridico intrinseco, perché ancorate alla giustizia, indipendentemente dal loro riconoscimento come fonti suppletive. D'altronde, il valore intrinseco di queste fonti spiega come esse siano anche – come riconosciuto comunemente dalla dottrina – criteri interpretativi della legge e non solo fonti suppletive di essa.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, è stato già segnalato il suo duplice valore di giustizia, quale dottrina sul diritto e come precedente da tenersi presente in un'amministrazione ugualitaria della giustizia. Naturalmente, la funzione nomopoietica della giurisprudenza è un valore derivato della giurisprudenza stessa, anziché una finalità principalmente e direttamente ricercata. Talvolta si ha l'impressione che quando qualche canonista parla del valore normativo della giurisprudenza si riferisca alla capacità del giudice di creare una norma per la soluzione di un caso concreto. È chiaro, invece, che la fonte normativa giurisprudenziale riguarda la giurisprudenza precedente al caso che si presenta, la quale, considerata insieme alle altre fonti suppletive, aiuterà il giudice a *ius dicere*.

La considerazione della giurisprudenza come fonte suppletiva non può portare a confonderla con una norma generale astratta. La giurisprudenza può essere all'origine di una nuova legge (o di una consuetudine), come dimostrato dalla storia¹⁸. Tuttavia, non è funzione specifica della giurisprudenza quella di promuovere nuove legislazioni, né si trova qui il valore nor-

¹⁸ Naturalmente, non può confondersi la legge con la giurisprudenza che ne è all'origine. Né si può confondere la giurisprudenza con il fenomeno consuetudinario: la giurisprudenza non è una norma introdotta da una comunità mediante *usi* costanti, ma una *dottrina*, anch'essa costante, introdotta dai tribunali nell'amministrare giustizia. (Per un'opinione contraria cf. nt. 14).

mativo della giurisprudenza. La qualità cogente della giurisprudenza è diversa dalla norma legale o consuetudinaria. La giurisprudenza vincola con la sua dottrina, per il fatto che rispecchia la verità (e perciò decade davanti alla dimostrazione della ragione contraria) e perché è stata applicata in processi precedenti, ma non perché qualcuno (il legislatore o la comunità) abbia deciso di stabilire una regola astratta per il futuro¹⁹.

Se prima è stato criticato lo schema di pensiero che vorrebbe che la sentenza giudiziale fosse una mera applicazione logica della norma astratta al caso concreto, a maggior ragione sarebbe da biasimare la posizione di colui che, in difesa del valore normativo della giurisprudenza, pensasse ad un'applicazione meccanica della dottrina giurisprudenziale da parte del giudice (mediante l'operazione logica di applicare la regola generale astratta giurisprudenziale alla fattispecie concreta), per quanto la giurisprudenza sia stata annoverata tra le fonti suppletive. La dottrina giurisprudenziale è certamente un dato rilevante - anzi sotto il profilo formale una fonte suppletiva - da non misconoscere, ma necessariamente deve essere messa insieme ad altri dati (tra cui le altre fonti suppletive) per la soluzione giusta del caso concreto.

4. La questione dell'unità della giurisprudenza.

Oltre al riferimento esplicito alla giurisprudenza da parte del nuovo Codice, la cost. ap. *Pastor bonus* ha affidato alla Rota romana il compito di provvedere all'unità della giurisprudenza (art. 126), questione che ha suscitato l'interesse della dottrina.

Qualche autore ha messo in rilievo la necessità dell'unità giurisprudenziale rispetto all'unità sostanziale del problema da risolvere quale esigenza della certezza giuridica²⁰. Altri autori, invece, hanno propugnato la tesi secondo cui sarebbe più corretto parlare di "armonia" della giurisprudenza, piuttosto che di unità, facendo notare che anche i tribunali inferiori parte-

¹⁹ Certamente la giurisprudenza viene creata mediante la ripetizione di sentenze in uno stesso senso. È vero che nell'individuare i titoli giuridici è facile desumere una regola che possa avere valore per una generalità di casi, ma qui andrebbe ricordata l'ammonizione del giurista romano: «non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat» (Paulus, *Dig.* 16.17.2).

²⁰ Cf. J. Llobell, «Perfettibilità e sicurezza...» (cf. nt. 11), 1238-1242.

cipano della nota di apostolicità²¹, che bisogna garantire l'indipendenza del giudice (il quale deve svolgere il suo ruolo secondo coscienza)²² e che occorre considerare la diversità di sensibilità e di culture²³. Tuttavia, per quanto riguarda la nota dell'apostolicità, alcuni autori hanno rilevato che l'apostolicità applicata ai tribunali della Santa Sede è del tutto singolare proprio perché legata al *munus petrinum*²⁴.

La questione non può essere realisticamente affrontata senza tenere conto del fatto che la giurisprudenza rotale riguarda quasi esclusivamente la nullità del matrimonio. Rispetto alla giurisprudenza in materia matrimoniale bisogna anzitutto rilevare che l'oggetto del giudizio è sempre lo stesso (se consta con certezza morale la nullità di un vincolo matrimoniale). Le diversità culturali influiscono sulle modalità attraverso le quali si può presentare la nullità del matrimonio (in alcune regioni predominerà un determinato *caput* per simulazione, in altre risulterà più agevole evidenziare determinate patologie, ecc.), ma non interessa il nocciolo dell'oggetto stesso del giudizio (la validità del matrimonio), il quale appartiene all'ambito naturale (e "sopra-naturale") anziché a quello culturale. Considerando che l'oggetto del giudizio sarà sempre lo stesso, allora si comprenderà perché qualche autore abbia osservato che in realtà parlare di giurisprudenza unitaria sarebbe una tautologia²⁵; il brocardo *ubi eadem ratio iuris, ibi eadem iuris dispositio esse debet* è, infatti, un principio di giustizia ben saldo e condiviso da tutti. Del resto, dal punto di vista dell'autorità, va segnalato che in materia matrimoniale esiste una riserva di legge da parte della suprema autorità, onde i tribunali ad essa legati godono logicamente di un'autorità spe-

²¹ Cf. M. Arroba Conde, «Nuevas normas del Tribunal apostólico de la Rota Romana», F.R. Aznar Gil (ed.), *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 12, Salamanca 1996, 335-369.

²² Cf. C. Begus, *L'armonia della giurisprudenza canonica*, Roma 2002, 40-42.

²³ Cf. Idem, «Il ruolo della giurisprudenza nell'art. 126 della Costituzione Apostolica Pastor Bonus e nelle Allocuzioni di Giovanni Paolo II al Tribunale della Rota Romana», *Apollinaris* 86 (2003) 521-523. Una critica alla tesi di Arroba e Begus sull'"armonia" della giurisprudenza è stata realizzata da V. De Paolis, «La giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana e i tribunali locali», *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 131-165 (specie 137-152).

²⁴ Cf. G. Mattei, «Portata ed effetti della connotazione della Rota Romana quale Tribunale Apostolico», *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 171 e A. Stankiewicz, «Il Tribunale Apostolico della Rota Romana», *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 111-113.

²⁵ Cf. R. Rodríguez-Ocaña, «El Tribunal de la Rota y la unidad de la jurisprudencia», *Ius Canonicum* 30 (1990) 437.

ziale, come già segnalato dal Romano Pontefice prima ancora della cost. ap. *Pastor bonus*²⁶, al punto che il ruolo di guida dell'unitarietà della giurisprudenza si presenterebbe consequenziale.

Tutto ciò non significa che la giurisprudenza dei tribunali inferiori non abbia alcun valore giuridico. Anche la giurisprudenza di questi tribunali ha il duplice valore, sopra segnalato, intrinseco ad ogni giurisprudenza, e cioè: la forza della ragione e del precedente. Nel caso in cui ci fosse una tesi sostenuta da un tribunale inferiore, è giusto che essa sia invocata in un processo davanti al medesimo tribunale (mentre in un altro tribunale non avrebbe altro valore, a mio avviso, che quello di un'opinione dottrinale più o meno fondata). Sennonché in materia matrimoniale lo spazio lasciato ai tribunali inferiori, per le ragioni già evidenziate, è assai ristretto²⁷.

Altra questione è se la giurisprudenza di un tribunale inferiore in contrasto con la giurisprudenza rotale abbia qualche valore giuridico. A mio parere la risposta è negativa. Questo, però, non significa che il giudice non possa nei singoli casi, se propone ragionamenti convincenti in senso contrario, discostarsi dalla giurisprudenza rotale giudicando, quindi, secondo coscienza (come peraltro deve fare anche quando si tratta di applicare una legge)²⁸. Qualora i suoi ragionamenti si presentassero più convincenti della dottrina rotale, la stessa Rota potrà cambiare indirizzo giurisprudenziale. In questo caso, i tribunali inferiori contribuiranno alla formazione della giurisprudenza ecclesiastica²⁹.

²⁶ Cf. Giovanni Paolo II, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 1986, AAS 78 (1986) 921-925.

²⁷ A proposito di questa materia affermava Giovanni Paolo II che «è infatti temeraria ogni innovazione di diritto, sia sostantivo sia processuale, che non trovi alcun riscontro nella giurisprudenza o prassi dei tribunali e dicasteri della Santa Sede» (*Discorso alla Rota Romana*, 24 gennaio 1981, AAS, 73 [1981], 231) (corsivo dell'originale).

²⁸ È interessante il commento di C. Gullo («Giurisprudenza e politica giudiziaria ecclesiastica», *Il Diritto Ecclesiastico* 94/2 [1983] 436-451) ad una sentenza di un tribunale inferiore che si discosta dalla dottrina di una sentenza rotale precedente. L'autore (prima della promulgazione della cost. ap. *Pastor bonus*) sottolinea giustamente la libertà del giudice nel giudicare secondo coscienza, il fatto che una sentenza non fa giurisprudenza, e che la forza vincolante della giurisprudenza sta nel ragionamento. Tuttavia, oltre al vigente art. 126 della *Pastor bonus*, andrebbe tenuto presente quanto affermato circa la riserva pontificia della materia matrimoniale e la presunzione di razionalità della giurisprudenza rotale.

²⁹ In questo senso il disposto del can. 1501 del CCEO, il quale, anziché parlare della giurisprudenza della Curia romana si riferisce alla giurisprudenza ecclesiastica, appare più com-

Tanto l'eventuale influsso dal basso all'alto quanto quello della giurisprudenza rotale sugli altri tribunali si dovrebbe compiere in sede giudiziale: è chiaro che in previsione di un ricorso al tribunale della Rota il tribunale inferiore tenderà ad adeguarsi alla giurisprudenza rotale, così come potrà anche influire sulla Rota mediante gli opportuni ragionamenti contenuti in una sentenza che sarà rivista in Rota. L'alveo naturale dell'effettività della fonte giurisprudenziale è, insomma, quello giudiziario: sarà l'ordinato coordinamento delle impugnazioni a produrre di per sé stesso l'unità della giurisprudenza³⁰.

Ma è questo il punto in cui sorgono i problemi pratici derivanti dall'attuale organizzazione giudiziaria della Chiesa. Infatti, partendo dall'assunto che la Rota non è tribunale supremo, si deve altresì considerare che poche sono le cause che vi arrivano (si deve tener conto della possibilità della terza istanza nazionale, e dell'eliminazione della facoltà del difensore del vincolo, prevista nel Codice precedente, di appellare *ex conscientia* dopo la seconda sentenza affermativa) ed, inoltre, non è detto che all'interno della Rota stessa ci sia un'unitarietà della dottrina giurisprudenziale vista l'organizzazione per turni.

A questo proposito emerge la questione sul valore delle *allocutiones* annuali del Romano Pontefice alla Rota, le quali possono dare unità anzitutto alla stessa Rota, e poi anche agli altri tribunali. Si è però discusso in dottrina circa il valore di questi interventi pontifici. Qualche autore ha sottolineato il valore magisteriale di questi discorsi, ai quali si dovrebbero l'ossequio dell'intelletto e della volontà, senza dubitare sul loro valore cogente per chi giudica in nome del Papa³¹. Sottolineando questo valore cogente c'è chi non ha dubitato dell'efficacia normativa di queste allocuzioni³², men-

pleto e può essere armonizzato con l'art. 126 della *Pastor bonus* relativo al ruolo della giurisprudenza rotale.

³⁰ Cf. in questo senso G.P. Montini, «La giurisprudenza dei Tribunali Apostolici e dei Tribunali delle Chiese particolari», *Il Diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano 1996, 119, che cita a sostegno di questo assunto K. Mörsdorf, «Die Autorität der rotalen Rechtsprechung», *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 131 (1962) 415-432.

³¹ Cf. G. Comotti, «Le allocuzioni del Papa alla Rota romana e i rapporti tra magistero e giurisprudenza canonica», in S. Gherro (ed.) *Studi* (cf. nt. 14), 173-185.

³² Cf. J. Llobell, «Sulla valenza giuridica dei Discorsi del Romano Pontefice al Tribunale Apostolico della Rota Romana», *Ius Ecclesiae* 17 (2005) 547-564, il quale crede di poter ricondurre i discorsi a due categorie di atti giuridici normativi (quella dell'interpretazione della legge e quella della manifestazione della *mens legislatoris*).

tre qualche autore ne ha riconosciuto solo una funzione dottrinale-direttiva³³.

Non è possibile in queste poche pagine affrontare questa difficile questione. Basti far notare, oltre all'efficacia pratica che questi discorsi posseggono per unificare la giurisprudenza almeno all'interno della Rota, la necessità di non impostare il problema sotto il profilo meramente formale, come se tutta l'efficacia dipendesse dalla categoria formale delle *allocutiones*. La questione non è tanto quale sia il valore formale di questi discorsi, quanto il loro valore sostanziale. Seguendo il filo conduttore di questo lavoro, si potrebbe affermare che il valore delle *allocutiones* risiede soprattutto nel loro contenuto, in quanto esse evidenziano una *ratio iuris* (spesso di diritto naturale) la quale è cogente per il giudice, prima ancora che per la dipendenza gerarchica di questi rispetto all'autore del discorso, per il semplice fatto che gli viene presentata la *ratio* che palesa un diritto che egli deve dichiarare. A ciò si aggiunga il fatto che la certezza della *ratio* viene garantita dall'autorità propria del magistero ordinario del Romano Pontefice, sebbene ciò non avvenga attraverso un atto giuridico formale³⁴.

5. Considerazioni conclusive.

La considerazione circa la funzione nomopoietica della giurisprudenza porta a evidenziare le caratteristiche singolari di questa fonte suppletiva, che è al contempo, senza ombra di dubbio, criterio interpretativo della legge. Certamente è presente un influsso reciproco tra legislazione, dottrina scientifica e giurisprudenza, ma ognuna di queste fonti opera secondo il

³³ Cf. U. Navarrete, «Independencia de los jueces eclesiásticos en la interpretación y aplicación del derecho: formación de jurisprudencias matrimoniales locales, in *Estudios Eclesiásticos*», *Estudios Eclesiásticos* 74 (1999) 661-696 (specie 680-683) e Idem, «Introduzione», in G. Erlebach (ed.), *Le allocuzioni dei Sommi Pontefici alla Rota Romana (1939-2003)*, Città del Vaticano 2004, 7-15.

³⁴ «L'interpretazione autentica della parola di Dio, operata dal magistero della Chiesa, ha valore giuridico nella misura in cui riguarda l'ambito del diritto, *senza aver bisogno di nessun ulteriore passaggio formale per diventare giuridicamente e moralmente vincolante*» (Giovanni Paolo II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2005, *AAS* 97 (2005) 166: il corsivo è mio). L'argomentazione ha lo stesso valore indipendentemente dalla categoria formale dell'atto magisteriale.

modo suo proprio. La giurisprudenza opera nell'ambito del foro: gli avvocati potranno invocarla per chiedere coerenza nell'amministrazione della giustizia, il tribunale superiore potrà imporla al momento di conoscere una causa giudicata nell'istanza inferiore, ecc.

L'efficacia pratica della giurisprudenza deve seguire necessariamente l'alveo proprio di questa fonte senza pretendere di emulare il modo di operare delle altre fonti. Affinché possa espletare la sua funzione, è chiaro che la giurisprudenza deve essere conoscibile e conosciuta. Poiché il valore specifico della giurisprudenza diversamente da quello della dottrina scientifica, è quello di essere la dottrina applicata nel foro, in modo tale che sorge un diritto ad essere giudicato *similiter ex similibus*, la sua pubblicazione deve essere completa. Nel caso della giurisprudenza rotale, dalla considerazione della sua funzione di provvedere all'unità della giurisprudenza nella Chiesa, si deduce come conseguenza necessaria, che essa, per poter compiere la sua missione secondo il suo modo proprio, dovrà essere *ufficialmente* pubblicata in modo *completo* (fermo restando la possibilità di fare qualche eccezione per causa grave, come per esempio, quando è impossibile mantenere la dovuta riservatezza)³⁵.

La prassi attuale consistente nel pubblicare solo una selezione di sentenze (oltre ad altre pubblicazioni private su riviste scientifiche) implica, a mio avviso, una confusione tra dottrina scientifica e dottrina giurisprudenziale. Peraltro, si può agevolmente osservare che non di rado nelle sentenze pubblicate ci sono lunghi ragionamenti non direttamente attinenti alla

³⁵ Ciò non toglie che per un'effettiva diffusione e per superare le difficoltà linguistiche possa essere utile, come prospettato da alcuni autori, la pubblicazione dei massimari nelle principali lingue (Cf. J. Llobell, «Perfettibilità e sicurezza...» (cf. nt. 11), 1254 e G.P. Montini, «L'unità della giurisprudenza: Segnatura Apostolica e Rota Romana», *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale, Quaderni della Mendola*, 6, Milano 1998, 235).

Recentemente la *Lex propria* della Segnatura Apostolica (art. 11 § 4) ha disposto che «ipse [Praepositus Cancellariae] curat ut omnes decisiones colligantur, quorum aliquae, quotannis a Praefecto in Congressu selectae, ope Supremi Tribunalis publici iuris fiunt» (Benedetto XVI, m. pr. *Antiqua ordinatione*, 21 giugno 2008, *AAS*, 100 (2008) 513-538). È un passo in avanti la pubblicazione ufficiale della giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, richiesta da tempo dalla dottrina (in diversi interventi di un Convegno relativo al contenzioso amministrativo è stata segnalata questa necessità; cf. E. Baura – J. Canosa [ed.], *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano 2006). Sarebbe auspicabile che la prassi interpreti la selezione delle sentenze esclusivamente come possibilità di non pubblicare qualche sentenza per causa grave ed eccezionale.

fattispecie giudicata, i quali, non essendo la *ratio* applicata ad una decisione giudiziaria, non possono avere altro valore di quello proprio della dottrina scientifica. Del resto, ritengo che l'appropriazione della sentenza da parte del ponente, al punto di essere lui a decidere se e come pubblicare la sentenza, sia una manifestazione della confusione esistente tra giurisprudenza e dottrina scientifica. Sarebbe, quindi, auspicabile una redazione più concisa delle decisioni giudiziarie, che consentirebbe tra l'altro ai singoli giudici di pubblicare dei saggi scientifici frutto dell'esercizio della loro professione giudiziale. Ritengo, insomma, che l'operatività della giurisprudenza non possa realizzarsi *per modum doctrinae*.

Le difficoltà pratiche di rendere concretamente efficace il ruolo di unificare la giurisprudenza rotale, dovute alle caratteristiche, già segnalate, dell'attuale sistema giudiziario della Chiesa, si devono superare per vie diverse da quelle della pubblicazione parziale e sparsa di essa. A parte le possibili segnalazioni *de iure condendo*, volte a rendere il sistema più coerente ed efficace, penso che si potrebbe anzitutto provvedere all'unità della giurisprudenza all'interno della stessa Rota, prevedendo, per esempio, il rinvio ad una sessione *videntibus omnibus* nel caso di contrasto di dottrina³⁶. Rispetto all'effettiva unità di giurisprudenza in tutta la Chiesa, penso che nel sistema attuale non la si possa raggiungere se non attraverso un'efficace vigilanza dei tribunali da parte della Segnatura Apostolica, che comprenda il vaglio delle sentenze anche sotto il profilo della loro congruenza con la giurisprudenza rotale³⁷, oltre che, naturalmente, la pubblicazione integrale della giurisprudenza della Rota romana.

³⁶ In questo senso cf. J. Llobell, «Perfettibilità e sicurezza...» (cf. nt. 11), 1253-1254.

³⁷ In proposito si legge nel proemio dell'Istruzione *Dignitas connubii*, emanata dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi il 25 gennaio 2005: «Ad obtinendam praeterea in tota Ecclesia illam unitatem fundamentalem iurisprudentiae, quam exigunt causae matrimoniales, necesse est ut omnia tribunalia inferioris gradus ad Tribunalia Apostolica prospiciant, scilicet ad Tribunal Rotae Romanae, cuius est "unitati iurisprudentiae" consulere "et, per proprias sententias, tribunalibus inferioribus auxilio" esse (*Pastor bonus*, art. 126), atque ad Supremum Tribunal Signaturae Apostolicae, ad quod spectat "praeter munus, quod exercet, Supremi Tribunalis", consulere "ut iustitia in Ecclesia recte administretur" (*Pastor bonus*, art. 121)». Sul tema cf. V. De Paolis, «Amministrazione della giustizia e situazione dei tribunali ecclesiastici», *Revista Española de Derecho Canónico* 64 (2007) 352-353.

Abstract

L'articolo cerca di determinare il valore canonico della giurisprudenza e, più concretamente, quello della giurisprudenza della Rota romana. Si evidenzia che la giurisprudenza è l'insieme di *rationes* giuridiche individuate nell'esercizio dello *ius dicere*. Si sottolinea che il compito del giudice non è quello di applicare meccanicamente una norma astratta ad una fattispecie concreta, ma si rileva il carattere prudenziale dell'arte del giudice. Ne segue che il valore della giurisprudenza è costituito dalla verità di quelle *rationes* e dal valore del precedente. In seguito si esamina il valore formale della giurisprudenza attribuito dal Codice, e lo si distingue da quello delle norme generali e astratte. Infine, si esamina il ruolo della Rota romana di provvedere all'unità della giurisprudenza. Si conclude che la Rota dovrà contribuire all'unità della giurisprudenza attraverso il modo proprio di operare della giurisprudenza, cioè mediante l'esercizio della funzione giudiziale, senza confondere la dottrina giurisprudenziale con quella dottrinale.

The article seeks to determine the canonical value of jurisprudence, and, more concretely, the jurisprudence of the Roman Rota. It will be made evident that jurisprudence is the collection of the juridical rationes individuated in the exercise of the ius dicere. It will be emphasized that the task of the judge is not that of mechanically applying an abstract norm to a concrete case in point, but the prudential character of the art of the judge will be revealed. From this, it follows that the value of jurisprudence is established from the truth of those rationes and the value of precedent. Next, the formal value that the Code attributes to jurisprudence will be examined, and how jurisprudence distinguishes itself from general and abstract norms. Finally, the role of the Roman Rota will be examined as it provides for the unity of jurisprudence. It will be concluded that the Rota should contribute to the unity of jurisprudence through the proper mode of jurisprudential operation, that is, through the exercise of the judicial function, without confusing the jurisprudential knowledge with doctrinal knowledge.