



Salvatore Berlingò

(ordinario di Diritto Canonico nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università di Messina)

Suppletio legis (*)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il "diritto suppletorio" e le "lacune": in genere e nell'esperienza di Chiesa - 3. L'analogia e l'equità nell'ordinamento canonico - 4. L'analogia *iuris* e la *salus animarum* - 5. *Suppletio legis*, positivazione e formalizzazione nel diritto della Chiesa - 6. Gli strumenti della *suppletio* - 7. La *suppletio* e le lacune "materiali" dell'ordinamento - 8. I rapporti tra analogia e interpretazione estensiva - 9. L'impiego dei *generalia iuris principia* - 10. I principi impliciti o latenti. 11. La costanza e la stabilità della prassi autoritativa - 12. La costanza e la diffusione della prassi dottrinale (oltre che autoritativa) - 13. Il ruolo della canonistica in funzione "suppletoria".

1 – Premessa

In questa voce ("*suppletio legis*"), al lemma "*lex*" si intende attribuire un significato più ampio di quello letterale. Tale estensione è sorretta dalla circostanza che proprio nella *sedes materiae* il *Codex* latino novellato (1983) equipara il difetto di una norma consuetudinaria a quello di una norma legislativa (can. 19, C.i.c.); ma anche dal fatto che rilevanti indirizzi giurisprudenziali avallano detto ampliamento. Esso può, ad esempio, riscontrarsi, pure di recente, in sede di contenzioso amministrativo ecclesiastico, a proposito dell'espressione "*violatio legis*"¹, con riguardo a tutte le esteriorizzazioni formali di norme bisognose di essere supplite da un superiore livello di riserva prescrittiva - rinvenibile nel più riposto *sensus Ecclesiae* - mediante l'opera di svelamento affidata all'*interpretatio*, in senso lato intesa, *prudentium et sapientium*.

* La presente voce è destinata al *Diccionario General de Derecho Canónico*, in corso di preparazione presso l'Instituto Martin de Azpilcueta dell'Universidad de Navarra.

¹ Cfr. S. BERLINGÒ, *La competenza di legittimità e di merito della Segnatura Apostolica secondo la Lex propria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), aprile 2009, 3, 12, 15.



2 - Il “diritto suppletorio” e le “lacune”: in genere e nell’esperienza di Chiesa

Come per molti altri, anche per gli istituti trattati in questa voce, attesa l’unità della scienza giuridica², non può non risultare utile il raffronto con gli omologhi delle esperienze giuridiche secolari. Tuttavia, già in forza delle precisazioni terminologiche appena premesse, può intuirsi la profonda diversità della funzione e del ruolo svolti dal c.d. diritto suppletorio canonico rispetto ad altre analoghe fenomenologie giuridiche.

La tipicità canonica della *suppletio legis* può essere ricondotta ad un discrimine di fondo, per cui gli ordinamenti – in specie quelli più evoluti, secondo le forme e i principi dello “Stato di diritto”, quali: la separazione dei poteri, la preminenza del legislativo o, in ogni caso, di un *rule of law*, la preclusione del *non liquet* – sono innanzi tutto impegnati ad occultare la loro porosità più evidente, ossia quella prodotta dalle discrepanze formali e procedurali in seno ad essi rinvenibili (le cc. dd. lacune tecniche o teleologiche o “di costruzione”). Per converso, con riguardo a quegli stessi ordinamenti risulta, in genere, rimossa l’esistenza di qualsiasi altro tipo di lacune, che non siano quelle cc. dd. diacritiche (come si è avuto occasione di illustrare nella voce **Laguna de ley**).

Nella Chiesa, invece, l’obiettivo primario non è tanto di garantire e di esibire una coerenza formale dell’ordinamento, quanto quello di assicurarne ed asseverarne la consistenza reale; e quindi ogni sforzo è (deve essere) indirizzato non solo a colmare (o coprire) le lacune (formali) ma, piuttosto, a scoprire ed a fare emergere le riposte risorse del diritto effettivo, spesso *latente*.

In seno alle comunità dei *cives* l’ufficio dell’interprete di non denegare giustizia è prevalentemente rivolto a fare apparire il sistema, *prima facie* ed a tutti i consociati, come strutturalmente integro, ossia come vigente quanto alle procedure ed alle articolazioni dei vari poteri, e quindi da un punto di vista deonticamente *formale*³. In una società sempre più multietnica e pluriculturale è difficile registrare (ed entro

² E. GRAZIANI, *Uniformità di concetti nell’unità della scienza giuridica*, in *Dir. eccl.*, 69(1958),I,169-175.

³ Cfr. J. FINNIS, *Law as coordination*, in *Ratio iuris* 2 (1989), 102-104; R. P. GEORGE, *Natural Law and Positive Law*, in R. P. GEORGE (ed.), *The Authonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford 1996, 327; N. MACCORMICK, *The Concept of Law and “The Concept of Law”*, in R. P. GEORGE (ed.) *The Authonomy of Law*, cit.,182; G.H. POSTEMA, *Law’s Authonomy and Public Pratical Reason*, in R. P. GEORGE (ed.), *The Authonomy of Law*, cit., 88-94.



certi limiti è, forse, controproducente pretendere) una omogeneità superiore all'*overlapping consent*, spesso circoscritto ad un minimo di accordo sulle sole 'regole del gioco'⁴. In vero, l'interprete nell'affrontare, per lo più in sede giurisdizionale, le lacune c.d. prasseologiche, spesso intercetta lacune diacritiche o assiologiche o ideologiche; e quando le colma con il ricorso allo strumentario ermeneutico, non solo e non tanto denuncia una contraddizione del sistema col principio della divisione dei poteri, quanto rende evidenti (e solo apparentemente e momentaneamente supera) le antitesi profonde riconducibili ad un sopravveniente o permanente dissenso o plurisenso dei consociati.

Nella Chiesa, viceversa, la difficoltà consiste, molte volte, nel fare affiorare, di là dell'apparente dissenso, la profondità dell'*idem sentire*.

3 - L'analogia e l'equità nell'ordinamento canonico

Al contrario, di quanto potrebbe pensarsi seguendo l'argomentare di alcuni teorici del diritto, l'esperienza giuridica della Chiesa è tutt'altro che statica ed uniforme; anzi è estremamente dinamica e plurale anche nelle sue più intime fibre⁵. Per altro, il tessuto da cui queste ultime risultano conteste – e che è a tutte comune – ne consente ed innerva gli intrecci più vari e proficui, purché sia preservato ed asseverato nella sua più autentica consistenza.

Può essere d'aiuto a perscrutare il "*nexus mysteriorum*" in cui si sostanzia questo tessuto connettivo - capace di ingenerare la "*concordia discors*" della "*consonantia canonum*", tipica dell'ordinamento della Chiesa⁶ - l'identificazione di ogni *principio* con il *logos*, di cui al noto *incipit* giovanneo. Sembrerebbe discenderne che il valore fondamentale per l'esperienza dei *christifideles* debba riscontrarsi in una *ratio* massimamente astratta e preordinata, se non fosse il medesimo testo evangelico ad indirizzarci verso tutt'altra direzione, chiarendo il significato dinamico ed esistenziale del "Verbo" e svincolandolo, così, ad ogni precostituita specificazione. A Tommaso, che si mostra proclive ad intraprendere un cammino solo dopo avere localizzato e prefissato gli obiettivi di ogni itinerario, il Cristo indica non un luogo o una meta

⁴ Per le nozioni da ultimo richiamate nel testo, si v., per tutti, H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. a cura di M. CATTANEO, Torino 1965, 189-195; J. RAWLS, *Risposta a Juergen Habermas*, in *MicroMega*, Almanacco di Filosofia '96, 53-68.

⁵ S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Torino, 1995, 60-69.

⁶ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2002, 118 s.; S. KUTTNER, *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*, Variorum Reprints, London, 1980, 4.



astratti, ma una persona concreta, disposta a mettersi totalmente in questione senza nulla pretendere in pegno: “Io sono la via, la verità e la vita ...” (Gv 14, 5 s.).

Proprio per questo, nella prospettiva di fede offerta da tale genere di rivelazione, il principale (anche se non l'unico) strumento di *suppletio legis*, e cioè l'*analogia iuris*, non può esplicitare al meglio la propria funzione senza lasciarsi modellare ed orientare dall'*aequitas canonica*, nella ricerca della reale consistenza del principio fondamentale esplicito dell'ordinamento della Chiesa, rappresentato dalla *salus animae*⁷. Solo l'*aequitas canonica* è garantita dal nesso – evidenziato proprio dai classici della canonistica – “*aequitas sive Deus*” o “*Nichil autem est aequitas quam Deus*”⁸. Il Dio evocato in queste espressioni è un Dio personale, che non si lascia sottrarre la prerogativa di amare sempre per primo e di consentire ad ogni persona umana, una volta catturata da questa iniziativa, di immedesimarsi con la sua carità, interiorizzandone il precetto e da esso traendo alimento per il suo senso di giustizia. In tal modo questa stessa persona si trasforma nel “diritto sussistente”⁹, nello “*ius aequissimum*”¹⁰, rendendosi partecipe della “regola e della misura” (I° II° , q. 91, a. 2), nel momento in cui si è lasciato “regolare e misurare” alla stregua dell'agape divina¹¹.

4 - L'analogia iuris e la salus animarum

In questa prospettiva tende a cadere o, quanto meno, a divenire permeabile, il diaframma tra le regole fondamentali di *competenza* (i presidi e, ad un tempo, i vincoli procedurali e formali cui si affida il *dover-essere* dell'ordinamento) e le regole specifiche di comportamento o di *condotta* (il *dover-fare* delle prescrizioni affidate all'osservanza dei destinatari delle norme). Nell'esperienza canonica la carità non è imposta nelle sue frazionate o molteplici manifestazioni o prestazioni dalla giustizia, così come avviene in seno alla comunità politica, anche la più evoluta in termini di solidarietà, benessere, qualità della vita; è

⁷ In argomento si rinvia a T. SCHUELLER, *Die Barmherzigkeit als Prinzip der Rechtsapplikation in der Kirche im Dienste der "salus animarum". Ein kanonistischer Beitrag zu Methodenproblemen der Kirchenrechtstheorie*, Wuerzburg 1992 e M. WIJLENS, “*Salus animarum suprema lex*”: *mercy as a legal principle in the application of canon law*, in *The Jurist*, 54 (1994), 60-90, in specie 84 ss.

⁸ Cfr. *Fragmentum Pragense*, ed. in H. FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle 1876, 216.

⁹ A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, I, R. ORECCHIA (ed.), Padova, 1967, 192.

¹⁰ Cfr., sul punto, P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., 179.

¹¹ S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 66.



invece la giustizia ad essere sollecitata e spinta dalla carità (“*ad disciplinam dictante caritate*” – “*iustitia in caritate innixa*”) verso il suo totale compimento, a seguito della gratuita iniziativa di una paternità divina¹².

Pur a fronte di un’analoga esigenza di fondo – volta a garantire l’*hominis ad hominem proportio* della “giustizia–eguaglianza”, in un’armonica e pacifica vita di relazione – i canonisti dell’epoca classica avevano intuito quanto fosse diverso il loro modo di procedere *secundum rationem iuris* rispetto a quello dei legisti: guidati dalle ragioni provenienti dal basso degli interessi egoistici (o quanto meno immanenti) i cultori dello *ius civile*; ispirati o, meglio ancora, animati dalle ragioni scaturenti “dall’alto della fraternità responsabile”, gli uni nei confronti degli altri, i cultori dello *ius canonicum*¹³.

E’ significativo, per inverso, come questa funzione massimamente dinamica dell’*analogia iuris* sia stata espressamente riconosciuta all’*aequitas canonica* proprio nell’epoca che fece da contorno alla riforma gregoriana, ed in cui poté registrarsi un notevole impegno nella riduzione ad unità dei *disiecta membra* dell’esperienza canonistica.

Si è rilevato opportunamente che, proprio in quell’epoca, San Pier Damiani elaborò la dottrina della immedesimazione, per il tramite dell’Eucarestia, della singola anima (eremita) con l’universale assoluto della Chiesa. Scopo dell’Eucarestia, fulcro sacramentale di ogni ecclesiologia, in quanto sacramento universale di salvezza, è quello di “trasformare un numero infinito di persone in una realtà nuova: il corpo di Cristo, che è la Chiesa”, fermo restando che, in quest’ultima, “ciascuna di quelle persone conserva la sua personalità unica e la sua funzione propria”¹⁴. In tal modo, nella radice sacramentale dell’intero genere umano, che si converte nel principio ordinamentale conduttore dell’*aeterna salus animarum*, può sciogliersi, con un perfetto capovolgimento dialettico, l’aporia, altrimenti imbarazzante (da un punto di vista cristiano), dell’assioma “*extra ecclesiam nulla salus*”.

¹² Cfr., ancora, S. BERLINGÒ, op. ult. cit., 30, nonché E. DIENI, *Il diritto come «cura»*. Suggestioni dall’esperienza canonistica, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), giugno 2007, 56.

¹³ Si v. E. DIENI, *Il diritto come «cura»*, cit., 62, anche per i richiami a D. FARIAS, *L’ermeneutica dell’ovvio. Studi sulla esplicitazione dei principi più evidenti*, I, Milano 1990, 151.

¹⁴ J. LECLERCQ, *Ecclesia «Corpus Christi» et «Sacramentum Fidei»*, in AA.VV., *Chiesa diritto e ordinamento della “Societas Christiana” nei secoli XI e XII (Miscellanea del Centro di Studi Medioevali, XI)*, Milano, 1984, 17-22.



5 - *Suppletio legis*, positivazione e formalizzazione nel diritto della Chiesa

La caratteristica dell'escatologia cristiana sta, proprio, nel prolungamento, per quanto transepocale e misterioso, di una dinamica di trasfigurazione dell'umano, di ciascuna singola umana persona, il cui sviluppo prende avvio già nel corso della storia. E' vero: "Ciò che saremo non è ancora *apparso*" (Gv 3,2); ma incoativamente già sussiste, ha il suo inizio qui e ora; nel nostro attuale e concreto *dover-fare* è insito il pegno del nostro *presente* e *futuro*, che occorre solo scoprire e manifestare al mondo, "perché il mondo creda" (Gv 17, 21). Il "sentiero equitativo"¹⁵, da seguire per meglio attendere ad ogni "causa hominis", è una delle vie, forse la via maestra e ordinaria, per operare siffatta scoperta, la *dispensatio-revelatio Ecclesiae*. Anche per quest'aspetto l'escatologia cristiana, pur nell'afflato di una tensione dinamica comune a tutte le escatologie, marca la sua tipicità o, se si preferisce, la sua differenza: il già precorre il *non ancora*, la *positivazione* (in senso, appunto, dinamico) primeggia a fronte della *formalizzazione*.

Nell'espressione "*suppletio legis*" il canonista ha il dovere di cogliere l'affidamento di un compito che, per lui, come giurista, si attegga secondo un tratto del tutto particolare: il suo impegno non può mai limitarsi a dare semplicemente corso al diritto formalmente vigente; il suo specifico mandato esige che, più di ogni altro giurista, egli vada alla ricerca del diritto effettivamente e materialmente vigente. Nella Chiesa, più che in qualsiasi altro ordinamento, tale diritto non è (o almeno non dovrebbe essere solo) quello (in atto) più agevolmente e immediatamente spendibile dinanzi ai giudici o nei tribunali; bensì quello "nascosto" o "latente" tra le pieghe del "*sensus Ecclesiae*" alimentato dalla "*singularis ... Antistitum et fidelium conspiratio*", sorretta dallo Spirito (LG, 12; DV, 10). Gli istituti della "*suppletio legis*" (*melius*: del c. d. "diritto suppletorio"), a cominciare dall'equità canonica che tutti li permea, sono lo strumentario da utilizzare in questa ricerca.

In tale quadro, la circostanza che nella codificazione del 1983 si sia sostituita l'espressione "*norma sumenda est*" (presente nel can. 20 del *Codex* del 1917) con "*causa dirimenda est*" non deve pregiudicare e, anzi, può addirittura rafforzare la tesi che non sia da imbastire una successione gerarchica o seriale fra i vari elementi cui è possibile fare

¹⁵ P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., 119 s., 214.



ricorso per la “*suppletio*”. Questi devono, viceversa, armonizzarsi e, in ogni caso, completarsi a vicenda¹⁶.

6 - Gli strumenti della *suppletio*

La modifica della nomenclatura viene utilizzata, piuttosto, per puntellare gli argomenti volti a distinguere tra le “fonti del Diritto Normativo” e gli “strumenti giuridici di supplenza”, chiamati ad integrare l’ordinamento nel caso di lacune¹⁷. Tra di essi sono da includere, infatti, non solo (o non tanto) le prescrizioni di leggi (o di consuetudini) *latae in similibus* - indubbiamente riferibili alle “fonti” nel loro significato più stretto e tecnicamente delimitato - ma (altresì) le norme di principio coniugate alla luce dell’equità canonica, la giurisprudenza o prassi di curia, la comune e costante dottrina (*ex can. 19, C. i.c.*) e, per le Chiese orientali, oltre ai rimedi appena enunciati, i Canoni dei Sinodi e dei Santi Padri (*ex can. 1501, C. c. e. o.*).

Come si è sostenuto, questi ultimi strumenti del diritto suppletorio sarebbero ravvisabili, o si identificherebbero, in *regulae* o *consilia* che si concretizzano, al più, in “prescrizioni pratiche di Diritto” o in “massime di decisione” valevoli per il caso singolo o *de quo*, e quindi non assimilabili a vere e proprie fonti normative¹⁸.

Vi è senz’altro del vero in questa precisazione, nel senso che, con riguardo al fatto concreto oggetto della questione (ossia della “*causa dirimenda*” *in casu*), emerge un vuoto normativo al quale si supplisce solo per il caso di specie.

Per converso, da ogni singolo caso o fatto che viene considerato o ricondotto *sub specie iuris* si diparte, per così dire, una esigenza o domanda di giustizia non mai proposta prima (e, *a priori*, di seguito non riproponibile), la cui peculiarità ed originalità sprigionano una tale forza innovativa e, ad un tempo, conformatrice, da creare una sorta di rimbalzo o di effetto “a ritroso” sul tessuto dell’ordinamento, capace di

¹⁶ Cfr G. FELICIANI, *L’analogia nell’ordinamento canonico*, Milano 1968, 129; J. M. GONZÀLEZ DEL VALLE, *Dottrina, giurisprudenza e prassi nella costruzione del sistema canonico*, in J. I. ARRIETA e G. P. MILANO (eds.), *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, Città del Vaticano, 1999, 410, 414; T. MAURO, *Le fonti del diritto canonico dalla promulgazione del Codex fino al Concilio Vaticano II*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico*, I, Pamplona, 1979, 573; H. SOCHA, *sub can. 19*, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen, 1985, 19/10.

¹⁷ Cfr. J. OTADUY, *sub cc. 7-22*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*², I, Pamplona, 1997, 383.

¹⁸ G. FELICIANI, *L’analogia*, cit., 119.



incidere sul significato avvenire degli enunciati normativi per quella "causa" impegnati e applicati¹⁹.

Quest'ultima notazione induce, per vero, a riflettere sul carattere biunivoco che lega le fattispecie casuali e il mondo del diritto: come le prime, nel venire a contatto col secondo, reagiscono su di esso, così non possono, a loro volta, non risultare coinvolte dalla sua normatività. Si intende affermare, cioè, che, qualsiasi massima di decisione venga assunta per una concreta evenienza, essa non potrà essere emanata se non si sia, prima ed in ogni caso, individuata o identificata la *ratio* idonea ad inquadrare quell'ipotesi *sub specie iuris*, ed a giustificare la soluzione prescelta (il modo di "dirimere la causa") oltre ogni contingenza meramente fattuale. Non può, in altri termini, la forza bruta del "fatto" renderlo inattingibile alle "ragioni" del diritto; qualsiasi decisione venga presa, anche in assenza di un formale prescritto, non può essere assunta, nel contesto di un ordinamento giuridico, se non *secundum tenorem rationis*. Se così non fosse si correrebbe il rischio di una polarizzazione del diritto fra due estremi opposti: l'esclusivismo e la rigidità di un'*aequitas* (o giustizia) solo formalmente *constituta*; ovvero il caos disarticolato ed incerto di un'*aequitas* meramente *bursalis* o *cerebrina*²⁰.

Anche il diritto è come dotato di un genoma costruito secondo una struttura a spirale, la spirale ermeneutica, capace di coinvolgere, in successivi tornanti e con andamento ritmico e progrediente, i fatti e le norme²¹.

Secondo quanto si è autorevolmente osservato, pure di recente, oltre che dai classici, la decisione di un giudice "incarna la giustizia" sempre che "la giustizia preesista alla decisione"²²: "non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat" (D. 50, 17, 1); ed anche quando la *iuris prudentia* o l'*interpretatio* del "sapiente" rivendicano, in epoche ed in contesti diversi, una funzione correttiva, integrativa o,

¹⁹ Cfr. A. FALZEA, *Interpretazione giuridica*, in P. DI LUCIA e F. MERCOGLIANO (a cura di), *Lezioni Emilio Betti*, Camerino, 2006, 30-32; L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 317-330.

²⁰ Su quest'ultima nozione, sia consentito il rinvio a S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino 1991, 5 s.

²¹ W. HASSEMER, *Einfuehrung in die Grundlagen des Strafrechts*, Muenchen 1981; J. HABERMAS, *Faktizitaet und Geltung. Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat* (3.a ed.), Frankfurt a. M., 1993.

²² A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, Panoram, 3 (1991), 9; F. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza nell'ordinamento canonico*, in AA. VV., *La norma en el derecho canònico*, cit., 996.



pure, *ex novo* costruttiva, nei confronti del dettato della legge o della *mens legislatoris*, ciò fanno sempre in nome di una *ratio* ben precisa: “*nec ex verbis, nec ex mentis legislatoris, sed ex ratione*”²³.

7 - La *suppletio* e le lacune “materiali” dell’ordinamento

In virtù delle considerazioni sinora svolte, tutti gli strumenti del diritto suppletorio, e non solo quelli ricavabili dal livello delle fonti formali del diritto, devono essere, per così dire, assistiti dalle *rationes* dell’ordinamento e possono quindi vantare una pari dignità e forza vincolante dal punto di vista della effettività sostanziale, capace di attingere il cogente ed impreteribile imperativo rappresentato per la Chiesa dalla *salus animae*.

Ovviamente la differenza permane sul versante formale, perché le *rationes* delle prescrizioni utilizzabili in sede di *analogia legis (latae in similibus)* non solo sono positivamente presenti nell’ordinamento, ma sono anche ravvisabili in regole già pervenute alla fase della esplicitazione o formalizzazione. Viceversa, in tutti gli altri casi di ricorso a(o d’impiego de)gli “utensili” della *suppletio*, le *rationes* si trovano ancora in una fase di latenza ed esse vanno rinvenute e ricavate dai principi, che possono essere non solo espliciti ma anche e soprattutto impliciti.

Ciò vale, più che altrove, nell’esperienza giuridica della Chiesa, in cui l’esigenza imperativa fondamentale consiste nell’interiorizzazione del precetto della carità evangelica; sicché il modo precipuo di obiettivarsi del diritto, di emergere dalla sua “latenza”, comporta, come si è già anticipato, una primazia della fase della “positivazione” rispetto a quella della “formalizzazione”²⁴. Si spiega così per qual motivo nell’ordinamento canonico occorre prendere in considerazione un’ipotesi per certi versi simmetrica a quella delle *leges latae in similibus* - in cui, tutto sommato, una prescrizione formale sussiste ed occorre solo attivare un procedimento di “estensione” analogica²⁵ - e cioè l’ipotesi di un esplicito prescritto di legge formalmente in vigore, che tuttavia non può essere considerato materialmente ed effettivamente vigente, perché, se si applicasse alla fattispecie concreta, produrrebbe un effetto contrario alla *salus animae*, e

²³ Cfr. P. GROSSI, *L’ordine giuridico*, cit., 170 s.

²⁴ Cfr. J. HERVADA, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona, 1987, 26; ID., *El ordenamiento canónico*, I, Pamplona, 1966, 119 s.; P. LOMBARDÌA, *Lezioni di diritto canonico*, trad. it. ed. da G. LO CASTRO, Milano, 1985.

²⁵ Cfr. G. FELICIANI, *L’analogia*, cit., 20 s.



quindi un *vulnus* per la *ratio* fondamentale dell'ordinamento (*corruptio legis*). In tal caso, il riflesso indotto dalla particolare circostanza di fatto sull'enunciato prescrittivo non comporta un puro e semplice adeguamento del suo significato, ma un azzeramento o un annichilimento dello stesso. Ed in questo senso si è inteso parlare, per il diritto della Chiesa, non solo di lacune *formali*, ma anche di lacune *materiali* (come può riscontrarsi nella voce **Laguna de ley**).

8 - I rapporti tra analogia e interpretazione estensiva

Da quanto si è detto, risulta abbastanza agevole l'opera di colmo del più o meno apparente vuoto normativo quando è possibile avvalersi di una prescrizione ricorrente per casi simili, al punto che il can. 1501, C. c. e. o. neppure vi fa cenno a proposito dello strumentario c. d. suppletorio.

Può ipotizzarsi che gli Autori di quest'ultima disposizione abbiano fatta propria la tesi, presente anche in seno alla dottrina canonistica, secondo cui è legittimo propendere per l'accostamento fra la mera interpretazione estensiva ("*extensio comprehensiva*") e l'*analogia legis* ("*pura extensio*")²⁶. In ogni caso, anche a non voler prendere partito a favore o contro l'una o l'altra tesi, è innegabile, che la possibilità di ricorrere allo strumento dell'*analogia legis* consente all'interprete di operare in base ad una logica formale e su di un dato normativo esplicito e sicuro. L'*analogia legis* si presenta dunque come il fattore integrativo più affidabile, almeno in quegli ordinamenti che pongono a criterio cardine dell'attività ermeneutica la certezza legale. Per converso, il ricorso alla stessa, oltre a non essere ammesso per esplicito divieto legislativo in materia penale, non risulta sempre ed in assoluto da preferire, ad esclusione degli altri strumenti suppletori²⁷, proprio per le ragioni esposte a favore della primazia, nell'esperienza giuridica della Chiesa, dei criteri di effettività materiale o sostanziale rispetto a quelli meramente formali.

Per questo, il canonista, in quanto operatore che si occupa della Chiesa *en juriste*, deve mettere un impegno maggiore, rispetto agli altri giuristi, nel valorizzare a pieno *tutti* gli strumenti della *suppletio*, anche quelli – come, in primo luogo, i *generalia iuris principia* - il cui utilizzo si

²⁶ Cfr. G. FELICIANI, *L'analogia*, cit., 54, 66 s., 126 s., pure per la cit. di C. MAGNI, *Logica, matematica e scienza giuridica*, in *Dir. eccl.*, 61(1950), 244 ss., che opta, invece, per la distinzione.

²⁷ Cfr. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Dottrina*, cit., 401, 413 s., mentre sembra orientarsi in senso opposto G. FELICIANI, *L'analogia*, cit., 130 s.



rivela logicamente e formalmente più complesso che non il ricorso alla *analogia legis*.

Con riferimento espresso ai principi, i Codificatori hanno tenuto a sottolineare il loro nesso imprescindibile con l'equità canonica. E', comunque sia, abbastanza pacifica l'opinione che l'influsso proprio dell'equità canonica debba investire tutti gli strumenti del c.d. diritto suppletorio e non solo i principi²⁸. L'accostamento espresso dell'equità ai principi è forse dovuto al loro carattere di "generalità", in forza del quale essi sono utilizzati per il compito di *Rechtsfindung* in modo più esteso e comprensivo e ad un livello più esposto ai rischi di una maggiore distanza dalla realtà concreta.

9 - L'impiego dei *generalia iuris principia*

La caratteristica della "generalità" connota i principi con un grado di astrazione più elevato rispetto agli altri ausili di cui può giovare il canonista nell'espletare il suo ufficio in ordine alla *suppletio*.

Per converso, più si innalza il livello di astrazione, più la "generalità" dei principi rischia di mutarsi in una improduttiva genericità. Allo scopo di evitare questo esito, anche quando l'interprete può disporre di norme canoniche formalizzate, dalle cui specifiche *rationes* trarre per induzione le *rationes generales*²⁹ o i principi espliciti dell'ordinamento, si ritiene opportuno privilegiare una loro individuazione per settori o istituti, attesa la difficoltà di pervenire ad un grado sufficiente di certezza sui caratteri salienti e rilevanti degli stessi, ove l'ambito della loro ricognizione pretendesse di estendersi alla totalità dell'esperienza giuridica presa in esame³⁰. A titolo meramente esemplificativo, tra di essi possono annoverarsi il principio di consensualità (can. 1057, C. i. c.; can. 817, C. c. e. o.) o il principio del *favor matrimoni* (can. 1060, C. i. c., can. 779, C. c. e. o.) per quanto concerne l'istituto matrimoniale; oppure il principio di legalità (can. 221. 3, C. i. c.; can. 24.3, C. c. e. o.) e quello di responsabilità per dolo o colpa (can. 1321. 1, C. i. c.; can. 1414. 1, C. c. e. o.) con riguardo al diritto

²⁸ L. CHIAPPETTA, *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, I, Napoli, 1988, 41; M. F. POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sul primo libro del Codex Iuris Canonici*, Padova, 1993, 8-27; J. OTADUY, *sub cc. 7-22*, in *Comentario exegético*, cit., 392.

²⁹ Cfr. G. FELICIANI, *L'analogia*, cit., 49.

³⁰ J. OTADUY, *sub cc. 7-22*, in *Comentario exegético*, cit., 390 s.



penale³¹; e, ancora, il principio dell'iniziativa di parte in ambito processuale (can 1501, C. i. c.; can. 1185, C. c. e. o.).

Tuttavia, deve rilevarsi che, per quanto riguarda l'esperienza giuridica canonica, in forza di quanto si è prima chiarito sui rapporti fra positivazione e formalizzazione, ai fini della vigenza "materiale", nel senso di sostanziale ed effettiva, di una norma, non può assumere rilievo solo la maggiore o minore latitudine o specificazione della cerchia assiologia dalla stessa considerata meritevole di tutela.

Se è vero, infatti, che nelle esperienze giuridiche secolari o profane più si restringe e determina l'ambito degli interessi da curare, più la tutela assume concretezza, certezza ed efficacia, per inverso, nell'esperienza di Chiesa, conta piuttosto la maggiore o minore immedesimazione del precetto con l'uomo interiore, con l'animo di ciascun *christifidelis*, con il suo atteggiamento più profondo (*naturalius – copiosius – profundius*: *Eckhart, Sermo XXII, § 206, 192*), che prelude all'attuazione spontanea della norma medesima. La "generalità" del principio non sarà quindi da commisurare tanto al suo livello di astrazione o alla formale perimetrazione del suo ambito di efficacia, quanto alla sua maggiore o minore attitudine o capacità di penetrazione e di partecipe coinvolgimento dei soggetti interessati alla sua attuazione.

Il principio sarà tanto più "generale" ed animato dall'equità canonica, quanto più sarà capace di incarnare una *ratio* prossima o in sintonia con la "generalità", ossia con la radicalità e fundamentalità della *ratio* primigenia di tutto l'ordinamento, e cioè con il precetto della carità evangelica, nella cui osservanza si traduce l'interesse altrettanto basilare al conseguimento del bene-essere spirituale, della *salus animae* di ogni fedele. In altri termini: il grado di "generalità" di un principio sarà tanto più elevato quanto più il principio medesimo si presterà ad offrire un congruo vaglio di conformità della regola da esso derivata con la *ratio fundamentalis* dell'ordinamento e con tutte le altre regole positivamente ed effettivamente ("materialmente") vigenti in seno ad esso.

10 - I principi impliciti o latenti

I principi che devono essere considerati come "generali" alla luce dell'equità canonica non possono non plasmarsi ad opera di un

³¹ Cfr. R. BOTTA, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, Bologna, 2001, 24-34, 137-140.



processo di continua ed ininterrotta implementazione. Sui loro tratti caratterizzanti e salienti si riflettono le note peculiari dell'ordinamento giuridico ecclesiale, con la sua dinamicità e flessibilità, con la sua apertura e adattabilità, con la sua coesione e la sua spiccata tendenza all'interiorizzazione³². Proprio per questo i principi generali dell'ordinamento canonico non sono solo quelli, già prima esemplificati, riducibili *a* – o deducibili *da* – dettati normativi pervenuti allo stadio della formalizzazione, ma risultano (devono risultare) apprensibili dall'intero "ciclo vitale" del diritto, da tutta la "grande tradizione" della Chiesa; non a caso il can.1501 del C. c. e. o. si richiama a "i canoni dei Sinodi e dei santi Padri".

Si è già avuto modo di accennare alla dinamica della *revelatio-dispensatio Ecclesiae*, cui si correlano: il comprensivo principio dell'economia-dispensa con le sue molteplici declinazioni (tra cui il principio del *favor personae* e dell'eguale dignità di tutti i *christifideles*, il principio di sussidiarietà e/o varietà e circolarità tripolare delle funzioni, della *sollicitudo* nella pratica della collegialità e della sinodalità, come in quella dell'esercizio del *munus petrinum*, ecc.); l'eccezionale e caratteristica rilevanza offerta alla *receptio*; la preferenza per le soluzioni conciliative e per ogni forma transattiva meno proclive allo *strepitum iudici*; la finalizzazione ad un'ampia *legislatio libertatis* nella prassi concordataria, e così via.

Inoltre, il carattere aperto e dialogico di questi principi induce a ritenere, anche sulla base di alcuni indizi offerti dai lavori preparatori delle Codificazioni, che essi possano completarsi ed armonizzarsi con altri principi della più autentica e risalente tradizione giusnaturalista e di quel "precipitato" di sapere giuridico che si esprime nelle *Regulae iuris in VI*, purché si tratti di regole che abbiano ottenuto e mantenuto un "riconoscimento universale"³³.

Nell'insieme, tutti questi principi, proprio perché sono chiamati ad integrare di continuo il diritto formalmente in vigore, risultano, a loro volta, perennemente suscettibili di aggiornamenti, di riformulazioni. Il novero e la portata dei principi generali canonistici sono, come del resto lo è tutto l'ordinamento della Chiesa, solo "definitivamente provvisori"³⁴. Questa tipica caratteristica discende, del resto, dalla struttura stessa della norma fondamentale che, nella sua estrema *simplicitas*, è scaturigine di infiniti ed irriducibili contenuti, alla

³² Si v. S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 60-81.

³³ J. OTADUY, *sub cc. 7-22*, in *Comentario exegetico*, cit., 388.

³⁴ S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 72



stregua delle sempre nuove insorgenti esigenze, dei sempre diversi bisogni spirituali dell'essere umano.

11 - La costanza e la stabilità della prassi autoritativa

Si è già detto del ruolo eminentemente adattivo che l'interprete può giocare rispetto al contenuto ed al significato generale ed astratto della norma ,quando vi dà attuazione individuando la massima di decisione o la regola casuale per la singola e concreta fattispecie.

Tuttavia, pur quando si tratta di un interprete autentico o autoritativamente legittimato (per quanto *ex post*, come nel caso di una *confirmatio* pontificia) - e sempre che non si versi in una *interpretatio authentice data per modum legis* (*ex* can. 16.2, C. i. c. ed *ex* can. 1498. 2, C. c. e. o.) - la pronunzia emanata per il caso specifico "ligat" o "obligat" "tantum personas atque afficit res, pro quibus data est" (*ex* can. 16.3 C. i. c. ed *ex* can. 1498.3, C. c. e. o.).

Per converso, quand'anche la prassi interpretativa si esprima nella forma di una determinata pronunzia giurisdizionale o di un atto amministrativo singolare, se assume però un carattere di costanza e di stabilità - così come viene ammesso in qualche misura, e per determinati aspetti, pure nelle esperienze giuridiche profane, dove si parla, ad esempio, per quel che concerne le pronunzie di una Corte costituzionale, di "prassi giurisprudenziale *quasi-genetica*"³⁵ - essa travalica la portata di una semplice applicazione del diritto al caso concreto, per assurgere a vera e propria fonte normativa di diritto (suppletorio). In ordine allo svolgimento di questa vera e propria funzione nomopoietica non è tuttavia necessario che la prassi interpretativa acquisisca le note caratteristiche richieste per il sorgere di una norma consuetudinaria, non fosse altro perché gli strumenti di diritto suppletorio in questa sede illustrati intervengono precisamente per colmare lacune determinate dall'assenza non solo di un prescritto di legge, ma pure di una consuetudine (*ex* can. 19, C. i. c.; *ex* can. 1501, C. c. e. o.); ed a parte ogni dubbio sulla idoneità che una prassi di origine autoritativa possa mai tradursi in una consuetudine in senso proprio³⁶. E' sufficiente che detta prassi si protragga con una cadenza a tal punto uniforme e duratura, da poterla considerare in forma disgiunta da un'applicazione meramente episodica, per quanto estesa o evoluta, della *ratio* di una norma preesistente; e così da poterla, viceversa,

³⁵ A. FALZEA, *Interpretazione giuridica*, cit., 32.

³⁶ J. OTADUY, *sub* cc. 7-22, in *Comentario exegetico*, cit., 396.



ritenere espressiva di una nuova *ratio* generale, suscettibile di ulteriori, autonome future applicazioni.

L'ordinamento canonico, per il tramite delle prescrizioni contenute nel can. 19, C. i. c. e nel can. 1501, C. c. e. o., accorda, dunque, agli ausili ermeneutici disponibili per la formazione del diritto suppletorio, una rilevanza maggiore rispetto a quanto normalmente ammesso dagli ordinamenti secolari. Si tratta, del resto, di una peculiarità che discende dalla più volte richiamata esigenza propria della realtà della Chiesa, intesa a far emergere, anche al livello del diritto formalmente vigente – per venire incontro alle necessità spirituali di ciascun fedele – il diritto positivamente latente tra le pieghe dei più svariati e cangianti bisogni dell'umanità *in via*.

12 - La costanza e la diffusione della prassi dottrinale (oltre che autoritativa)

Del resto, una conferma di tale caratteristica del tutto tipica dell'ordinamento della Chiesa sta nell'equiparazione – almeno quanto ad efficacia conformatrice della fonte di diritto suppletorio – tra la prassi autoritativa e la prassi dottrinale (o comunitaria), sempre in forza dei prescritti canonici da ultimo richiamati, che non trovano alcun riscontro esplicito in esperienze normative coeve di ambito profano.

L'unica, anche se importante, differenza tra la *suppletio* svolta dagli interpreti istituzionali (giudici, amministratori) e quella dei *privati doctores* sta nel "materiale" normativo da essi usualmente impiegato. Infatti, per coerenza con il ruolo rivestito in seno all'ordinamento³⁷, gli interpreti istituzionali, pur quando elaborano "nuove" *rationes* normative in funzione di supplenza, sono indotti ad utilizzare previe *rationes esplicite*, esistenti ad un livello gerarchico correlato alla posizione loro attribuita in seno all'ordinamento della Chiesa. Ciò non significa – come pure è stato esattamente notato³⁸ – che, ad esempio, la giurisprudenza e la prassi diocesane non possano supplire, per analogia con la "iurisprudencia" e con la "praxis Curiae Romanae", alle lacune di una normativa particolare; ciò comporta, piuttosto, che non è compito *tipico* né dei giudici, né degli amministratori reperire e svolgere nuove specifiche *rationes implicite* nella *ratio fundamentalis* dell'ordinamento.

Il compito di fare emergere forme di produzione spontanea del diritto da parte della comunità è affidato, per loro natura, agli interpreti

³⁷ J. OTADUY, *sub cc.* 7-22, in *Comentario exegético*, cit., 395.

³⁸ Cfr. J. OTADUY, *op. ult. cit.*, 397.



non autoritativi, mediante il veicolo delle loro opinioni dottrinali; la cui consolidata e costante diffusione è assunta dall'ordinamento come sintomo *formale* della corrispondenza di quella *positiva* (seppur latente) realtà normativa con la suddetta *ratio fundamentalis*.

Non si intende escludere, per altro, che il culmine di questo processo di *formalizzazione suppletoria* – i cui strumenti, è bene ribadirlo, non devono quindi essere assolutamente e necessariamente utilizzati sulla base di una scansione o successione meramente seriale – possa depositarsi in seno ad un pronunciato giurisprudenziale o coagularsi nel corso di una delle (ancora troppo poche) procedure amministrative canoniche aperte alla partecipazione dei fedeli. Al contrario dello *stare decisis* del *case law* anglo/americano³⁹, si tratta, però, sempre di casi in cui i giudici (e gli amministratori) – senza pretendere di voler escogitare o imporre una loro personale opzione, compromettendo l'equilibrio istituzionale di cui fanno parte – si rendono semplici veicoli o recettori dell'indirizzo dottrinale *rationabiliter* (e perciò comunitariamente e costantemente) recepito. Così operando, essi esercitano quasi una sorta di *vicaria*, nei limiti in cui siano ad essa abilitati dal "*bonum spirituale christifidelium*" (can. 1536.2, C. c. e. o.): alla cui stregua è lecito dubitare, ad esempio, della coerenza assiologica di un combinato disposto come quello instaurato tra il can. 87.2 ed il can. 90.1, C. i. c.⁴⁰.

13 - Il ruolo della canonistica in funzione "suppletoria"

Anche chi ha inteso mostrarsi scettico, *prima facie*, rispetto al ruolo che il fattore dottrinale può svolgere in seno al diritto suppletorio canonico – trascurando, per altro, che esso è il portato di una tradizione risalente ai *consilia sapientium* dell'*utrumque ius*⁴¹ – conclude con l'ammettere che nella totalità dell' "*esperienza ecclesiale*, in cui il diritto *vivente* ha una preminenza decisiva, l'elemento normativo (*rectius*: autoritativo) ha, se non proprio un'importanza secondaria, un valore al meno paritario rispetto agli altri elementi che (...) la dottrina ha il compito di portare alla luce..."; sicché "il can. 19 allude a quello che deve essere il ruolo della scienza giuridica canonistica: non già limitarsi allo studio del

³⁹ Per un accostamento, cfr., fra i tanti, O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003, 54; J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Dottrina*, cit., 403-405, 410-415.

⁴⁰ In argomento si rinvia a S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 155 ed a J. OTADUY, *sub cc. 7-22*, in *Comentario exegético*, cit., 398.

⁴¹ Cfr., per tutti, L. LOMBARDI (VALLAURI), *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, 184 s.



diritto codiciale, bensì chiarire ed argomentare il nucleo giuridico costitutivo della Chiesa, ossia gli elementi portanti – una sorta di costituzione *materiale* – del diritto ecclesiale⁴².

Per tanto, è assolutamente contraddittorio, con quanto appena riferito, asserire che il richiamo alla dottrina nel cit. can. 19 sarebbe “nulla più che una clausola di stile” e che le note della “costanza” e della “comunanza” della dottrina sarebbero il sintomo della marginale funzione assegnata ai *doctores*, come se questi fossero obbligati a vestire le piume di semplici “usignoli dell’imperatore”⁴³. All’opposto, si tratta di note caratteristiche ravvisabili anche nelle modalità giurisprudenziali e amministrative delle fonti di diritto suppletorio, secondo quanto si ricava dal can. 19, cit., in cui l’endiadi « iurisprudencia et praxi » sta ad indicare che determinati indirizzi potranno assurgere a fonte di diritto suppletorio solo se esibiranno la costanza e la stabilità tipiche, appunto, di una « praxi » ; così come la qualifica di “ecclesiastica”, con cui si coniuga la voce “iurisprudencia” - usata in senso molto ampio nel can. 1501, C. c. e. o. - sta a designare la (necessaria) accettazione da parte della comunità ecclesiale dell’interpretazione autoritativa: i cui pronunciamenti possono essere assunti a fonte normativa in funzione di *suppletio legis*, solo in virtù di una sorta di *receptio*, non dissimile da quella prefigurata nel noto asserito leriniano (“*quod ubique, quod semper, quod ab omnibus creditum est*”).

In altre parole, e per concludere: lo strumento della *suppletio* che si rifà agli apporti della scienza canonistica, *per ultimo* richiamato nei canoni, non è certo *l’ultimo*, in ordine d’importanza, nell’esperienza giuridica della Chiesa.

⁴² A. VITALE, *Il valore della «communis constansque doctorum sententia»*, in AA.VV., *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano, 1996, 92 s

⁴³ A. VITALE, *Il valore*, cit., 90.