

Przemysław Michowicz

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5642-8522>

The Pontifical University of John Paul II in Krakow, Poland

La giurisprudenza come fonte del diritto canonico Jurisprudence as a Source of Law

Abstract

Starting with such a provocative title, the essay aims to answer the question of whether jurisprudence can be considered as a source of law in the canonical judicial system. In order to achieve the objectives of the present work, it is proposed not to observe a traditional path followed by those who interpret the provision of canon 19 of the current Code of Canon Law, but rather to consider jurisprudential creativity which represents, in its various manifestations, an unavoidable feature of legal experience. This premise helps to reconsider the source concept of law and systematizes the role of jurisprudential doctrine in the hierarchy of sources in the canonical legal system.

Keywords

theory of law, source of law, jurisprudence, jurisprudential creativity, hierarchy of law

1. Introduzione

Parlando della giurisprudenza in termini di fonte del diritto, senza chiarire cosa si intenda per fonte del diritto, si rischia di banalizzare questa tematica e di arrivare a conclusioni fuorvianti. In verità, l'argomento 'fonti del diritto' nell'ordinamento canonico è un tema complesso a cui, tramite le pagine che seguono, si desidera offrire un nuovo contributo partendo dai presupposti non subito rinvenibili da un tradizionale cammino dottrinale già percorso da tanti.¹ La via alternativa che si aspira a seguire omette il diretto riferimento alla disposizione normativa del can. 19 CIC/1983 in cui, il legislatore ha già disciplinato che la giurisprudenza avesse il ruolo dello *ius suppletorium*, a condizioni espressamente indicate nella stessa fonte normativa.² Il presente lavoro prospetta invece una comprensione inerente alle diverse ramificazioni del tema considerando come opportuno lo sviluppo, perlomeno teorico, del fenomeno della creatività giurisprudenziale canonica, senza addentrarsi nella problematica relativa al contenuto normativo del canone citato o al precedente vincolante in quanto argomento ancora non determinato dalla dottrina.³ Per battere questa

¹ Cfr. M. Nuzzo, *Norma scritta e attività creativa della dottrina e della giurisprudenza: riflessioni sulle fonti del diritto privato*, in: Aa.Vv., «*Lex et ius*» nell'*utrumque ius: radici antiche e prospettive attuali*. Atti del VII Colloquio internazionale romanistico-canonistico (12–14 maggio 1988), Città del Vaticano 1989, Libreria Editrice Vaticana, pp. 419–432; T. Mauro, *Le fonti del diritto canonico dalla promulgazione del Codex fino al Concilio Vaticano II*, in: T. Mauro (ed.), *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*, t. I, Padova 1991, EUNSA, pp. 15–82; P. Lombardía, *Las fuentes del derecho en el proyecto del nuevo Código*, en: P. Lombardía (ed.), *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, t. IV, Pamplona 1991, EUNSA, pp. 563–581; J. Otaduy, *Fuentes del derecho*, in: J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, t. IV, Navarra 2012, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 119–124.

² Sul ruolo della giurisprudenza canonica ai sensi del discorso qui avanzato: F. Finocchiaro, *La giurisprudenza nell'ordinamento canonico*, in: *La norma en el Derecho Canónico*. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico, Pamplona, 10–15 de octubre de 1976, vol. 1, Pamplona 1979, EUNSA, pp. 113–132; J.I. Arrieta, *Il valore giuridico della prassi della Curia Romana*, «*Ius Ecclesiae*» 8 (1996) 1, pp. 97–117; E. Baura, *Riflessioni sul valore canonico della giurisprudenza*, in: J. Kowal, J. Llobell (eds.), «*Iustitia et iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, vol. III, Città del Vaticano 2010, Libreria Editrice Vaticana, pp. 1387–1406.

³ Cfr. G. Comotti, *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, in: U. Vincenti (ed.), *Valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, Padova 1998, CEDAM, pp. 81–104; E. Baura, *Il valore normativo del precedente amministrativo e giudiziale*, in: Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico (ed.), *Unità e pluralità della normativa ecclesiale*, Quaderni della Mendola 28, Milano 2021, Glossa Ed., pp. 113–131.

traiettorie e non rischiare di far un discorso meramente suggestivo, occorre espletare un'analisi concettuale di questioni sottostanti a questa tematica, in piena concordanza con teorie ormai fortemente presenti nel mondo giuristico.

2. Creatività giurisprudenziale

Si parte con una contestazione che l'attività giudiziaria insieme al diritto giurisprudenziale sono espressioni corrispondenti al medesimo fenomeno caratterizzato da una costante interpretazione del diritto da parte dei suoi operatori. È connaturale al chiarimento normativo una qualunque attività giudiziaria tesa ad esplicitare la *ratio* normativa per una migliore sussunzione espletata in modo da condizionare, perlomeno per sommi capi, la sentenza. La creatività della giurisprudenza rappresenta dunque un dato ineliminabile di ogni esperienza giuridica, pur manifestandosi in maniera diversa.

Nonostante la mancanza della precisa e felice terminologia, in dottrina si separa la creatività nel senso semantico (interpretativo) da quella pragmatica qualora la stessa sia un prodotto di un ragionamento giudiziale.⁴ In primo caso, si dà per certo il fatto che il giudice può attribuire al materiale normativo un senso diverso da quello linguisticamente ovvio. Nel secondo caso invece, si ha a che fare con una ipotesi in cui ci si chiede se una decisione giurisprudenziale, o un considerevole numero delle pronunce pur simili nella fattispecie, possano produrre l'efficacia vincolante in modo da condizionare le future sentenze con qualche grado di cogenza. In altre parole: altro è chiedersi se un giudice possa uscire fuori dai significati concettuali impiegati nella fonte normativa (e fino a che punto) e poi interpretare in tal senso la norma in maniera estensiva,⁵ altro è invece considerare l'attività decisionale, sia individualmente che collettivamente, come fonte del diritto. Come asserito, per giungere ai nostri obiettivi, ci interessa per il momento la prima ipotesi della creatività giurisprudenziale, che può essere innovativa ed eterodossa ma non nel senso di imporsi autorevolmente ad altri giudici a fronte di un simile stato fattuale. Un orientamento della

⁴ Cfr. R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, "Il Foro Italiano" 5 (2017), p. 118.

⁵ Cfr. Giovanni Paolo II, *Discorso in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario della Sacra Rota Romana*, AAS 76 (1984), p. 648; C. Begus, *Jurisprudencia de la Rota Romana*, in: J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, t. IV, Navarra 2012, Thomson Reuters Aranzadi, p. 921.

giurisprudenza può risultare particolarmente innovativo rispetto ad una formulazione semantica del dettato normativo⁶ senza escludere che tale ragionamento può essere considerato altamente persuasivo, ma non particolarmente cogente.

Da quanto fin qui sommariamente esposto, emerge che la creatività dell'interpretazione giurisprudenziale, in senso semantico/interpretativo, appartiene all'essenza dell'attività giudiziaria poiché l'interpretazione è sempre in qualche modo creativa. In definitiva, l'ordinamento canonico, come ogni altro sistema giuridico che si ispira al diritto codificato, incoraggia i giudici ad esercitare forme più o meno intense di creatività, siccome oltre le norme, all'intero delle stesse si aggiungono clausole generali, principî di diritto, concetti indeterminati/elastici⁷, nozioni aperte, termini che si lasciano impiegare solo nel contesto dell'equità canonica o dell'*epikeia*⁸ secondo quanto enuncia il brocardo *placuit in omnibus rebus præcipuam esse iustitiæ æquitatisque quam stricti iuris rationem*.⁹ Tali concetti, che in sede legislativa sono stati lasciati intenzionalmente in sospenso, sono stati rimessi alla determinazione degli interpreti, documentano come il legislatore permette l'esistenza di varie forme di creatività delegata/autorizzata *ope legis*, dato che nessun autore di norme possa dettagliatamente prevedere e regolare tutte le ipotesi nel vasto contesto del vissuto sociale. Infine, la creatività così pensata è una dimostrazione di saggezza legislativa e di una tecnica tesa ad una programmazione di una migliore organizzazione ecclesiale.

Ciò posto, si noti che tanti dei testi normativi, data la loro immediata indeterminatazza, richiedono una attività creativa in modo che, da vari frammenti del sistema giuridico,¹⁰ si giunga ad una costruzione del quadro prescrittivo pieno e sufficiente, capace di esaurire, quanto alla sua normazione, il contenuto delle ipotesi possibili. Detta creatività deve essere esercitata entro i limiti

⁶ Cfr. R. Guastini, *Interpretare, costruire, argomentare*, "Osservatorio sulle fonti" 2 (2015), pp. 7–8.

⁷ Cfr. J. Miras, J. Canosa, E. Baura (eds.), *Compendio di diritto amministrativo canonico*, Roma 2007, EDUSC, p. 71.

⁸ Cfr. M. Żurowski, *Cechy charakterystyczne prawodawstwa kanonicznego w świetle posoborowych tendencji*, "Prawo Kanoniczne" 10 (1976) 3–4, pp. 16–19; R. Sobański, *Nauki podstawowe prawa kanonicznego. Teoria prawa kanonicznego*, Warszawa 2001, UKSW, pp. 130–133.

⁹ Cfr. A. Dębiński, K. Burczak, M. Jońca, *Łacińskie sentencje i powiedzenia prawnicze*, Warszawa 2018, C.H. Beck, p. 205.

¹⁰ Cfr. G. Pino, *Interpretazione e «crisi» delle fonti*, Modena 2014, Mucchi Ed., p. 143.

stabiliti dalla scienza giuridica e cioè il suo risultato non può attribuire agli enunciati normativi dei significati che potrebbero generare decisioni ingiuste, assurde o prive di logicità. In ogni ordinamento, infatti, esiste, e deve esserci, un margine di interpretazione creativa o, semplicemente è lecito essere creativi, poiché il processo ermeneutico implica molteplici scelte che non sono mai dettagliatamente disciplinate dallo stesso ordinamento. Il risultato di tali scelte, composto tramite varie tecniche ed esperienze (inclusa quella di via negativa) deve svolgersi entro i principi/limiti guida, pur giuridicamente accettabili ed argomentabili. La creatività interpretativa dunque deve essere svolta non con una discrezionalità assoluta e svincolata, piuttosto esercitata con la libertà ad essa dovuta, secondo gli standard pacificamente ereditati dalla tradizione giusteoria.

In definitiva, il vero problema non è esercitare la creatività ai sensi del discorso di cui sopra, piuttosto è capire quanta creatività possa essere ammessa entro i limiti determinati dalla scienza giuridica e, di conseguenza, dalla prassi. Di certo, è un dilemma appartenente ad un vasto campo di scelte istituzionali che la Chiesa fa tramite la determinazione del suo ordinamento; è il problema che coinvolge il contenuto di base incluso in ogni disposizione legale. Infine, detta difficoltà riguarda i valori sottostanti a vari modelli della formazione di giudici (inclinazione formalista o sostanzialista¹¹). In ogni caso, è impensabile raffigurare il giudice come un rilevatore della *mens legislatoris*, dallo spirito dell'ordinamento o come uno che si impegna in un'attività priva di scelte in un'analisi etico-istituzionale.

3. Nozione giuridico-formale di fonte del diritto

Adeguandosi a quanto rilevato, è utile soffermarci sulla creatività in senso pragmatico/produttivo, partendo da un immediato chiarimento della giurisprudenza intesa come fonte del diritto.

In primo luogo, per fonte del diritto si può intendere un insieme degli atti e dei provvedimenti a cui l'ordinamento canonico riconosce *explicite* una capacità innovativa dell'ordinamento stesso. Questa accezione del fonte del diritto, quanto agli ordinamenti *civil law* statali, si rinviene dal catalogo contenuto negli

¹¹ Cfr. P.S. Atiyah, R.S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Oxford 1987, Clarendon Paperbacks, p. 145 e seguenti.

atti normativi più significativi,¹² sebbene, nelle famiglie giuridiche che si ispirano alla tradizione romano-germanica, per definizione, la giurisprudenza non può essere considerata come fonte del diritto.¹³

A differenza degli ordinamenti statuali, nel sistema codiciale canonico non esiste una costituzione promulgata che potrebbe essere considerata un atto normativo più rilevante al quale ogni atto di minor valore gerarchico dovrebbe adeguarsi.¹⁴ Vi è pure la mancanza di un esplicito riferimento normativo che indichi, pur in maniera generica, non solo le fonti, ma anche la loro corretta gerarchia. Tuttavia, questi dati possono essere dedotti sia tramite i tratti comuni degli ordinamenti appartenenti al sistema *civil law* sia attraverso i principî sottostanti alla scienza canonica.

Per complicare questo quadro, occorre dar notizia che, di fatto, la gerarchia delle fonti di produzione normativa canonica, ai sensi di una nozione schiettamente formale, genera più problemi e difficoltà non solo perché, a differenza degli ordinamenti laici, [a] non esistono titolari esclusivi della potestà legislativa, ma anche si nota [b] l'inesistenza del procedimento inerente alla formazione di leggi analoghe a procedure minuziosamente determinate dai legislatori statuali. Quanto alla [c] nomenclatura delle leggi, nel sistema canonico non esiste la loro unica intitolazione, causa molteplici ragioni storiche e quelle direttamente derivanti dalla sua tradizione. Infine, [d] soggetti investiti della potestà vicaria possono partecipare con la potestà propria alle prerogative spettanti ad un soggetto titolare dell'ufficio capitale, creando così seri problemi affini, qualora da parte del titolare di un ufficio capitale avvenga l'approvazione in via amministrativa di quanto deciso dal titolare di potestà vicaria.¹⁵

Indipendentemente dai problemi qui segnalati, rileva che è la stessa concezione primaria che è riconosciuta alla legge, essendo essa stessa la prima fonte del diritto nel senso giuridico-formale del concetto 'fonte'. La legge abbraccia la totalità dell'ordine giuridico e forma il suo scheletro che riceve la vita, ma in larga misura da altri fattori. Non deve essere considerata soltanto nel suo testo,

¹² Cfr. art. 1 preleggi del Codice civile italiano.

¹³ Cfr. P. Gallo, *Introduzione al diritto comparato. Vol. I: Grandi sistemi giuridici*, Torino 2001, Giuffrè Ed., p. 287; R. David, C. Jauffret-Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova 2004, CEDAM, pp. 113–114.

¹⁴ Cfr. J.M. González del Valle, *Las lagunas en el ordenamiento canónico y jerarquía de fuentes*, "Fidelium Iura" 6 (1996), pp. 80–81.

¹⁵ Cfr. J. Otaduy, *Jerarquía normativa*, in: J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, t. IV, Navarra 2012, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 864–865.

autonomamente dai procedimenti, spesso molto estensivi, impiegati per la sua interpretazione e nei quali si rivela il potere creativo della giurisprudenza e della dottrina. Le riflessioni che seguono confermeranno che la giurisprudenza è un esercizio di potestà del governo ed è condizionata da vari presupposti, non solo d'indole schiettamente giuridica, che spesso non vengono espressamente dichiarati, pur essendo ben visibili.

4. Accezione 'culturale' di fonti del diritto

All'estremo opposto, rispetto alle fonti del diritto intese nella chiave puramente formale, si dà la loro nozione in senso 'culturale' indicando quanto 'non-giuridico' potrebbe influire alla decisione del giudice.¹⁶ Queste circostanze però non possono essere desunte da un insieme di regole sottostanti al processo deliberativo. In dottrina¹⁷, pur riconoscendo alla giurisprudenza il ruolo della fonte del diritto, si è anticipato, sebbene solo in via teorica, di formulare i rischi da correre nell'ipotesi di accogliere tra le fonti la giurisprudenza costituita da fattori d'indole culturale. Una volta accettato un tale concetto di fonte, esso correrebbe il rischio di essere privato di un valore scriminante rispetto ai diversi fattori e circostanze che, a vario titolo, possono condizionare le pronunce definitive. Tra i vari elementi immaginabili che potrebbero rilevare, si possono indicare: le opinioni e le convinzioni soggettive prive di un oggettivo confronto, i pregiudizi di vario tipo (non esclusi quelli razziali), l'appartenenza a cerchi sociali emblematici per la propria visione del mondo. Nonostante il rispetto verso le diversità e le sensibilità culturali dell'*orbe catholico*, è palese che tale intendimento di fonte del diritto potrebbe produrre solo conseguenze negative, come [a] la mancanza di certezza giuridica che, per definizione, dovrebbe essere un valore insindacabile, specie qualora sia guardato nell'ottica dell'uguaglianza nell'ambito della Chiesa universale; [b] il rischio di parzialità e dipendenza dei

¹⁶ Cfr. C. Begus, *Larmonia nella giurisprudenza canonica*, Città del Vaticano 2003, Lateran University Press, p. 26; *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), pp. 515–527; 521–523.

¹⁷ Cfr. R. Iannone, *La dimensione culturale del diritto*, "Quaderni di Sociologia" 29 (2002), p. 189; G. Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, "Ars Interpretandi" 16 (2011), pp. 22–23; R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore...*, p. 120.

giudici nel proprio agire; [c] poca unità giurisprudenziale dovuta a variabile prassi giudiziaria. Queste sono solo alcune ragioni di carattere esemplare che rilevano la scarsa qualità argomentativa e l'insufficiente autorità nel pronunciarsi in modo permissivo in un caso singolo e non possono garantire che, in tutti i provvedimenti, si debba facilmente identificare l'*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* e difendere la propria prerogativa di essere giudicato *similiter ex similibus*.¹⁸

5. Senso 'realistico' di fonte del diritto

La terza accezione di fonte del diritto rappresenta una soluzione intermedia tra due poli opposti poiché è probabile che, in tal accezione, dai fattori rilevanti si possano rintracciare elementi di cui il giudice dovrebbe tener conto per raggiungere una pronuncia non solo giusta, ma anche giuridicamente corretta. In realtà, si tratta di valorizzare la consuetudine, cioè certi materiali normativi in cui essa sarà trattata come giuridicamente necessaria o altri materiali in cui essa dovrebbe essere trattata come necessaria, salvo forti ragioni in contrario. Inoltre, non vanno ignorati materiali ritenuti come fortemente consigliabili sebbene la loro omissione non dovrebbe pregiudicare la validità della decisione. Vi possono essere utili anche materiali semplicemente ornamentali che non incidono sul merito della decisione. Considerando questo contesto, vista la rilevanza sociologico-giuridica di tali fattori, ha pienamente senso chiedersi se la giurisprudenza sia fonte del diritto in un ordinamento canonico quale erede, *mutatis mutandis*, della tradizione romano-germanica. In altre parole, ci si chiede se, in che misura e in quali circostanze, i giudici debbano conformarsi alle interpretazioni del diritto già fatte in sede giurisprudenziale e quanta libertà avranno eventualmente per discostarsene.

Se si impiega quest'ultimo significato (realistico) in riferimento alle fonti nel sistema canonico, non è facile dare una risposta al quesito se la giurisprudenza sia fonte del diritto o meno. Questo per alcuni motivi molto importanti. Per un verso, in quasi tutte le sentenze rotali e in alcune emanate dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, si nota una pratica secondo la quale nelle

¹⁸ Cfr. G. Michiels, *Normæ generales iuris canonici*, t. II, Parisiis–Tornaci–Romæ 1949, Desclée et Socii, pp. 66–67; G.P. Montini, *La giurisprudenza dei Tribunali Apostolici e dei Tribunali della Chiesa particolare*, in: Aa. Vv. (eds.), *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano 1996, Libreria Editrice Vaticana, pp. 123–124.

motivazioni delle pronunce si citano ampiamente le risultanze processuali, più o meno simili, quanto allo stato fattuale, alle cause già trattate e decise. In tal senso, i riferimenti giurisprudenziali risultano essere ottimo espediente per rendere più convincente, più solida e più completa un'argomentazione del giudice che si trova di fronte ad una ipotesi fattuale simile. Per altro verso è quasi inesistente e improbabile, la prassi di potersi riferire ai precedenti poiché i tribunali apostolici pronunciano piuttosto principi di diritto su certe questioni sollevate da qualunque motivo di ricorso anche qualora tale pronuncia sia richiesta nell'interesse della legge canonica.¹⁹ Ciò nonostante, quanto all'ambito canonico, non può essere aprioristicamente escluso l'impiego del precedente vero e proprio.²⁰

Tornando però al ruolo di fonte attribuibile alla giurisprudenza, da questo punto di vista, sembra che non sia più che una fonte persuasiva o permissiva. Come detto, i giudici si pronunciano sulle base delle massime, private del percorso argomentativo, a sostegno del principio di diritto racchiuso nella stessa massima, ragion per cui è fondato asserire che il giudicante – secondo una illuminante distinzione di Michele Taruffo²¹ – usa piuttosto esempi più che precedenti, non perché li creda persuasivi, ma per rendere più persuasiva la sua argomentazione.

Infine, sembra del tutto indeterminato il criterio con cui si potrebbero individuare i dati giurisprudenziali idonei ad essere ritenuti utili in un complesso processo argomentativo del giudice. Qui si pensa al concetto della cosiddetta 'giurisprudenza consolidata' quale stilema rassicurante a cui si ricorre, ma è palese

¹⁹ La Segnatura Apostolica lo dimostra qualora giudica le cause *de damna reparanda*: *Supremum Signaturæ Apostolicæ Tribunal, dimissionis a mnere docendi, coram Ratzinger, decretum diei 27 octobris 1984*, Prot. N. 10977/79 CA, "Il diritto ecclesiastico" 96 (1985) 2, pp. 260–270; SSAT, *iurium, coram Pompedda, decisio diei 6 maii 2000*, Prot. N. 29240/98 CA, "Ius Ecclesiae" 30 (2018) 2, pp. 593–624; SSAT, *amotionis et incardinationis, diffamationis, iurium œconomicorum et damnorum, coram Schotte, decretum diei 30 novembris 2002*, Prot. N. 31547/00 CA, in: W.L. Daniel (ed.), *Ministerium iustitiæ: Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura*, Montréal 2011, Wilson & Lafleur, pp. 340–355; SSAT, *suppressionis parœciæ, coram Daneels, decisio diei 2 novembris 2018*, Prot. N. 52094/16 CA, "Ius Ecclesiae" 33 (2021), pp. 241–251.

²⁰ Cfr. E. Baura, *Riflessioni sul valore canonico della giurisprudenza*, in: J. Kowal, J. Llobell (eds.), «*Iustitia et iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, vol. III, Città del Vaticano 2010, Libreria Editrice Vaticana, p. 1391 e seguenti.

²¹ Cfr. M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli 2007, Editoriale scientifica, pp. 31–36.

che nell'esperienza canonica non esistono formule né condivise né chiare per poterle individuare. Da anni però, si osserva l'incompletezza della pubblicazione del materiale giurisprudenziale canonico, nonché la parzialità degli argomenti quale oggetto di quanto deciso a livello apostolico nel contenzioso. Tutto ciò rende il sistema canonico rigido in quanto la riflessione dottrinale parte, quasi esclusivamente, dal dettato codiciale, raramente dalla dottrina giurisprudenziale. Essa avrebbe potuto giocare un ruolo rilevante qualora fosse stata capace di precisare concetti giuridici indeterminati, presenti inevitabilmente in ogni contesto legislativo.²² È indubbio perciò che la giurisprudenza può consolidare e correggere la prassi in un sempre proficuo rapporto tra le due, per cui si evince la necessità che le pronunce dei tribunali apostolici siano pubblicate tutte ed intere per essere conoscibili²³; ciò si pone come fattore di crescita e di sviluppo del sistema giuridico della Chiesa. Altrimenti, può accadere che la giurisprudenza, quale dottrina, sia priva di coerenza; poi vi è il rischio che possa dimostrarsi contraddittoria non potendo garantire la costanza di indirizzo nell'ambito processuale. Questo può avverarsi, perché non è dato sapere se si conosca tutta la giurisprudenza o almeno tutta la giurisprudenza rilevante (spesso ciò è impossibile), e che la stessa sia conforme, prevalente e certa a cui è estraneo qualsiasi caos giurisprudenziale.²⁴ In questo senso, la giurisprudenza non potrebbe operare come fonte del diritto, ma come fonte di confusione.

6. Primi risultati

Affermare che il diritto non può esaurirsi in un discorso schiettamente legislativo è come dire una cosa evidente. L'ovvietà di questa tesi si desume dall'essenza stessa del fenomeno giuridico che, a suo tempo nella storia, fu istituzionalizzato. Da questo deriva la necessità della presenza ed operatività di soggetti idonei a produrre delle norme ma anche quelli che sono chiamati ad applicarle in concreto. Risulta che il linguaggio adoperato dal legislatore deve essere continuamente trasformato tramite l'attività degli interpreti tra i quali i giudici svolgono un ruolo primario. Apportare al discorso legislativo dette modifiche significa

²² Cfr. E. Baura, *Il valore normativo del precedente amministrativo e giudiziale...*, p. 128.

²³ Cfr. M.F. Pompèdda, *L'amministrazione della giustizia nella Chiesa*, "Ius Ecclesiae" 13 (2001), p. 680.

²⁴ Cfr. E. Baura, *Il valore normativo del precedente amministrativo e giudiziale...*, p. 125.

avere la dottrina giurisprudenziale come luogo ermeneutico di tale operazione. La giurisprudenza, dunque, è uno strumento naturale tramite il quale viene realizzata l'attività creativa, poiché non è possibile che l'interpretazione non possa modificare il messaggio normativo. In verità, la giurisprudenza deve essere considerata *in qualche senso* una fonte del diritto anche perché le pronunce rese dai tribunali di ampia autorevolezza esercitano certamente un'influenza sulle decisioni degli altri tribunali ecclesiastici oppure acquistano una forza persuasiva (in un certo senso 'autovincolante') all'interno dello stesso grado giurisdizionale. Queste affermazioni, però, devono essere maneggiate con tanta cautela e cura.

La natura senz'altro creativa dell'interpretazione come anche un inevitabile influsso dell'interpretazione giurisprudenziale nella forma del diritto positivo, non possono tuttavia giustificare aprioristicamente alcuna approvazione incondizionata resa verso la dottrina giurisprudenziale o nei confronti degli esercizi irragionevoli di fantasia interpretativa. Quanto sin qui affermato dimostra invece che l'attività interpretativa, fatta dai tribunali ecclesiastici, è una forma di gestione della potestà di governo condizionata da presupposti di vario genere: da idee sottostanti all'essenza del diritto canonico, da valori incorporati dalla tradizione canonica, da principi desumibili da testi legislativi e dallo spirito dell'intero sistema canonico, da altri criteri istituzionali, etici, raramente dichiarati ma ben avvertibili.

Dato per certo che l'interpretazione è denominazione che si dà ad una pratica collettiva, va affermato che essa stessa rappresenta un campo in cui i punti di riferimento acquisiscono una certa rilevanza tanto quanto sorgono divergenze e contrasti i quali, effettivamente, 'portano avanti' la pratica giuridica, garantendo lo sviluppo e l'approfondimento della scienza giuridica. Certamente esistono dei giuristi con punti di vista diversi o conflittuali che propongono alla dottrina le loro specifiche interpretazioni; lo fanno per ribadire il principio di verità processuale (*salus animarum*) ma anche per affermare l'autorevolezza del diritto.

7. Conclusione

Chiedersi se la giurisprudenza sia fonte del diritto o meno, potrebbe apparire una domanda più che provocatoria. Per un verso, è indubbio il plateale contrasto con le chiare indicazioni provenienti dalla tradizione giuridica continentale, che affonda le radici nel fenomeno delle codificazioni del diritto, rendendo questa

domanda poco fondata. Per altro verso, occorre abbandonare certi rigidi schemi di ragionamento (di fatto a-canonici) secondo i quali le leggi ‘auto-applicative’, cioè quelle complete e non contraddittorie, solo perché sistemate negli appositi codici, si attuano quasi automaticamente. Anzi, l’evidenza dei fatti dimostra che [a] nessuna disposizione legislativa – anche codicistica – si sottrae all’esigenza di chiarimenti giurisprudenziali; [b] che le ipotesi non previste dal legislatore (e neppure pensabili all’epoca del suo autorevole intervento legislativo) non sono del tutto eccezionali; [c] che la necessità di adattamento delle regole legali, sebbene ‘statiche’ quanto alla loro formulazione letterale, all’evolversi delle esigenze del tempo e della sensibilità sociale documentano sempre una più sentita distanza dall’intervento legislativo.

Messa in discussione la linea di demarcazione tra l’attività di creazione e quella di applicazione del diritto, va sottolineato il ruolo del giudice la cui funzione non è imporsi ideologicamente per esaltare il monopolio legislativo, piuttosto è manifestare la concretezza dell’esperienza giuridica. I tribunali dunque svolgono un ruolo creativo del diritto, potendo questa creatività essere considerata fonte dello stesso diritto, ma solo entro i confini delineati dall’esperienza giuridica attenta a quanto si debba prendere in considerazione per giungere ad una pronuncia giuridicamente corretta, opportuna e giusta secondo gli estremi valori dell’ordinamento canonico, cioè la salvezza delle anime.

Bibliography

- Arrieta J.I., *Il valore giuridico della prassi della Curia Romana*, “*Ius Ecclesiae*” 8 (1996) 1, pp. 97–117.
- Atiyah P.S., Summers R.S., *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Oxford 1987, Clarendon Paperbacks.
- Baura E., *Riflessioni sul valore canonico della giurisprudenza*, in: J. Kowal, J. Llobell (eds.), «*Iustitia et iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, vol. III, Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana 2010, pp. 1387–1406.
- Baura E., *Il valore normativo del precedente amministrativo e giudiziale*, in: Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico (ed.), *Unità e pluralità della normativa ecclesiale*, Quaderni della Mendola 28, Milano: Glossa Ed. 2021, pp. 113–131.
- Begus C., *L’armonia nella giurisprudenza canonica*, Città del Vaticano: Lateran University Press 2003.

- Begus C., *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), pp. 515–527.
- Begus C., *Jurisprudencia de la Rota Romana*, in: J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, t. IV, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi 2012, pp. 919–924.
- Comotti G., *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, in: U. Vincenti (ed.), *Valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, Padova: CEDAM 1998, pp. 81–104.
- David R., Jauffret-Spinosi C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova: CEDAM 2004.
- Dębiński A., Burczak K., Jońca M., *Łacińskie sentencje i powiedzenia prawnicze*, Warszawa 2018, C.H. Beck.
- Finocchiaro F., *La giurisprudenza nell'ordinamento canonico*, in: *La norma en el Derecho Canónico*. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico, Pamplona, 10–15 de octubre de 1976, vol. 1, Pamplona: EUNSA 1979, pp. 113–132.
- canónico y jerarquía de fuentes*, "Fidelium Iura" 6 (1996), pp. 1–39.
- Gallo P., *Introduzione al diritto comparato. Vol. I: Grandi sistemi giuridici*, Torino 2001, Giuffrè Ed.
- Giovanni Paolo II, *Discorso in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario della Sacra Rota Romana*, AAS 76 (1984), pp. 643–649.
- González del Valle J.M., *Las lagunas en el ordenamiento canónico y jerarquía de fuentes*, "Fidelium Iura" 6 (1996), pp. 49–81.
- Guastini R., *Interpretare, costruire, argomentare*, "Osservatorio sulle fonti" 2 (2015), pp. 1–29.
- Iannone R., *La dimensione culturale del diritto*, "Quaderni di Sociologia" 29 (2002), pp. 187–190.
- Lombardía P., *Las fuentes del derecho en el proyecto del nuevo Código*, en: P. Lombardía (ed.), *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, t. IV, Pamplona: EUNSA 1991, pp. 563–581.
- Mauro T., *Le fonti del diritto canonico dalla promulgazione del Codex fino al Concilio Vaticano II*, in: T. Mauro (ed.), *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*, t. I, Padova: EUNSA 1991, pp. 15–82.
- Michiels G., *Normæ generales iuris canonici*, t. II, Parisiis–Tornaci–Romæ 1949, Desclée et Socii.
- Montini G.P., *La giurisprudenza dei Tribunali Apostolici e dei Tribunali della Chiesa particolare*, in: Aa. Vv. (eds.), *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana 1996, pp. 111–134.
- Nuzzo M., *Norma scritta e attività creativa della dottrina e della giurisprudenza: riflessioni sulle fonti del diritto privato*, in: Aa.Vv., «Lex et iusitita» nell'utrumque ius: radici antiche e prospettive attuali. Atti del VII Colloquio internazionale romanistico-canonistico (12–14 maggio 1988), Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana 1989, pp. 419–432.

- Otaduy J., *Jerarquía normativa*, in: J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, t. IV, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi 2012, pp. 862–868.
- Otaduy J., *Fuentes del derecho*, in: J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, t. IV, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi 2012, pp. 119–125.
- Pardolesi R., Pino G., *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, “Il Foro Italiano” 5 (2017), pp. 113–123.
- Pino G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, “Ars Interpretandi” 16 (2011), pp. 19–56.
- Pino G., *Interpretazione e «crisi» delle fonti*, Modena 2014, Mucchi Ed.
- Pompedda M.F., *L'amministrazione della giustizia nella Chiesa*, “Ius Ecclesiae” 13 (2001), pp. 675–691.
- Sobański R., *Nauki podstawowe prawa kanonicznego. Teoria prawa kanonicznego*, Warszawa: UKSW 2001.
- Supremum Signaturæ Apostolicæ Tribunal, *dimissionis a mnerē docendi, coram Ratzinger, decretum diei 27 octobris 1984*, Prot. N. 10977/79 CA, “Il diritto ecclesiastico” 96 (1985) 2, pp. 260–270.
- Supremum Signaturæ Apostolicæ Tribunal, *iurium, coram Pompedda, decisio diei 6 maii 2000*, Prot. N. 29240/98 CA, “Ius Ecclesiae” 30 (2018) 2, pp. 593–624.
- Supremum Signaturæ Apostolicæ Tribunal, *amotionis et incardinationis, diffamationis, iurium œconomicorum et damnorum, coram Schotte, decretum diei 30 novembris 2002*, Prot. N. 31547/00 CA, in: W.L. Daniel (ed.), *Ministerium iustitiae: Jurisprudence of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura*, Montréal 2011, Wilson & Lafleur, pp. 340–355.
- Supremum Signaturæ Apostolicæ Tribunal, *suppressionis parœciæ, coram Daneels, decisio diei 2 novembris 2018*, Prot. N. 52094/16 CA, “Ius Ecclesiae” 33 (2021), pp. 241–251.
- Taruffo M., *Precedente e giurisprudenza*, Napoli: Editoriale scientifica 2007.
- Żurowski M., *Cechy charakterystyczne prawodawstwa kanonicznego w świetle posoborowych tendencji*, “Prawo Kanoniczne” 10 (1976) 3–4, pp. 3–27.