

HELMUTH PREE

LE TECNICHE CANONICHE DI FLESSIBILIZZAZIONE DEL DIRITTO: POSSIBILITÀ E LIMITI ECCLESIALI DI IMPIEGO

Premessa. — I. Inquadramento sistematico delle tecniche di flessibilizzazione. 1) La *salus animarum* come *norma normans* dell'ordinamento canonico. 2) La presenza giuridico-canonica del principio *salus animarum* nei vari livelli e rami dell'ordinamento canonico: *a*) In generale; *b*) L'*aequitas* in relazione al fine; *c*) L'*aequitas canonica* sotto l'aspetto materiale; *d*) L'aspetto strutturale e funzionale dell'*aequitas canonica*; *e*) Inquadramento dell'*aequitas canonica* nei quattro livelli ontologici e genesiaci del diritto canonico. — II. Limiti intrinseci della flessibilità giuridica. — III. L'ambito giuridico dell'impiego delle tecniche di flessibilizzazione. 1) Premessa metodologica. 2) Sul piano legislativo: *a*) L'*aequitas canonica*; *b*) *Ius remonstrandi*. 3) Nell'ambito dell'applicazione delle leggi: *a*) In generale; *b*) L'*epikeia*; *c*) La dispensa; *d*) Discrezionalità; *e*) Il foro interno; *f*) *Tolerantia*; *g*) *Dissimulatio*. 4) Nell'ambito della osservanza delle norme giuridiche da parte dei fedeli: *a*) In Generale; *b*) Impossibilità, *epikeia*. — Conclusione.

Premessa.

Qualsiasi ordinamento giuridico sistematico come quello canonico avverte sempre la tensione o magari la antinomia fra due poli:

— Le esigenze sopraindividuali, pubbliche, generali, oggettive, rappresentate negli istituti e nelle norme giuridiche astratte, orientate alla effettività e certezza del diritto che tende ad essere applicato in modo uguale a tutti, indipendentemente dalle peculiarità del caso singolo e della convinzione soggettiva delle rispettive persone; e, dall'altra parte,

— l'esigenza di una soluzione giusta ed equa che tenga conto di volta in volta delle circostanze ed interessi particolari, della autovalutazione soggettiva e responsabilità del singolo fedele, compreso lo stato di coscienza delle relative persone⁽¹⁾.

(1) Cfr. M. MORLOK, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, Tübingen 1993, 1-14;

Nel diritto canonico, questa antinomia, che in modo sintetico si potrebbe chiamare quella fra giustizia formale e giustizia materiale, generalità e particolarità, esteriorità ed interiorità, assume una particolare importanza e imprime al diritto canonico stesso la sua caratteristica più saliente: l'orientamento verso la *salus animarum*. Se, e nella misura in cui è vero che il supremo obiettivo e il fine ultimo del diritto canonico è la salvezza delle anime, questo principio vale per ciascun singolo uomo o fedele e per qualsiasi fenomeno giuridico nella vita della Chiesa: per la legislazione, per l'amministrazione e per la potestà giudiziale a tutti i loro livelli e ambiti di azione. Tutte le forme esteriori del diritto e della sua osservanza ed applicazione fin nei casi particolari devono essere orientate alla salvezza delle anime, e quindi non possono che prendere sul serio tutte le circostanze del singolo caso, specialmente lo stato di coscienza delle rispettive persone.

Ne segue che il diritto canonico ha sin dai suoi inizi sviluppato ed adoperato — più che gli ordinamenti giuridici civili — istituti volti a rendere flessibile la legge, in altre parole: «*Istituti, questi, spesso singolarissimi, per mezzo dei quali si vengono a realizzare altrettante deroghe al diritto positivo, in corrispondenza ai mutabili indirizzi dei tempi e alle diverse esigenze dei luoghi e delle persone e a soddisfazione dei bisogni particolari territoriali o personali più svariati, che ricorrono nella realtà concreta della pratica attuazione delle sue norme*»⁽²⁾. Com'è noto, tali istituti o tecniche sono, ad esempio:

L'aequitas (canonica), l'epikeia, cause esimenti e scusanti, il riconoscimento del foro interno come foro giuridico, la dispensa dalla legge, la tolleranza e la dissimulazione.

Sul piano tecnico-giuridico ci domandiamo quindi: in che ambito si svolgono legittimamente i menzionati strumenti giuridici di flessibilizzazione. Per poter rispondere esattamente a tale domanda, occorre prima di tutto approfondire il fondamento dottrinale, la posizione sistematica ed il valore e senso dei cosiddetti strumenti di flessibilità.

P. ERDÖ, *Teologia del diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale*, Torino 1996, 153 e 156.

(2) P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto canonico*, Milano 1980, 144. Per l'Autore, il motivo legittimante di tali usi e pratiche contrarie alle norme scritte è: «*Ad vitanda mala maiora pro bono animarum*». Vedremo in seguito, se tale motivo sia sufficiente per fondare e animare le diverse tecniche di flessibilizzazione.

I. *Inquadramento sistematico delle tecniche di flessibilizzazione.*

1. *La salus animarum come norma normans dell'ordinamento canonico.*

In qualunque ordinamento giuridico, i *valori* ed i *beni giuridici*, specialmente quelli che caratterizzano quest'ordinamento, rivestono la base ontologico-strutturale — e, in questo senso, la sostanza reale — della giuridicità⁽³⁾. Ne segue: «Tutte le tecniche strumentali del mondo giuridico acquistano senso e valore quando vengono riportate ai beni giuridici che intendono tutelare e promuovere»⁽⁴⁾.

Il supremo bene giuridico, a cui tende tutta la Chiesa, è allo stesso tempo fine e obiettivo ultimo dell'ordinamento canonico: la *salus animarum*⁽⁵⁾. Questo non è un obiettivo né individuale né sociale, ma *personale*, che riassume gli aspetti individuali e comunitari, privati e pubblici⁽⁶⁾, dell'opera salvifica della Chiesa come del singolo fedele⁽⁷⁾. «La pienezza della vita ecclesiale si attua solo quando unitariamente si realizzano il bene comunitario e personale»⁽⁸⁾.

⁽³⁾ Cfr. F. BÖCKLE, *Fundamentalmoral*, München 1977, 259 s.; C.J. ERRAZURIZ M., *La persona nell'ordinamento canonico: Il rapporto tra persona e diritto nella Chiesa*, in: *Ius Ecclesiae* 10 (1998) 3-36, 16-23; H. PREE, *Die evolutive Interpretation der Rechtsnorm im kanonischen Recht*, Wien-New York 1980, 208-228.

⁽⁴⁾ C.J. ERRAZURIZ M., *La persona nell'ordinamento* (nota 3) 16.

⁽⁵⁾ Per una visione globale di questo istituto sia nello sviluppo storico sia nel suo significato all'interno dell'ordinamento canonico vigente cfr. Th. SCHÜLLER, *Die Barmherzigkeit als Prinzip der Rechtsapplikation in der Kirche im Dienste der salus animarum. Ein kanonistischer Beitrag zu Methodenproblemen der Kirchenrechtstheorie*, Würzburg 1993. Come l'autore dimostra, per il Codice di diritto canonico i termini *salus animarum* e *bonum animarum* sono sinonimi (303); cfr. al riguardo c. 1748 con Vat II CD 31 e 32; cfr. anche R. KÖSTLER, *Wörterbuch zum Codex Iuris Canonici*, München 1927, 55.

⁽⁶⁾ Il binomio *pubblico-privato* qui va inteso nel senso dell'ambito di responsabilità dell'organizzazione ecclesiastica a differenza dell'ambito di responsabilità del singolo fedele (cfr. c. 116 § 1; H. PREE, in: *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, c. 116), in altre parole: «Come distinzione tra l'attività da attribuire all'organizzazione ecclesiastica e quella che realizzano i fedeli sotto la propria responsabilità, senza implicare tale organizzazione»: C.J. ERRAZURIZ M., *La persona nell'ordinamento* (nota 3) 34 s.

Questo vuol dire: L'uno non si può realizzare legittimamente a scapito dell'altro; cioè la difesa dell'uno (persona) non impedisce la difesa dell'altro (interesse comune, organizzazione ecclesiastica, responsabilità della Chiesa come tale): Tutt'e due mirano al conseguimento dell'unico fine della Chiesa, che coincide col fine dei singoli: la *salus animarum*. Cfr. G. LO CASTRO, «Pubblico» e «privato» nel diritto canonico, in: *Il Diritto Ecclesiastico* 106 (1995) I 110-139.

⁽⁷⁾ «Bene comune e bene del singolo qui coincidono in modo perfetto: qui si è al

La giustizia, orientata alla *alteritas* e alla *res iusta*⁽⁹⁾, nella Chiesa si riferisce, quindi, al « disegno ecclesiale della salvezza »⁽¹⁰⁾. Perciò tutti i principi, tutti gli istituti giuridici, e tutte le norme giuridiche hanno valore e senso sul piano della giustizia ecclesiale, in quanto rendono possibile e assicurano a ciascuna persona « quella sua partecipazione al mistero salvifico che le appartiene secondo giustizia »⁽¹¹⁾. I *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant* (1967), dopo aver affermato e postulato la *indoles iuridica* del nuovo Codice, mettono in evidenza propriamente questo tipo di giuridicità ecclesiale, distinguendola nettamente da regole di altro tipo (*regula fidei*, *regula morum*), in stretta connessione al fine proprio della Chiesa, alla salvezza delle anime: « *Christifidelis in canonibus ipsi propositis, invenire debet qua ratione in vita religiosa ipse se conducere oporteat, si particeps esse vult bonorum quae Ecclesia offert, ut salutem aeternam assequatur. Canonici quoque iuris obiectum praecipuum et essenziale est iura et obligationes uniuscuiusque hominis erga alios et erga societatem definire atque tueri, etsi eatenus fieri possit in Ecclesia quatenus ad Dei cultum et animarum salutem pertineant* »⁽¹²⁾.

di là delle categorie del diritto pubblico e del diritto privato, che si applicano negli ordinamenti statali, poiché qui tutto è diritto pubblico, poiché tutto è instaurazione della società cristiana e quindi tutto è dominato dalla *utilitas Ecclesiae*. Ma questa instaurazione è la partecipazione dei singoli, e tendenzialmente di tutti gli uomini, di tutta l'umanità alla società perfetta, la quale partecipazione è salvezza del singolo; e perciò si può dire che qui tutto è diritto privato.

La *salus animarum* è proprio la formula che riassume questa duplicità, poiché la *salus animarum* è la salvezza dei singoli, il compimento del loro destino, e quindi riguarda singoli, ma in quanto la *salus* si consegue solo con la partecipazione alla società perfetta in Cristo, con la edificazione del Corpo mistico, riguarda il tutto»: M.F. POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, in: G. COMOTTI-S. GHERRO-G. LO CASTRO ed altri (ed.), *Studi sul primo libro del Codex Iuris Canonici*, a cura di S. Gherro, Padova 1993, 2-33, 30. Cfr. G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione. Compendio di diritto ecclesiale*, Milano-Roma 1990, 68 s.

(8) M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 28. Cfr. Vat II GS 24 s.

(9) S. TOMMASO, S. Th. II-II qu. 57, art. 1 passim; qu. 58, art. 2 passim.

(10) C.J. ERRAZURIZ M., *La persona nell'ordinamento canonico* (nota 3) 23: « Il diritto canonico può descriversi come la dimensione giuridica del disegno ecclesiale della salvezza ». Cfr. S. Th. I-II. qu. 90 a. 2, conclusio: « *Cum lex sit regula humanorum actuum quorum ultimus finis est beatitudo, et quidem communis; necesse est, eam semper ad bonum commune ordinari.* » Cfr. I-II qu. 96 a. 6.

(11) C.J. ERRAZURIZ M., *La persona nell'ordinamento canonico* (nota 3) 23.

(12) *Principium* nr. 1, in: *Communicationes* 1 (1969) 77-85, 78 s.

Il principio « *salus animarum in Ecclesia suprema semper lex esse debet* » informa non soltanto il concetto di giustizia ecclesiale su un piano astratto, ma informa e pervade tutto l'ordinamento canonico⁽¹³⁾. Questo vuol dire che:

— *in Ecclesia*: s'intende in senso omnicomprensivo⁽¹⁴⁾, cioè detto principio vale per tutti i membri della Chiesa, in tutte le sue strutture, in tutte le sue attività (anche penali)⁽¹⁵⁾ e conseguentemente *nell'intero* ordinamento giuridico ecclesiale;

— *suprema semper lex esse debet*: la *salus animarum* come fine supremo dell'ordinamento è la sua *causa causarum*⁽¹⁶⁾, cioè della *causa materialis*, della *causa formalis* e della *causa efficiens*. Quindi la *salus animarum* sta al di sopra di qualunque altro principio e di qualsiasi norma giuridica canonica e di ogni atto di applicazione e osservazione delle norme canoniche. Perciò è giusto parlare della *salus animarum* come *norma normans* del diritto canonico⁽¹⁷⁾, che « orienta il diritto

⁽¹³⁾ Anche il magisterio pontificio non lascia alcun dubbio sul fatto, che il principio *salus animarum* si riferisce a tutte le dimensioni dell'ordinamento canonico e a tutti gli ambiti della amministrazione (in senso largo) della Chiesa. Pio XII, nella sua Allocuzione del 17.10.1953 insegna fra l'altro: « *Quemadmodum omnia quae in Ecclesia sunt ita ius canonicum quoque omnino in animarum curationem contendere ... Sive cum is ecclesiastica res administrat, sive cum iudicia exercet, sive cum sacrorum administrator aut Christifideles consilio iuvat, assidue cogitet a se de animarum salute ... rationem esse reddendam* »: AAS 45 (1953) 682-690, 688.

Questo argomento venne confermato anche da PAOLO VI, fra l'altro nella sua Allocuzione del 17.9.1973, in: *Communicationes* 5 (1973) 123-131, 127; e nell su Allocuzioni del 19.2.1977, in: AAS 69 (1977) 208-212 e del 28.1.1978, in: AAS 70 (1978) 181-186, 182 nonché nella sua Allocuzione del 8.2.1973, in: AAS 65 (1973) 95-103 passim. La stessa linea segue anche l'Allocuzione di GIOVANNI PAOLO II del 21.10.1998 (*L'Osservatore Romano* del 21.10.1998, pag. 3), nr. 2 e 3.

⁽¹⁴⁾ Questa nota più tipica dell'ordinamento canonico (il suo essere ordinato alla *salus animarum* e impregnata dalla *salus animarum*) in tutti i suoi aspetti, si chiama *carattere pastorale*: Cfr. PAOLO VI, Allocuzione del 19.2.1977 (nota 13); Allocuzione del 8.2.1973, in: AAS 65 (1973) 95-103; GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione del 21.10.1998 (nota 13); nr. 3 dei Principia (nota 12) 79; R. I. CASTILLO LARA, *Some Reflections on the proper Way to approach the Code of Canon Law*, in: *Communicationes* 17 (1985) 267-286, 281-285.

⁽¹⁵⁾ Cfr. F. DI MATTIA, *Pena e azione pastorale nel diritto penale della Chiesa*, in: *MonEcll* 114 (1989) 35-67.

⁽¹⁶⁾ *Finis est causa causarum*: S. TOMMASO, In *Metaphysicam Aristotelis* Comentariorum V 1 e 2.

⁽¹⁷⁾ « Ogni norma, in quanto posizione particolare della norma suprema, è se stessa nella sua particolarità, ed insieme è la norma suprema in quanto posizione parti-

positivo in un senso ben determinato: In un certo modo lo chiude determinandone i limiti, venendo, cioè, a precisare nella sua stessa definizione, la volontà del legislatore obiettivata nella norma»⁽¹⁸⁾.

2. *La presenza giuridico-canonica del principio salus animarum nei vari livelli e rami dell'ordinamento canonico.*

a) *In generale.*

Dato che la *salus animarum* è norma normans dell'intero ordinamento canonico, a cui quindi «*iuridica ordinatio Ecclesiae, leges et praecepta, iura et officia quae exinde consequuntur*», come al suo fine soprannaturale devono adeguarsi (*congruere debent*)⁽¹⁹⁾, quest'ordinamento e tutte le sue componenti richiedono una specifica *flessibilità*. «Poiché il suo fine ultimo è raggiunto soprattutto con una nuova vita nello Spirito, le norme della legge tendono a salvaguardare l'esercizio della fede, dei sacramenti, della carità e del governo ecclesiastico»⁽²⁰⁾. Di questa vita nuova (soprannaturale) il diritto canonico dev'essere segno e fautore: «*Nam ius in mysterio Ecclesiae habet rationem veluti sacramenti seu signi vitae supernaturalis christifidelium, quam signat et promovet*»⁽²¹⁾. Precisamente questa peculiarità del diritto canonico esige che tutte le attività ed i fenomeni giuridici nella Chiesa rendano possibile e favoriscano questa vita nello Spirito⁽²²⁾ — nonostante le vicendevoli, varie condizioni e dif-

colare di questa; e quindi si può dire che ogni norma nel suo essere se stessa, in quanto porta inclusa in sé la norma suprema, in quanto non è nella sua essenza che la norma suprema, è subordinata, come particolare, alla norma fondamentale, alla piena e sovrana validità di questa norma, e trova in essa una perpetua ed intrinseca limitazione della sua portata»: M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 28 s.

(18) M.E. CASELLATI ALBERTI, *Note sulla salus animarum come fine della norma giuridica*, in: *La norma en el derecho canonico*. Actas del III Congreso Internacional de derecho canónico, Pamplona, 10-15 de octubre de 1976, vol. I, Pamplona 1979, 683-690, 687 s.

(19) Principia del 1967 (nota 12) nr. 3; questo, infatti, non esclude, bensì implica, che la strumentalità per la salvezza è presente in diversi gradi di intensità od immediatezza, e perciò il testo del principio nr. 3 continua, che «*non omnes normae iuridicae ad finem supernaturalem vel curam pastorem fovendam directe proferuntur*». Sulla rilevanza di questa graduatoria del servizio delle norme in riguardo alla *salus* torneremo più avanti.

(20) GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione del 21.10.1998 (nota 13) 553, nr. 2.

(21) Nr. 3 dei Principia del 1967 (nota 12) 79.

(22) Nella Costituzione Apostolica *Sacrae Disciplinae Leges*, GIOVANNI PAOLO II dichiara solennemente: «*Quae cum ita sint, satis apparet finem Codicis minime illum esse,*

ficoltà, nelle quali gli uomini possano trovarsi⁽²³⁾. Occorre quindi, una flessibilità per far valere l'orientamento pastorale del diritto sul piano tecnico-giuridico — una flessibilità di taglio pastorale, che non svuoti e non sminuisca la forza giuridica della legge⁽²⁴⁾, bensì operi «come complemento di essa, dal momento che essi in realtà garantiscono che sia raggiunto il suo scopo fondamentale»⁽²⁵⁾.

La flessibilità, proprio in base alla sua ragion d'essere, non deve essere limitata a tecniche di flessibilità come la dispensa, ma deve essere una nota tipica dell'ordinamento canonico come tale, perché scaturisce dalla sua *norma suprema (salus animarum)*.

A questo scopo l'ordinamento canonico necessita degli strumenti, che rendano *giuridicamente applicabili* le esigenze di flessibilità a tutti i livelli e in tutti i rami del diritto ecclesiale. Il secolare istituto canonico finalizzato a tale scopo è *l'aequitas canonica*: Questa, in una certa misura, riassume in sé tutte le tecniche di flessibilizzazione, e rappresenta per loro il titolo giuridico legittimante e sta al di sopra di esse:

— come chiave ermeneutica che orienta l'impiego delle tecniche di flessibilizzazione alla *salus animarum*⁽²⁶⁾;

— come strumento *par excellence* di mediazione fra la *norma suprema (salus animarum)* e tutte le emanazioni di tipo giuridico nella Chiesa (compresa l'osservanza delle norme e dei precetti giuridici);

ut in vita Ecclesiae vel christifidelium fides, gratia, charismata ac praesertim caritas substituantur. E contrario, Codex eo potius spectat, ut talem gignat ordinem in ecclesiali societate, qui, praecipuas tribuens partes amori, gratiae atque charismatibus, eodem tempore faciliorem reddat ordinatam eorum progressionem in vita sive ecclesialis societatis, sive etiam singulorum hominum, qui ad illam pertinent. »

⁽²³⁾ «*Verumtamen indoles pastoralis iuris canonici hac una consideratione nequaquam continetur; siquidem mediatio salvifica, Ecclesiae concredita, attendat oportet etiam ad concretas condiciones sociales-culturales et spatiales-temporales ut aiunt, in quibus homines versantur. Ceterum autem lex suapte natura "generalia tantum respicit"*»: PAOLO VI, Allocuzione del 19.2.1977 (nota 13) 210.

⁽²⁴⁾ «*Primum enim servitium pastorale, quod diaconia iuris appellatur, hac in re eo pertinet, ut sit verum ius. Solummodo enim si tale est, postulationibus pastoralibus, in propria sua provincia, respondet*»: PAOLO VI, Allocuzione del 19.2.1977 (nota 13), 211.

⁽²⁵⁾ GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione del 21.10.1998 (nota 13) 553-555, nr. 3.

⁽²⁶⁾ «*Etiam leges quae sunt recte positae, in aliquibus casibus deficiunt; in quibus si servarentur, essent contra ius naturale. Et ideo in talibus non est secundum litteram legis iudicandum, sed recurrendum ad aequitatem, quam intendit legislator*»: S. Th. II-II qu. 60 a. 5.

— come istituto giuridico-canonico collocato «al centro, per non dire all'apice di tutto l'ordinamento canonico»⁽²⁷⁾.

Giova mettere in evidenza, almeno nelle sue linee fondamentali, la struttura e funzione dell'*aequitas canonica*⁽²⁸⁾ in base al diritto canonico vigente nonché al magistero pontificio⁽²⁹⁾ in questione ed ai risultati dottrinali recenti. Questo processo dottrinale ha condotto in ultima analisi ad un notevole approfondimento e ad un ripristino del concetto classico della *aequitas canonica*⁽³⁰⁾.

b) *L'aequitas in relazione al fine.*

C'è un necessario, sostanziale rapporto tra *salus animarum* ed equità canonica: «*servata aequitate canonica et prae oculis habita salute animarum, quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet*» (c. 1752). Oltre al Codice del 1983, il nr. 3 dei *Principia* del 1967⁽³¹⁾ e l'insegnamento dei Papi collegano — seguendo il menzionato indi-

⁽²⁷⁾ M. F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 28.

⁽²⁸⁾ Per quanto riguarda la differenza fra *aequitas naturalis* ed *aequitas canonica*: cfr. cc. 271 § 3; 686 § 3; 702; 1148 § 3 (nel secondo e terzo esempio il legislatore non usa espressamente la parola *naturalis*, però la somiglianza alle altre due regole ci fa presumere l'identità del significato a causa della *identitas rationis*).

R. OMBRES, *Giustizia ed equità nel nuovo Codice di diritto canonico latino: note introduttive*, in: Apollinaris 61 (1988) 717-736, 730, fa notare al riguardo: «L'equità è una virtù naturale che mira a temperare e quasi "umanizzare" la giustizia intesa in senso stretto, così che nessun danno spirituale o temporale, nessun incommodo, possa derivare ai sudditi dall'osservanza della legge. L'equità naturale regola l'attività umana in ogni società civile ed a fortiori nella Chiesa».

⁽²⁹⁾ È stato PAOLO VI stesso a suggerire e stimolare un ripensamento dell'*aequitas canonica*: AAS 62 (1970) 112; Allocuzione del 8.2.1973 (nota 13) 100: «Oggi, l'influenza del Concilio Vaticano II si fa sentire sempre più sull'evoluzione del diritto: non si renderà forse necessario un ripensamento dell'*aequitas canonica* alla luce del Concilio stesso, per conferire ad essa un valore più cristiano e un significato più fortemente pastorale?»

⁽³⁰⁾ La famosa, classica definizione della *aequitas canonica* risale a HOSTIENSIS: «*Aequitas vero media est inter rigorem et dispensationem ... Aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata vel dicitur aequitas est motus rationabilis regens sententiam et rigorem*»: Summa Aurea, Lib. V. De dispensationibus (ed.: Lyon 1537 = Aalen 1962, 289). A proposito delle radici storiche dell'*aequitas* (con ampia bibliografia) cfr. O. BUCCI, *Per una storia dell'equità*, in: T. BERTONE-O. BUCCI (ed.), «La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico». «*Aequitas romana ed aequitas canonica*». Atti del III Colloquio (Roma 24-26 aprile 1980) e del IV Colloquio (Roma 13-14 maggio 1981) «Diritto romano - diritto canonico», Roma 1990, 257-317.

⁽³¹⁾ *Communications* 1 (1969) 79 s.

rizzo pastorale — la *aequitas canonica* con il principio della *salus animarum* ⁽³²⁾. Questo stretto nesso trae le sue origini dallo sviluppo storico dell'istituto della *aequitas* ⁽³³⁾ e fa sì che l'equità canonica risulti, come principio prevalente per tutti gli aspetti della applicazione della legge canonica, un principio, che orienta l'applicazione delle norme giuridiche nei casi concreti al vero bene dei fedeli, alla loro *salus animarum* ⁽³⁴⁾.

c) *L'aequitas canonica sotto l'aspetto materiale.*

Sulle orme della definizione dell'Hostiensis (*iustitia dulcore misericordiae temperata*), il *Principium* nr. 3, nello stabilire il carattere pastorale del futuro Codice, postula: «*Quare, in legibus Codicis Iuris Canonici elucere debet spiritus caritatis, temperantiae, humanitatis ac moderationis, quae, totidem virtutes supernaturale, nostras leges distinguunt a quocumque iure humano seu profano. In iure condendo Codex non tantum iustitiam sed etiam sapientem aequitatem colat, quae fructus est benignitatis et caritatis, ad quas virtutes exercendas Codex discretionem atque scientiam Pastorum et iudicum excitare satagat*» ⁽³⁵⁾. Queste due frasi vengono letteralmente riprese da Paolo VI, l'ultima come «*regula aurea*» ⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ PAOLO VI, Allocuzione del 8.2.1973 (nota 13); Allocuzione del 19.2.1977 (nota 13).

⁽³³⁾ H. ZAPP, *Das Prinzip der salus animarum im kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung des nicht rechtskräftigen Urteils*, Freiburg i. Br. 1975, 139-155; Th. SCHÜLLER, *Barmherzigkeit* (nota 5) 345-374 e 407.

⁽³⁴⁾ PAOLO VI, Allocuzione del 19.2.1977 (nota 13) 210; Allocuzione del 8.2.1973 (nota 13) 99 s.; GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione del 21.10.1998 (nota 13) 553, nr. 3: «In realtà, il carattere pastorale della legge canonica è la chiave per la corretta comprensione della equità canonica, di quell'atteggiamento della mente e dello spirito che tempera il rigore della legge onde perseguire un bene superiore. Nella Chiesa l'equità è una espressione della carità nella verità, tendente ad una superiore giustizia che coincide con il bene soprannaturale dell'individuo e della comunità. L'equità, quindi, dovrebbe caratterizzare l'opera del pastore e del giudice, i quali devono continuamente prendere a modello il Buon Pastore "consolando coloro che sono abbattuti, guidando coloro che hanno sbagliato, riconoscendo i diritti di coloro che sono stati ingiuriati, calunniati e ingiustamente umiliati"».

⁽³⁵⁾ *Communicationes* 1 (1969) 79.

⁽³⁶⁾ La prima frase nella Allocuzione del 19.2.1977 (nota 13) 211; la ultima frase nella Allocuzione del 8.2.1973 (nota 13) 96; ivi il Papa continua: «Il diritto canonico così appare non solamente come norma di vita e regola pastorale, ma altresì come scuola di giustizia, di discrezione e di carità operante».

L'*aequitas*, affinché diventi «*canonica*», è sin dalla Patristica collegata alla *misericordia (patristica)*: Così la *aequitas* non è soltanto giustizia materiale nel caso concreto, ma assume qualità teologica, perché informata dalla carità evangelica verso la *salus animarum* ⁽³⁷⁾. È stata innanzitutto questa nota essenziale della equità, cioè la *caritas* e la *misericordia* e la mansuetudine, per il bene delle anime nella applicazione del diritto, a contribuire al ripristinato (sulle orme della patristica) nuovo concetto dell'equità canonica, come è stato sviluppato negli insegnamenti di Paolo VI: Un concetto teologicamente equilibrato, perché comprende oltre agli aspetti della filosofia del diritto (la equità come giustizia superiore) anche quelli tipicamente teologici (soteriologici ed ecclesiologici) ⁽³⁸⁾: In tal modo, il concetto della equità assume il taglio di «equilibrio e misura secondo il Vangelo», e include la realizzazione della giustizia, che mai può essere scartata in nome della equità ⁽³⁹⁾. Con il Pompedda possiamo riassumere: «L'*aequitas canonica* ha indubbiamente il significato di *temperantia, humanitas, asperitatis remissio, caritas, benignitas, misericordia* come quando opera, quale *elementum correctivum iuris*, nell'ambito della pura tecnica ermeneutica. Quando tuttavia esce da questo ambito ed ha il significato e la funzione di fonte formale di diritto, la *misericordia* non coincide con la *temperantia* o con l'*asperitatis remissio*, non potendosi in alcuni casi la *misericordia* e *benignitas* essere disgiunte dalla *severitas*» ⁽⁴⁰⁾.

d) *L'aspetto strutturale e funzionale dell'aequitas canonica.*

L'*aequitas canonica* non è una norma giuridica, neanche un principio metagiuridico, bensì un *principio giuridico-canonico plurifunzionale*. Mentre il principio della *salus animarum*, come obiettivo supremo dell'ordinamento canonico trascende quest'ordinamento e, quindi, è da ritenersi un principio trascendente o metagiuridico, il

⁽³⁷⁾ Cfr. Th. SCHÜLLER, *Barmherzigkeit* (nota 5) 415.

⁽³⁸⁾ A qualche restrizione ed unilateralità nello sviluppo del concetto dell'equità canonica, specialmente nella dottrina di F. SUAREZ (dottrina comunemente accettata nella canonistica fino al XX. secolo): cfr. F.J. URRUTIA, *Aequitas canonica*, in: Apollinaris 63 (1990) 205-239; Th. SCHÜLLER, *Barmherzigkeit* (nota 5) 345-374 e 408-417.

⁽³⁹⁾ F.J. URRUTIA, *Aequitas canonica* (nota 38) 227-233.

⁽⁴⁰⁾ M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 27. Per una vista approfondita della nozione e della funzione della *misericordia* nel diritto canonico: G. LESAGE, *Le droit ecclésiastiel et la misericorde*, in: StCan 14 (1980) 431-449.

principio dell'*aequitas canonica* rappresenta un principio intrinseco, cioè immanente al ordinamento canonico⁽⁴¹⁾.

Le funzioni dell'*aequitas canonica* sono:

I. La funzione *trasformatoria*: Il principio serve per trasformare il principio metagiuridico⁽⁴²⁾ della *salus animarum* alla sfera giuridica, cioè per renderlo giuridicamente applicabile⁽⁴³⁾. Questa funzione trasformatrice è necessaria per rendere possibile la concretizzazione della norma suprema in forma di principi, istituti e norme giuridiche; poiché queste ultime devono essere manifestazioni particolari della norma suprema, subordinate a questa.

II. *Funzione suppletoria*: Questa funzione è prevista nel c. 19⁽⁴⁴⁾. Conformemente a tale norma dobbiamo « attribuire all'*aequitas* il valore e la funzione di fonte formale di diritto: l'interprete cioè deve ricorrere ad essa non già per applicare equitativamente una determinata norma, ma per supplire alla mancanza di una norma »⁽⁴⁵⁾. Giova però, notare che il c. 19 stabilisce una relazione fra l'equità e i principi generali del diritto: « *generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis* ». L'*aequitas canonica*, qua, oltre ad essere un principio oggettivo autonomo accanto ai principi generali del diritto, svolge la funzione di orientare la scelta dei principi generali del diritto alla *salus animarum*, ai beni e valori tanto individuali quanto comuni. In quest'ultima funzione l'equità è un modo di servirsi dei principi generali del diritto.

III. *Funzione correttiva*: Anche la funzione correttiva dell'equità « finisce per essere nel caso specifico una norma costruita dall'interprete (dottrinale o giurisdizionale) sempre in derivazione dall'e-

(41) Cfr. F.J. URRUTIA, *Aequitas canonica* (nota 38) 226 s., 231: «È un principio fondamentale per configurare dall'interno tutta la vita giuridica della Chiesa, vita che deve ispirarsi immediatamente a criteri rivelati e derivanti dalla natura stessa della Chiesa in quanto realtà sociale-misterica, criteri non riducibili a soli concetti metafisici razionali»; W. WITTESS, *Equité et opportunité dans le code de droit canonique*, in: *L'Année Canonique* 28 (1984) 49-56, 56.

(42) Cfr. M.E. CASELLATI ALBERTI, *Note sulla salus animarum* (nota 18) 684-688.

(43) Cfr. Th. SCHÜLLER, *Barmherzigkeit* (nota 5) 406.

(44) Il precedente storico si trova nella Decretale X 1,36,11: «*In his vero super quibus ius non videtur expressum, procedas aequitate servata, semper in humaniorem partem declinando, secundum quod personas et causas, loca et tempora videris postulare*».

(45) M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 20.

quità»⁽⁴⁶⁾. La necessità della correzione della legge nel caso concreto può essere dovuta a due fatti: O ad un difetto della legge in sé, o alla peculiarità delle circostanze concrete, che richiedono degli adattamenti — compresa la non-applicazione della norma rispettiva. Il motivo legittimante anche nella ultima ipotesi (agire contrariamente alla norma scritta) non è soltanto: «*Ad vitanda mala maiora pro bono animarum*»⁽⁴⁷⁾, ma altrettanto la *salus animarum*. Quando una legge è in sé imperfetta (difettibile)⁽⁴⁸⁾, «deve essere interpretata ed applicata in modo che le imperfezioni vengano evitate o almeno diminuite, senza però abrogare o svuotare di fatto la legge»⁽⁴⁹⁾. Mentre l'equità nella sua funzione suppletiva non coincide con la *temperantia*, *misericordia*, *benignitas*, nella sua funzione correttiva invece riveste il significato di *temperantia*, *humanitas*, *aspiratitatis remissio*, *caritas*, *benignitas*, *misericordia*⁽⁵⁰⁾.

IV. *Funzione applicativa*: L'*aequitas canonica* è il principio centrale per l'applicazione delle norme canoniche⁽⁵¹⁾, in quanto consente di tener conto di tutti gli elementi sia di fatto (*in facto*) sia di diritto (*in iure*) nel caso concreto, che rendono possibile la decisione più consona al fine ultimo (*salus animarum*). L'equità canonica è perciò, allo stesso tempo, il titolo giuridico ed il criterio per *trovare* e per *scegliere* detti elementi di fatto come di diritto (cfr. c. 90), cioè topoi — in base alle, e partendo dalle, norme applicabili e dalla loro corretta interpretazione⁽⁵²⁾.

(46) M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 22.

(47) P. AGOSTINO D'AVACK, *Trattato* (nota 2) 143-152.

(48) A differenza della legge oggettivamente ingiusta: questa, dovuta alla cessazione contraria del *finis legis*, cessa «*ab intrinseco*»: cfr. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, vol. I, Parisiis-Tornaci-Romae²1949, 646-649; P. ERDŐ, *Teologia* (nota 1) 160 s.

(49) C.J. ERRAZURIZ M., *Verità e giustizia, legge e coscienza nella Chiesa: Il diritto canonico alla luce dell'Enciclica Veritatis Splendor*, in: «*Ius Ecclesiae*» 7 (1995) 277-292, 288.

(50) M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 27.

(51) PAOLO VI, Allocuzione del 8.2.1973 (nota 13) 99; Allocuzione del 19.2.1977 (nota 13) 210. Il Codice del 1983 lo conferma in quanto i cc. 221 § 2 e 1752 obbligano gli organi applicativi di impiegare le norme canoniche rispetto l'equità canonica. Anche le altre norme del Codice, che fanno riferimento all'equità, sono norme di carattere applicativo: cc. 271 § 3; 686 § 3; 702 § 2; 1148 § 3. Cfr. Th. SCHÜLLER, *Barmherzigkeit* (nota 5) 417-423.

(52) GIOVANNI PAOLO II mette in risalto, che la chiave per comprendere corret-

Per questo, l'impiego dell'*aequitas* non può essere un principio arbitrario. Ad esempio, la legge delle volte prevede una soluzione «*ex bono et aequo*»⁽⁵³⁾. A differenza della funzione applicativa in quanto manifestazione della *iustitia distributiva*, l'*aequitas canonica* non può essere applicata nella dimensione della *iustitia commutativa* a contratti bilaterali sinallagmati cioè: «*Ergo aequitas spectat solummodo legem supplendam, adiuvandam vel corrigendam; numquam vero respicit onus ex contractibus bilateralibus proveniens ... Siquidem, in causis contentiosis ex contractu bilateralibus, Iudex nequit in favorem unius partis aequitatem applicare, quin contra alteram partem iniquitatem committat*»⁽⁵⁴⁾.

È molto delicata la questione, se l'*aequitas canonica* sia anche un principio *interpretativo*. Se anche ogni applicazione di una norma giuridica presupponga e includa la sua interpretazione, la interpretazione invece si ha anche indipendentemente dalla applicazione (autoritativa e vincolante), p.es. da parte della dottrina. Sono due i motivi, sui quali si fonda la mia tesi, che l'impiego dell'*aequitas canonica* riguardi anche l'interpretazione:

— L'orientamento di tutta l'attività giuridica nella Chiesa alla *salus animarum* esige, che il contenuto prestabilito della norma vada inteso nel senso più consono per servire alla *salus animarum*. Proprio per quest'orientamento, la dottrina sulla interpretazione canonica richiede qualche ulteriore sviluppo. Si dovrebbe tener conto, fra l'altro, dei risultati della filosofia del linguaggio, e del processo d'interpretazione che si verifica in senso pieno soltanto in quanto la norma va interpretata riguardo ad un caso concreto (reale o fittizio). L'interpretazione non s'esaurisce nello scoprire la volontà del legislatore, perché questa è necessariamente una volontà — se anche diretta alla

tamente l'equità canonica è il carattere pastorale della legge canonica; l'equità canonica, quindi, è «quell'atteggiamento della mente e dello spirito che tempera il rigore della legge onde perseguire un bene superiore. Nella Chiesa l'equità è espressione della carità nella verità, tendente ad una superiore giustizia che coincide con il bene soprannaturale dell'individuo e della comunità.»: Allocuzione del 21.10.1998 (nota 11) 553, nr. 3. Come P. ERDŐ fa giustamente notare, l'equità canonica «sta a significare nel diritto canonico odierno il permanente invito all'osservanza e attuazione delle esigenze morali ...»: Teologia (nota 1) 154.

⁽⁵³⁾ Cfr. cc. 122; 281 § 1; 1135; 1346; 1446 § 2; 1580; 1718 § 4; 1733 §§ 1 e 2.

⁽⁵⁴⁾ Romana Rota, dec. 2.1.1951 coram WYNEN: cfr. F. LÓPEZ ILLANA, *De aequitate in iudiciis ea generalia quae in decisionibus S.R. Rotae iacent*, in: Per 59 (1970) 485-494, 493.

salvezza delle anime e al bene pubblico — generale, espressa in termini generali della legge. Non prevede le situazioni concrete, quindi non si può risalire a questa volontà per quanto riguarda le questioni da affrontare sulla scorta del caso concreto, se non mediante una netta finzione.

— La giurisprudenza della Romana Rota riconosce la *interpretatio aequitativa* espressamente⁽⁵⁵⁾. Il supremo legislatore ecclesiastico prevede la rilevanza giuridica, in alcuni casi anzi la forza giuridica vincolante, della interpretazione canonica in certi ambiti, emanata dai tribunali apostolici o dicasteri della Curia Romana: c. 19; art. 126 Cost. Ap. Pastor Bonus⁽⁵⁶⁾.

Visto, che l'*aequitas* canonica deve penetrare e ispirare l'intero ordinamento canonico, le sue funzioni principali devono essere impiegate a tutti i livelli del sistema canonico.

V. *Funzione evolutiva*: Sia la funzione applicativa che quella suppletoria e correttiva nel senso appena descritto investono il carat-

(55) P. es. dec. 13.3.1987 coram PALESTRO, nr. 5; dec. 23.10.1991 coram FUNGHINI, nr. 10; dec. 14.1.1978 coram DI FELICE, nr. 5; dec. 22.5.1991 coram PALESTRO (presuppone l'interpretazione equitativa almeno implicitamente); cfr. I. PARISELLA, *De aequitate doctrina et praxis in iurisprudencia rotali*, in: *Apollinaris* 53 (1980) 375-398; F. LÓPEZ ILLANA, *De aequitate in iudiciis* (nota 54) 485-494.

(56) Rivolgendosi alla Rota Romana, GIOVANNI PAOLO II dichiarava nella sua Allocuzione del 24.1.1992: Ancora e proprio nell'ambito della interpretazione della legge canonica, particolarmente ove si presentino o sembrano esservi «lacunae legis», il nuovo Codice — esplicando nel canone 19 ciò che poteva essere desumibile anche dall'omologo canone 20 del precedente testo legislativo — pone con chiarezza il principio per cui, fra le altre fonti suppletorie, vi sia la giurisprudenza e prassi della Curia Romana. Se poi restringiamo il significato di tale espressione alle cause di nullità di matrimonio, appare evidente che, sul piano del diritto sostantivo, e cioè di merito, per giurisprudenza deve intendersi, nel caso, esclusivamente quella emanante dal Tribunale della Rota Romana. In questo quadro è quindi da intendere anche quanto afferma la Costituzione «Pastor Bonus», ove attribuisce alla stessa Rota compiti tali per cui essa «unitati iurisprudenciae consulit et, per proprias sententias, tribunalibus inferioribus auxilio est (art. 126)»: AAS 85 (1993) 140-143, 143; cfr. anche la Allocuzione di GIOVANNI PAOLO II del 26.1.1984, in: AAS 76 (1984) 643-649, 647 nr. 6., dove il Papa mette in evidenza il valore giuridico della interpretazione delle leggi, cioè della forza interpretativa. Cfr. J. LOBEL, *Annotazione ai discorsi di Giovanni Paolo II alla Rota Romana del 1992 e del 1993*, in: *Ius Ecclesiae* 5 (1993) 825-829, 828; H. PREE, *Aus der Rechtsprechung der Rota Romana. Ausgewählte Fragen der Gerichtsjahre 1989/90-1993/94*, in: *De Processibus Matrimonialibus* 1 (1994) 95-125, 99 s.; cfr. J. I. ARRIETA, *Il valore giuridico della prassi nella Curia Romana*, in: AA.VV., *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano 1996, 95-109; Th. SCHÜLLER, *Barmherzigkeit* (nota 5) 427.

tere dell'*aequitas canonica* « come principio promotore di evoluzione del diritto canonico, per adattarlo alle nuove esigenze dottrinali o vitali »⁽⁵⁷⁾. Ogni atto suppletivo, correttivo, interpretativo e applicativo è più o meno nomopoietico, cioè contiene degli elementi creativi oltre a quelli riproduttivi⁽⁵⁸⁾.

e) *Inquadramento dell'aequitas canonica nei quattro livelli ontologici e genesiaci del diritto canonico*⁽⁵⁹⁾.

L'*aequitas canonica*, intesa come strumento di mediazione fra caso concreto e norma suprema⁽⁶⁰⁾, e allo stesso tempo fra *generalia iuris principia* (*l'equita regola nel caso concreto la loro applicabilità*) e *caso concreto*⁽⁶¹⁾, è situata in tutti i quattro livelli — sicché le funzioni accennate dell'equità (anch'esse quattro) svolgono un ruolo diverso e si realizzano in diversi gradi di intensità, a seconda del livello.

Al 1° livello: Si trovano i principi generalissimi del diritto, come ad esempio la giustizia e il *suum cuique*, la uguaglianza (formale). A questo livello, l'*aequitas canonica* svolge la funzione di coordinamento e orientamento di tutti gli altri principi (che fanno parte dei *generalia iuris principia*). Ad esempio, la giustizia formale non può mai essere ostacolo per la salvezza, ma deve invece rivestire la fun-

(57) F.J. URRUTIA, *Aequitas canonica* (nota 38) 227; cfr. Th. SCHÜLLER, *Barmherzigkeit* (nota 5) 424-427; cfr. F. J. URRUTIA, *Equità canonica* (*aequitas canonica*), in: C. CORRAL SALVADOR e.a. (ed.), *Nuovo Dizionario di diritto canonico*, Milano 1993, 447-450, 449 s.

(58) Questo vale in realtà anche per l'interpretazione, benché la dottrina tradizionale riconosca e si concentri quasi esclusivamente sull'aspetto cognitivo dell'interpretazione (in riguardo al contenuto normativo prestabilito), e quindi separa nettamente l'interpretazione dalla applicazione (cfr. anche il c. 17). Cfr. H. PREE, *Die evolutive Interpretation der Rechtsnorm* (nota 3) 203-256; Th. SCHÜLLER, *Barmherzigkeit* (nota 5) 217-287; cfr. nota 46. Per la funzione evolutiva nella giurisprudenza rotale, in quanto questa poggia alla *aequitas canonica*: I. PARISELLA, *De aequitate* (nota 55) 385-393; F. LOPEZ-ILLANA, *De aequitate* (nota 55).

(59) Sul concetto stesso dei quattro livelli ontologici e genesiaci del diritto canonico cfr. H. PREE, *Esercizio della potestà e diritti dei fedeli*, in: *Ius Ecclesiae* 11 (1999) 7-39, 18 s.; H. PREE, *The Divine and the Human of the Ius Divinum*, in: *Katholieke Universiteit Leuven, Fakulteit Kerkelijk Recht* (ed.), *In Diversitate Unitas*, Monsignor W. Onclin Chair 1997, Leuven 1997, 23-41, 36-41.

(60) M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 29.

(61) Cfr. sopra 2. c) e d); Th. SCHÜLLER, *Barmherzigkeit* (nota 5) 402.

zione di criterio per valutare l'uguaglianza, affinché questa possa assolvere la sua funzione verso la *salus animarum*.

Al 2° livello: Questi principi, sebbene siano anch'essi parte dei *generalia iuris principia*, rivestono un carattere molto più specifico e contenutistico in confronto a quelli del primo livello. Sono i principi basilari e portanti delle singole parti o materie del diritto, ad esempio il principio *consensus facit nuptias* per il diritto canonico matrimoniale; il principio della colpevolezza per il diritto penale e specialmente per l'istituto della irrogazione della pena ecclesiastica. Sarebbe, ad esempio, contro l'equità (sia naturale che canonica) agganciare la responsabilità penale al mero fatto dell'evento penale invece che alla colpevolezza. L'equità canonica, a questo 2° livello, serve specialmente per la scelta dei principi idonei. Fra questi principi sono da annoverare, fra l'altro: I principi del cosiddetto diritto naturale, la posizione giuridica fondamentale del cristiano in forza del battesimo (doveri e diritti fondamentali), la collegialità episcopale etc. (62).

Al 3° livello: L'ordinamento canonico vigente deve essere, il più possibile, manifestazione dell'*aequitas canonica*. Quest'ultima, perciò, dev'essere presente negli istituti giuridici e nelle norme giuridiche. Al posto di una *aequitas informata a iure* (63) occorre riconoscere piuttosto che il diritto stesso dev'innanzitutto essere informato alla equità (64). La differenza fra *aequitas scripta* (un rinvio formale all'equità) ed *aequitas non scripta* secondo il Pompedda « consiste nel fatto che mentre la prima esplica ed esaurisce la sua funzione sul terreno meramente ermeneutico in relazione all'interpretazione di determinate norme che espressamente fanno richiamo all'*aequitas*, la seconda ha invece una funzione ben più ampia ed importante, operando come un mezzo per supplire alla mancanza di una norma per il caso concreto da risolvere, e dunque assurgendo a vera e propria fonte di diritto » (65). La differenza sta nel fatto che nella prima ipotesi l'applicazione della *aequitas* è richiesta dalla norma, cioè non è eccezione mentre nella seconda ipotesi, è una eccezione alla legge.

(62) Cfr. M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 20 s.

(63) Cfr. C. LEFEBVRE, *Équité*, in: DDC VI (1953) col. 394-410.

(64) Cfr. F.J. URRUTIA, *Aequitas canonica* (nota 38) 220-227.

(65) M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 16.

A questo 3° livello, la *aequitas canonica* si manifesta nei vari istituti giuridici e tecniche giuridiche di flessibilizzazione del diritto.

Al 4° livello: L'equità canonica svolge tutte le sue funzioni suddette concretamente. È questo il livello della applicazione del diritto ai casi singoli. L'equità come espressione della norma suprema esige una « continua mediazione tra situazione concreta, norma particolare e norma suprema »⁽⁶⁶⁾. Partecipano a questa funzione mediatrice oltre al legislatore anche tutti gli organi applicativi « *Etenim aequitas in iure canonico praeest normis applicandis ad casus concretos — oculis in animarum salutem semper intentis — atque in mansuetudinem, in misericordiam, in caritatem pastoralem mutatur, quae non rigidam legis applicationem exposcit, sed verum bonum fidelium expetit. Hic profecto est ille spiritus, quo lex canonica ducitur et qui non difficile in amplissimis facultatibus deprehenditur, quae pastoribus et iudicibus conceduntur, ipsorum discretionis arbitrio exercendae* »⁽⁶⁷⁾.

A questo livello, l'*aequitas canonica* serve specialmente a rendere possibile la ponderazione e valutazione, il che è sempre necessario *in normis applicandis*, e a tener conto di tutte le circostanze del caso concreto per orientare la soluzione o decisione alla *salus*, applicando i criteri della carità e della verità. Non tutte le norme canoniche servono alla *salus animarum* nella stessa immediatezza. Perciò si ha una graduatoria a seconda della immediatezza o meno dell'orientamento alla *salus animarum*.

Per esprimersi in termini generali, si deve far ricorso all'*aequitas canonica* nella applicazione della legge, qualora questa fosse contro il diritto naturale o contro il bene comune — *salus animarum*⁽⁶⁸⁾, nei casi della cessazione (parziale o totale) contraria del fine della legge, nei casi di impossibilità o di eccessiva difficoltà dell'osservanza della stessa⁽⁶⁹⁾.

II. *Limiti intrinseci della flessibilità giuridica.*

I limiti *intrinseci* della flessibilità nelle sue varie manifestazioni scaturiscono dalla *causa finalis et materialis* delle norme canoni-

⁽⁶⁶⁾ M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 29.

⁽⁶⁷⁾ PAOLO VI, Allocuzione del 19.2.1977 (nota 13) 210.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. S. TOMMASO, S. Th. II-II, qu. 60, art. 5.

⁽⁶⁹⁾ M.F. POMPEDDA; *L'equità* (nota 7) 17; cfr. più avanti III. 4. b).

che⁽⁷⁰⁾, cioè dall'essere espressioni della norma suprema. Per dirlo con parole del Papa: «Ogni legge nella Chiesa contiene *verità* e *carità* come suoi elementi costitutivi e suoi motivanti principi»⁽⁷¹⁾. Mentre la verità rappresenta l'insieme di tutti i limiti *oggettivi*, la carità deve ispirare e formare l'atteggiamento *sogettivo* di tutti coloro, che agiscono nell'ambito del diritto, dal legislatore fino ai singoli fedeli che applicano e osservano la legge — dirigendo l'atteggiamento al bene dei singoli e di tutti⁽⁷²⁾. Tutti i limiti intrinseci oggettivi sono compresi ed integrati nella inalterabile esigenza della *verità*. L'orientamento alla *salus animarum* mediante l'impiego della *aequitas canonica* ed altri strumenti di flessibilizzazione del diritto non è mai pensabile a scapito delle esigenze inviolabili della verità. Non si farebbe un buon servizio alla *salus animarum* violando le esigenze della verità in nome della compassione o della *miserericordia*⁽⁷³⁾.

Quei limiti obbligano sia il legislatore, sia tutti gli organi preposti alla applicazione della legge, nonché il singolo fedele a seconda della situazione concreta:

1) Le verità della fede e della morale. Tuttavia non bisogna confondere le esigenze della verità con il rigorismo morale, in altre parole: La misericordia o anche la tolleranza come reazione ad una violazione non significa una approvazione del male da parte della Chiesa;

⁽⁷⁰⁾ Questa consiste nella *salus animarum*: «Quare iuridica ordinatio Ecclesiae, leges et praecepta, iura et officia quae exinde consequuntur, fini supernaturali congruere debent»: Principio nr. 3 dei *Principia* del 1967: *Communicationes* 1 (1969) 79.

⁽⁷¹⁾ GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione del 21.10.1998 (nota 13) 555, nr. 3 parte finale (la sottolineatura è nostra).

⁽⁷²⁾ Questo bene o fine ultimo è nella Chiesa in stretta interdipendenza con il bene comune: Tutt'e due coincidono nella *salus animarum*.

⁽⁷³⁾ Su quest'argomento: GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione alla Rota Romana del 28.1.1994 (L'Osservatore Romano del 29.1.1994, pag. 5), nella quale il Papa mette in risalto il sostanziale legame fra giustizia e verità, e risale alla Enciclica *Veritatis Splendor* del 6.8.1993.

Per esempio: Per assicurare l'orientamento del processo canonico verso la *salus animarum*, il processo canonico deve ispirarsi al principio del *favor veritatis*, anche a discapito della tutela della certezza delle situazioni giuridiche soggettive: cfr. P.A. BONNET, *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell'uomo. Studi sul processo canonico*, Torino 1998.

2) Diritto divino positivo e naturale; da prescrizioni negative (divieti) di diritto divino non è mai possibile nessuna eccezione: *Obligant semper et pro semper*;

3) Danni (specialmente spirituali) per singoli fedeli;

4) Scandalo per i fedeli;

5) Esigenze perentorie e costringenti dell'ordine pubblico, del bene comune o *bonum Ecclesiae*;

6) Tutte le realtà che sono indisponibili per la stessa persona, come ad esempio i diritti altrui⁽⁷⁴⁾;

7) Nessuno può essere obbligato ad agire contro la propria coscienza⁽⁷⁵⁾;

8) La soluzione del caso singolo deve essere compatibile con il sistema dell'ordinamento canonico fino al punto in cui non sia in contraddizione con le esigenze della *salus animarum* nel caso concreto (criterio della compatibilità con l'ordine pubblico e con il principio della *salus animarum*);

9) Esattamente come l'applicazione delle leggi, così altrettanto l'applicazione delle tecniche di flessibilizzazione non dev'essere mai *arbitraria*, invece dev'essere ben fondata su motivi validi, che esigono l'impiego di dette tecniche nell'interesse della *salus animarum*. Questa esigenza si riferisce specialmente al 3° e 4° livello ontologico del diritto.

III. *L'ambito giuridico dell'impiego delle tecniche di flessibilizzazione.*

1. *Premessa metodologica.*

A seconda del piano giuridico (come oggetto immediato) sul quale si applica la tecnica di flessibilizzazione, distinguiamo tre ambiti o campi diversi dell'impiego: Come strumento nelle mani del *legislatore*; nelle mani dell'organo *applicativo* (potere esecutivo e giudiziale); nonché come strumento da parte del singolo fedele come soggetto obbligato ad *osservare* le norme giuridiche vigenti.

Le tecniche di flessibilizzazione sul piano applicativo superano nel loro numero di gran lunga gli altri due gruppi. È una ricchezza di strumenti di diversissimo genere, che merita il nostro interesse. Porterebbe alla arbitrarietà specifica degli organi applicativi, dare

⁽⁷⁴⁾ C.J. ERRAZURIZ M., *Verità e giustizia* (nota 49) 289.

⁽⁷⁵⁾ C.J. ERRAZURIZ M., *Verità e giustizia* (nota 49) 290; J. HERVADA, *Escritos de derecho natural*, Pamplona 1986, 535-590.

adito ad un miscuglio di argomenti e metodi teologici e giuridici⁽⁷⁶⁾. Tutte le tecniche sono e devono essere di carattere *giuridico-canónico*, non meramente teologiche. L'unica eccezione è l'*epikeia* da parte del destinatario della norma — però con la conseguenza che colui il quale fa ricorso ad essa, non può rivendicare il riconoscimento giuridico-ufficiale del suo comportamento nel foro esterno.

Alcune tecniche fanno sì, che la norma giuridica stessa appaia elastica — si pensi alla discrezionalità prevista nella norma stessa o ai concetti giuridici indeterminati — altre invece conducono a prescindere in tutto o in parte dalla applicazione della norma in questione, la quale però, per se stessa, rimane inalterata (come accade, p. es., nella dispensa, nella tolleranza, nella dissimulazione).

Alcune tecniche hanno un carattere meramente formale, come ad esempio la dispensa come *esonero* (c. 85), mentre altre si presentano con un contenuto più o meno prestabilito, come ad esempio la mansuetudine nell'applicazione delle leggi penali a norma di c. 1341.

Cercherò di abbozzare le possibilità ed i limiti dell'impiego delle tecniche di flessibilizzazione secondo la prospettiva determinata dai seguenti criteri:

1) Cambia la norma in sé o viene meno soltanto la sua osservanza nel caso concreto?

2) Qual'è la causa o il motivo legittimante l'impiego del rispettivo strumento?

3) Esiste un diritto soggettivo da parte dell'interessato all'impiego della rispettiva tecnica di flessibilizzazione?

4) Quali sono l'ambito ed i limiti dell'impiego del rispettivo strumento?

5) Che ruolo svolge l'*aequitas* nel procedimento dell'impiego della rispettiva tecnica?

6) Come si assicura la certezza ed effettività del diritto assieme alla necessaria elasticità?

2. *Sul piano legislativo.*

a) *L'aequitas canonica.*

Sebbene sia vero, che la *salus animarum* non è la *ratio prima* di ogni singola norma dell'ordinamento canonico, ma che la mag-

(76) Cfr. M.E. CASELLATI ALBERTI, *Note sulla salus animarum* (nota 18) 689.

gioranza dei canoni soltanto «in modo assai indiretto e spesso molto remoto» possono trovare giustificazione nella medesima ragione della *salus animarum* ⁽⁷⁷⁾, è altrettanto vero, che la discrezionalità del legislatore ecclesiastico è vincolata a provvedere che l'ordinamento giuridico intero sia e rimanga orientato strettamente alla *salus animarum*. Come è noto, in un tutto, le singole componenti e il tutto si determinano e definiscono vicendevolmente: Quindi, nelle singole norme canoniche questo avviene in base alla natura e al fine dell'intero ordinamento canonico; quest'ultimo invece ha la sua natura ed il suo obiettivo in modo effettivo e reale soltanto se e in quanto tutte le singole norme e istituti giuridici sono già in sé espressioni o manifestazioni di detta natura o detto fine ⁽⁷⁸⁾. Quindi, tutte le emanazioni legislative devono ispirarsi ed informarsi alla *aequitas canonica* come principio giuridico *trasformatore* dell'obiettivo supremo ⁽⁷⁹⁾.

Oltre agli strumenti universali (non tipicamente canonici) di flessibilizzazione, come la legge quadro, la sussidiarietà, la decentrazione, il legislatore canonico deve servirsi delle tecniche specificamente canoniche che derivano dalla *aequitas canonica* e che, nella loro stragrande maggioranza, sono principi o tecniche a livello applicativo. Mediante queste, il legislatore fa sì che l'applicazione e l'osservanza delle leggi siano possibili nel modo più consono al bene del singolo, che «sempre ridonda in bene della comunità, e viceversa» ⁽⁸⁰⁾. Perciò il legislatore è costretto a non esigere l'applicazione o l'osservanza qualora queste risultassero dannose nel caso concreto.

Delle volte, il legislatore prevede espliciti richiami all'equità. In questi casi l'*aequitas* è elemento esplicito della rispettiva norma (*aequitas legalis*). Tuttavia, anche in tutti gli altri casi, cioè quando l'e-

⁽⁷⁷⁾ M.E. CASELLATI ALBERTI, *Note sulla salus animarum* (nota 18) 686.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. G. MAY-A. EGLER, *Einführung in die kirchenrechtliche Methode*, Regensburg 1986, 210-213.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. i *Principia* del 1967 (nota 12) nr. 1 e 3. PAOLO VI, Allocuzione del 8.2.1973 (nota 13) 95 s. e 99: «Nel diritto canonico l'*aequitas* ... costituisce la qualità delle sue leggi, la norma della loro applicazione, una attitudine di spirito e d'animo che tempera il rigore del diritto» (99). Cfr. G. GHIRLANDA: «Nell'equità canonica rifugge il carattere pastorale del diritto ecclesiale, come nota peculiare di esso»: *Il diritto nella Chiesa* (nota 7) 70.

⁽⁸⁰⁾ G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa* (nota 7) 69.

quità non è espressamente prevista dalla norma, quella è principio applicativo, suppletivo e correttivo nel senso sopra esplicito⁽⁸¹⁾, senza che il legislatore possa escluderla — però, a differenza della *aequitas legalis*, negli altri casi l'applicazione del criterio correttivo è eccezione e richiede, quindi, una *causa iusta*. Queste funzioni dell'*aequitas* si concretizzano nelle tecniche che esamineremo in seguito.

Sul piano legislativo, l'*aequitas canonica* viene anche qualificata come *aequitas constitutiva* — a differenza della *aequitas in normis applicandis*⁽⁸²⁾.

b) *Ius remonstrandi*⁽⁸³⁾.

Secondo la tradizione canonica consolidata, lo *ius remonstrandi* si riferisce alla competenza (diritto e dovere) del Vescovo diocesano di ricorrere contro una legge universale, che ritiene inopportuna, ingiusta o nociva per la sua diocesi. Benché non previsto nel Codice del 1983, questo istituto giuridico fa parte integrante della *traditio canonica* (cfr. c. 6 § 2). Lo *ius remonstrandi* riguarda il procedimento di emanare norme generali, l'entrata in vigore di una legge o almeno l'ambito della sua efficacia.

La causa ecclesiologica legittimante lo *ius remonstrandi* è la posizione giuridica rafforzata della Chiesa particolare e del Vescovo diocesano a norma del Concilio Vaticano II (cfr. CD passim). Nel

⁽⁸¹⁾ Cfr. sopra I. 2. d).

⁽⁸²⁾ Cfr. Th. SCHÜLLER, *Barmherzigkeit* (nota 5) 423, nota 990, con riferimento a: B.R. WICHERT, *Die Epikie bei Platon und Aristoteles, die aequitas im römischen Recht und die christliche misericordia. Zu den Grundlagen der «aequitas canonica» des Decretum Gratiani. Eine rechtsphilosophisch-historische Untersuchung*, Rom 1991.

⁽⁸³⁾ Cfr. J. HARING, *Das bischöfliche Vorstellungsrecht gegenüber dem Apostolischen Stuhle*, in: AkKR 91 (1911) 111-114; R. PUZA, *Die Prüfung fehlerhafter Gesetze im Kirchenrecht*, in: ÖAKR 26 (1975) 90-119; E. LABANDEIRA, *La «remonstratio» y la aplicación de las leyes universales en la Iglesia particular*, in: *Ius Canonicum* 24 (1984) 711-740; U. BEYKIRCH, *Das Remonstrationsrecht der Diözesanbischöfe- ein effizientes Rechtsmittel gegen unzulängliche universalkirchliche Gesetze?* in: *Kirchliches Recht als Freiheitsordnung. Gedenkschrift für H. MÜLLER, Würzburg 1997*, 91-116; W. SCHULZ, *Probleme der Rezeption des neuen Codex Iuris Canonici in der Bundesrepublik Deutschland*, in: W. SCHULZ (ed.), *Recht als Heildienst* (M. KAISER-FS), Paderborn 1989, 144-159; P. DE POOTER-L. WAELKENS, *Le ius remonstrandi- droit fondamental ou aberration de la doctrine canoniste?* in: *Ius Ecclesiae* 7 (1995) 713-719; H.-J. GUTH, *Ius remonstrandi*, Freiburg/Svizzera 1999.

caso concreto: L'equità è quindi da ritenere un diritto inalienabile del Vescovo, perché radicata nella sua responsabilità. Questo diritto è limitato dalla competenza dell'autorità superiore, presso la quale è stato fatto il ricorso. Tocca a questa esaminare e deliberare sugli argomenti proposti mediante il ricorso e poi decidere sull'entrata in vigore o meno, di una eventuale modificazione o un emendamento relativo al contenuto o all'ambito di applicazione della nuova legge.

Per quanto riguarda la certezza del diritto in questo caso: Più si integrano, già nel procedimento di formazione di una nuova legge, i rispettivi destinatari (in questo caso specialmente: i vescovi e le conferenze episcopali), tanto maggiore sarà l'accettazione della legge nonché l'effettività e la certezza del diritto.

3. *Nell'ambito dell'applicazione delle leggi.*

a) *In generale.*

All'apice di tutte le tecniche di flessibilizzazione sta l'*aequitas canonica*, che costituisce «un'esigenza insopprimibile dell'ordinamento canonico»⁽⁸⁴⁾. «L'*aequitas in iure canonico praeest normis applicandis ad casus concretos* — oculis in animarum salutem semper intentis — atque in mansuetudinem, in misericordiam, in caritatem pastoralement mutatur, quae non rigidam legis applicationem exposcit, sed verum bonum fidelium expetit. Hic profecto est ille spiritus, quo lex canonica ducitur et qui non difficile in amplissimis facultatibus deprehenditur, quae pastoribus et iudicibus conceduntur, ipsorum discretionis arbitrio exercendae»⁽⁸⁵⁾. Proprio nell'*aequitas canonica* tutte le tecniche di flessibilizzazione hanno il loro stesso denominatore, il punto inalterabile di riferimento. Questo vale in modo particolare per le tecniche applicative del diritto. Rivolgendosi alla Rota Romana, Paolo VI descrisse il ruolo insostituibile della *aequitas canonica* per l'applicazione del diritto con le suggestive parole: L'equità «consiste in una giustizia superiore in vista di un fine spirituale; adolcisce il rigore del diritto, e talvolta aggrava anche certe pene; in ogni caso si distingue dal puro diritto positivo, allorché questo non può tener conto delle circostanze»⁽⁸⁶⁾. Giova sottolineare, che questi principi applicativi valgono per tutti gli organi applicativi (siano

⁽⁸⁴⁾ M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 16.

⁽⁸⁵⁾ PAOLO VI, Allocuzione del 19.2.1977 (nota 13) 210.

⁽⁸⁶⁾ PAOLO VI, Allocuzione del 8.2.1973 (nota 13) 100.

giudiciali o esecutivi): « Il giudice terrà conto, grazie all'*aequitas canonica*, di tutto ciò che la carità suggerisce e consente per evitare il rigore del diritto, la rigidità della sua espressione tecnica; eviterà che la lettera uccida per animare i suoi interventi con la carità che è dono dello Spirito che libera e che vivifica; terrà conto della persona umana, delle esigenze della situazione che, se impongono talvolta al giudice il dovere di applicare la legge più severamente, ordinariamente portano ad esercitare il diritto in maniera più umana, più comprensiva: bisognerà vigilare non solamente per tutelare l'ordine giuridico, ma altresì per guarire ed educare, dando prova di vera carità. L'esercizio pastorale del potere giudiziario è piuttosto medicinale che vendicativo ... »⁽⁸⁷⁾.

Nondimeno occorre mettere in risalto, che l'applicazione delle tecniche di flessibilizzazione contro la legge scritta riveste un carattere *eccezionale*. Questo è dovuto precisamente al fatto, che l'intero ordinamento canonico come tale, è in tutte le sue parti (norme ed istituti) e deve essere, sin dall'inizio, orientato alla *salus animarum*⁽⁸⁸⁾. Poiché, di regola, l'applicazione delle norme canoniche dovrebbe condurre ad una soluzione corrispondente alla *aequitas canonica*. La deviazione dalla norma in nome dell'equità, quindi, richiede un giusto motivo (*causa iusta*) e che la norma scritta, che eccezionalmente non riesce a produrre una soluzione equa, venga sostituita da una *norma nuova*, che corrisponda in modo più perfetto alle esigenze della *aequitas canonica* e della *salus animarum*.⁽⁸⁹⁾

Cercherò di spiegare brevissimamente gli ultimi due presupposti. Senza osservare questi, la realizzazione della *salus animarum* sul piano giuridico-pratico condurrebbe a eventuali arbitrarietà e, di conseguenza, verrebbe meno la certezza e l'effettività del diritto e con questa la giustizia. Quest'ultima richiede per la sua stessa natura l'osservanza della eguaglianza giuridica⁽⁹⁰⁾ — sulla base e nella mi-

⁽⁸⁷⁾ PAOLO VI, Allocuzione del 8.2.1973 (nota 13) 101.

⁽⁸⁸⁾ Varrebbe la pena esaminare sotto questo aspetto la riserva nel c. 87 § 2 (in fine), per quanto riguarda la situazione del pericolo di morte da parte del petente.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. l'argomento della *aequitas canonica* come « giustizia superiore ». Cfr. M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 17.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. S. TOMMASO, S. Th. II-II qu. 61 a. 2. Per raggiungere l'equità, non si può mai passare con un salto la giustizia — al contrario: un risultato conforme alla equità presuppone ed include la giustizia: S. TOMMASO, S. Th. I-II qu. 21 a. 8 ad 2; *Gratiano*: D 45 c. 10 a proposito della violazione dell'uguaglianza e delle possibili arbitra-

sura dell'ordinamento vigente⁽⁹¹⁾. Per questo, l'impiego delle tecniche di flessibilizzazione nella applicazione delle leggi deve fondarsi su ragioni generalizzabili. Essendo delle *causae iustae* sono tali da poter essere applicate ugualmente in tutti i casi simili.

Fra tali motivi o *causae iustae* rientrano, oltre alla *lacuna legis* (c. 19) e la legge in sé difettosa ed imperfetta, tutte le fattispecie « quando l'applicazione delle sue norme conduca a risultati contrastanti con i principi supremi che integrano lo spirito dello stesso ordinamento »⁽⁹²⁾. Ciò si verifica specialmente, qualora:

- l'applicazione della legge risultasse nociva al bene delle anime o al *bonum Ecclesiae*;
- contradicesse il diritto divino o la fede o morale cristiana;
- l'osservanza fosse fisicamente o moralmente impossibile;
- fosse cessato il fine delle legge in modo contrario; se cessa il fine soltanto in modo contraddittorio, si applica o meno la legge a seconda di quale di queste due alternative favorisca meglio il bene individuale e comune (cioè in caso di dubbio si osserva ed applica la legge).

Per quanto riguarda la *nuova norma* da applicare in luogo della norma scritta, questa nuova norma deve essere, similmente alla causa giusta, altrettanto *generalizzabile*. Deve essere l'espressione di un principio superiore o almeno proteggere un bene o valore, che senz'altro viene protetto dalla legge. Infatti, la nuova norma deve essere congruente con lo stesso ordinamento canonico ed i suoi fini supremi e particolari. Il riferimento all'equità « deve condurre a trovare la *giustizia nel caso*, tenendo conto delle sue particolari circostanze, permeata di *benignità e di misericordia* della Chiesa: tutto ciò messo in rapporto con i principi generali del diritto »⁽⁹³⁾. Come è ovvio, la norma scritta (che viene sostituita in nome della *aequitas*) non deve

rietà nell'ambito della concessione delle grazie: J. CANOSA, *El derecho al buen gobierno como factor delimitante del concepto canónico de gracias*, in: *IusCan* 1999 (Volumen especial: Escritos en honor de J. HERVADA), 395-406, in particolare 402-406.

⁽⁹¹⁾ Cfr. M.E. CASELLATI ALBERTI, *Note sulla salus animarum* (nota 18) 690. P. ERDÖ, non a torto, sottolinea che l'equità canonica è un permanente invito « al mantenimento innanzitutto dell'uguaglianza di trattamento, nell'applicazione della norma, di casi analoghi, che pur eccedendo la fattispecie prevista normativamente, vi siano però riconducibili per somiglianza »: *Teologia* (nota 1) 154.

⁽⁹²⁾ M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 16.

⁽⁹³⁾ M.F. POMPEDDA, *L'equità* (nota 7) 19.

essere un divieto di diritto divino, perché *negativa obligant semper et pro semper*.

Nell'ambito della applicazione rientrano i seguenti strumenti:

- l'equità come principio fondamentale e centrale della applicazione delle norme canoniche;
- la dispensa e le altre forme di *ius singulare* ⁽⁹⁴⁾, come il privilegio;
- il riconoscimento del foro interno come foro giuridico (cfr. c. 130);
- la *cessatio legis ab intrinseco* ⁽⁹⁵⁾;
- dispense in *sensu lato*: commutazioni ⁽⁹⁶⁾; scioglimento da certi vincoli; sanazioni; supplezioni (cfr. cc. 142 § 2; 144); assoluzioni; condonazioni ⁽⁹⁷⁾;
- cause esimenti, cause scusanti ⁽⁹⁸⁾;
- la mansuetudine nell'applicazione delle pene ⁽⁹⁹⁾;
- discrezionalità e concetti giuridici indeterminati;
- «norme» esortative o consigliative ⁽¹⁰⁰⁾;

⁽⁹⁴⁾ Cfr. M. BLANCO, *Consideraciones sobre el «Ius Singulare» y el acto administrativo*, in: *IusCan* 29 (1989) 663-677.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. G. MICHELS, *Normae generales*, I (nota 48) 646-649; P. ERDÖ, *Teologia* (nota 1) 160 s. Cfr. S. Th. I-II qu. 96 a. 6.

⁽⁹⁶⁾ Attraverso la *commutatio*, la norma va rilassata, però in ricompensa viene imposta qualche onero. Per quanto riguarda la facoltà di commutare, vale il principio: «*Qui dispensare potest, videtur quoque per se posse commutare*»: A. VERMEERSCH-J. CREUSEN, *Epitome Iuris Canonici*, vol. I, Mechliniae-Romae ⁶1937, 165.

Cfr. cc. 1194-1197 e 1202 s. Soltanto l'opera promessa con voto privato, può essere commutata con un bene maggiore o uguale anche da chi l'ha emesso (c. 1197).

⁽⁹⁷⁾ Cfr. E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Milano 1997, 180-186. Cfr. la pertinente competenza della Penitenzieria Apostolica: «*Pro foro interno, tum sacramentali tum non sacramentali, absolutiones, dispensationes, commutationes, sanationes, condonationes aliasque gratias eadem largitur*» (Art. 118 *Pastor Bonus*).

⁽⁹⁸⁾ Cfr. G. MICHELS, *Normae generales iuris canonici I* (nota 48) 411-469.

⁽⁹⁹⁾ Riguardo la statuizione di pene (cc. 1317 s.), l'applicazione (cc. 1313, 1341-1353) e la loro remissione (c. 1357). Relativo al soggetto passivo: cc. 1321 § 2; 1323, 2° e 4°; 1324 § 1, 9° e 10°, § 2 e § 3; 1328.

⁽¹⁰⁰⁾ Espressioni legislative di questo genere vengono suggeriti dal Principio nr. 3 del 1967: «*Ne igitur normae canonicae officia imponant, ubi instructiones, exhortationes, suasiones aliaque subsidia, quibus communio inter fideles foveatur, ad finem Ecclesiae facilius obtinendum sufficientia appareant*»: *Communicationes* 1 (1969) 79 s. Cfr. P. ERDÖ, *Expresiones obligationis et exhortationis in Codice Iuris Canonici*, in: *Per* 76 (1987) 3-27; H. PREE, *Bemerkungen zum Normbegriff des CIC/1983*, in: *ÖAKR* 35 (1985) 25-61.

- autorizzazioni di diverso genere, come la delega, il mandato, la facoltà, la licenza⁽¹⁰¹⁾;
- la *tolleranza*;
- la *dissimulatio*;
- l'*epikeia*.

Naturalmente non mi è possibile soffermarmi qui su tutti questi istituti fin nei dettagli. Ne sceglierò, invece, alcuni secondo i criteri accennati: L'*epikeia*; la dispensa; il foro interno; cause esimenti e scusanti; discrezionalità e concetti giuridici indeterminati; *tolerantia*; *dissimulatio*.

b) L'*epikeia*⁽¹⁰²⁾.

Da parte degli organi giudiziari e amministrativi, la non applicazione della legge per il titolo della *epikeia* sembra essere concepibile soltanto in qualche caso eccezionale⁽¹⁰³⁾. Questo è dovuto a due ragioni: il giudice e l'autorità amministrativa agiscono da organi pubblici, il cui compito è l'applicazione delle norme vigenti, non del proprio giudizio — eccettuato soltanto il caso limite, che l'applicazione nel caso concreto sia in diretta contraddizione con la coscienza propria dell'organo. Tranne questa situazione eccezionale, sia l'organo giudiziario (cfr. cc. 135 § 3; 1608 § 3 e § 4) sia l'organo amministrativo (cfr. c. 48 «*secundum iuris normas*») sono strettamente obbligati a seguire la norma scritta, che in ogni caso deve essere applicata con equità.

Vale anche, in particolar modo nel diritto canonico, la norma secondo la quale nessuno può mai essere obbligato ad agire contro la propria coscienza⁽¹⁰⁴⁾. Qualche volta il giudice o l'organo amministrativo «stimano che il legislatore abbia escluso un caso concreto dall'osservanza della legge, se egli avesse cioè conosciuto le circo-

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. cc. 59 § 2; 131-144; cfr. F.J. URRUTIA, *Sens juridique des termes autorisation, faculté, dispense*, in: *Les Cahiers du Droit Ecclésial* 4 (1987) 1-14. Per quanto riguarda la licenza cfr. A. VAN HOVE, *De Privilegiis. De Dispensationibus*, Mechliniae-Romae 1939, 312 s.; G. MICHELS, *Normae Generales Juris Canonici*, vol. II, Parisiis-Tornaci-Romae 2^a 1949, 681 s.; M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Juris Canonici*, vol. I, Taurini 1928, 103.

⁽¹⁰²⁾ Per la relazione fra *epikeia* ed *aequitas canonica*: Th. SCHÜLLER, *Barmherzigkeit* (nota 5) 428-431; E. BAURA, *La dispensa* (nota 97) 205-212.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica e sentenza canonica*, in: *Apollinaris* 59 (1986) 189-211, 199 s.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. C. J. ERRAZURIZ, *Verità* (nota 49) 290.

stanze particolari avrebbe escluso il caso»⁽¹⁰⁵⁾. A mio modo di vedere, questo non è tanto un problema dell'*epikeia*, ma piuttosto una questione della corretta interpretazione (ed applicazione) delle norme. Non si dimentichi in questi casi, che la soluzione giuridica, per esempio la sentenza, deve fondarsi sulla certezza morale ricavata *ex actis et probatis* nonché dalla conoscenza profonda del diritto.

Comunque, se esistesse un caso eccezionale, nel quale la coscienza individuale dell'organo gli vietasse l'applicazione della norma, si dovrebbe dire: la norma (inapplicabile in questo caso) rimane inalterata; i motivi per cui si decide di non applicare la norma, devono essere gravissimi e costringenti; se di fatto esistono tali motivi, l'interessato ha un diritto soggettivo alla non applicazione della norma, perché secondo il c. 221 § 2 i fedeli hanno il diritto di essere giudicati secondo le disposizioni di legge, da applicare con equità. I limiti sono quelli generali, i suindicati «limiti intrinseci» (cfr. sopra II.). In questi casi estremi sarebbe proprio l'equità a legittimare tale pratica, perché il senso dell'impiego dell'*epikeia* in questo contesto è la *giustizia superiore*, protesa alla salvezza delle anime e al bene comune della Chiesa.

La certezza del diritto in questi casi viene sacrificata, in quanto questa si riferisce esclusivamente al diritto scritto, ma è assicurata a un livello superiore, cioè in riferimento al raggiungimento del fine supremo della norma e dell'ordinamento. Perciò l'uso di questo strumento è legittimo soltanto in quanto il fine della legge lo richiede. Giova mettere in evidenza, che l'*epikeia* è uno strumento non propriamente giuridico, ma piuttosto dell'ordine morale, che mira a salvaguardare la dignità della coscienza.

c) *La dispensa.*

La concessione di una dispensa a norma del c. 85 lascia inalterata la norma stessa, dalla quale qualcuno viene dispensato; «non deve essere considerata come una ferita al diritto, ma come un complimento della legge positiva, in quanto in essa si attua il principio fondamentale di tutto il diritto ecclesiale di ricercare il bene spirituale della persona nelle situazioni concrete in cui si trova»⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ R. OMBRES, *Giustizia ed equità* (nota 28) 730.

⁽¹⁰⁶⁾ G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa* (nota 7) 70. Questo, infatti, non esclude, che una prassi uniforme nel rilasciare dispense da una determinata norma di

Quindi, la legge stessa prevede sia le cause o motivi, sia i limiti dell'impiego della dispensa. Il c. 90 richiede — agli effetti giuridici ivi indicati — una giusta e ragionevole causa, tenuto conto delle circostanze del caso e della gravità della legge dalla quale si dispensa⁽¹⁰⁷⁾. Il nuovo inciso «tenuto conto delle circostanze del caso» corrisponde in modo perfetto alla dispensa in quanto espressione dell'*aequitas canonica* nella sua funzione applicativa: Assicura la flessibilità nell'applicazione del diritto canonico riguardo al *bonum spirituale* dell'interessato. Solo l'insieme di entrambi gli elementi — le circostanze concrete e la gravità della legge — impedisce le eventuali unilateralità e arbitrarietà: l'adeguarsi esclusivamente o alla situazione di fatto (a scapito delle esigenze della verità) o alla norma scritta (a scapito delle esigenze del caso concreto) come anche una applicazione arbitraria, perché infondata, e ogni forma di lassismo⁽¹⁰⁸⁾.

La *iusta et rationabilis causa* è il *bonum spirituale* dei rispettivi fedeli: c. 87 § 1 CIC; c. 1536 § 2 CCEO⁽¹⁰⁹⁾. La legge stessa indica i limiti dell'impiego della dispensa: Deve trattarsi di un caso particolare (c. 85)⁽¹¹⁰⁾; sono suscettibili di dispensa esclusivamente *leges mere ecclesiasticae* a differenza delle norme di diritto divino (c. 85); inoltre, non sono dispensabili leggi in quanto definiscano quelle cose, che sono essenzialmente costitutive degli istituti o degli atti giuridici (c. 86).

fatto restringa l'ambito di questa norma, e che, di conseguenza, possa anche indurre un nuovo diritto innovativo. Al problema delle dispense automaticamente e regolarmente concesse in certi presupposti: cfr. G. LUF, *Allgemeiner Gesetzeszweck und iusta causa dispensationis. Anmerkungen zu einem aktuellen Problem*, in: ÖAKR 23 (1972) 97-106.

⁽¹⁰⁷⁾ Per uno sguardo approfondito, specialmente sotto l'aspetto storico dello sviluppo della *causa* della dispensa: cfr. S. BERLINGÒ, *La causa pastorale della dispensa*, Milano 1978.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. M. BONNET, *La «dispense» dans le Code*, in: *Les cahiers de droit ecclésiast* 1 (1984) 51-56 e 101-113, 55.

⁽¹⁰⁹⁾ Nel determinare, che cosa sia da intendersi per *iusta et rationabilis causa* a norma del c. 90 § 1 CIC e c. 1536 § 1 CCEO, il CCEO è più chiaro del CIC: Il c. 1536 § 2 CCEO stabilisce da norma generale che il «*bonum spirituale christifidelium est iusta et rationabilis causa*», cioè per qualsiasi dispensa; il c. 87 § 1 CIC invece fa riferimento al *bonum spirituale* soltanto nella regolazione della *facultas dispensandi* del Vescovo diocesano in riguardo alle legge universali. Come *locus parallelus*, il c. 1536 § 2 CCEO è pertinente e importante per l'interpretazione del c. 90 § 1 CIC (cfr. c. 17 CIC).

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. Vat II CD 8/2; MP «De Episcoporum Muneribus» del 15.6.1966, in: AAS 58 (1966) 467-472, Nr. VI. Cfr. M. BONNET, *La «dispense»* (nota 108) 54.

L'equità canonica, nell'applicazione della dispensa, si realizza, secondo me, nelle tre fattispecie seguenti:

— nella valutazione e ponderazione della *iusta et rationabilis causa* in rapporto al caso concreto: l'equità svolge la funzione di criterio di scelta degli elementi *in facto* secondo la loro rilevanza per il *bonum spirituale*;

— nella valutazione e ponderazione della *iusta causa* in rapporto alla gravità della legge — anche qua nella prospettiva del *bonum spirituale*;

— nella fattispecie della dispensa presunta: è questa la fattispecie che coincide con l'*epikeia* da parte del destinatario della legge⁽¹¹¹⁾. In base a ragioni eccezionalmente gravi cessa l'obbligo di dover domandare la dispensa ed anche l'obbligo della legge stessa per la persona interessata, qualora questi possa essere certo che l'autorità, se fosse possibile adirla, non avrebbe ragioni solide per negarla⁽¹¹²⁾.

Attraverso l'impiego della dispensa, la certezza del diritto non viene vanificata, in quanto la legge stessa prevede quest'istituto e ne stabilisce i criteri per l'uso corretto. Con ciò viene rispettata una uguaglianza della applicazione che sempre deve tener conto dei medesimi criteri⁽¹¹³⁾. Perciò, la dispensa è manifestazione del fatto che nella Chiesa la legge sempre rimanda al di là di sé stessa.

Alla questione delicata, se — almeno in qualche fattispecie particolare — sia concepibile il diritto soggettivo alla concessione di una dispensa, normalmente si risponde negativamente, richiamando al carattere grazioso della dispensa. Giova però distinguere fra un eventuale diritto soggettivo alla dispensa e l'obbligo dell'autorità di concederla in certe condizioni⁽¹¹⁴⁾. Secondo me, da parte dell'interessato esiste sempre, qualora la petizione sia stata legittimamente posta, un diritto soggettivo all'uso corretto della discrezionalità e del-

⁽¹¹¹⁾ Cfr. i principi: *Lex sub gravi incommodo non obligat; Impossibile nulla est obligatio*. Cfr. III. 4) b).

⁽¹¹²⁾ Cfr. F.J. URRUTIA, *Sens juridique* (nota 101) 8 s.: « La présomption de la dispense, tout comme dans le cas de la présomption de l'autorisation, ne signifie pas non plus que la dispense a été donnée, mais que, sans la dispense, on agit contre les termes de la loi, sans la violer toutefois, parce que, dans les circonstances, on peut être certain que, d'après l'équité canonique, l'obligation de la loi a cessée » (9).

⁽¹¹³⁾ Cfr. E. BAURA, *La dispensa* (nota 97) 274-276.

⁽¹¹⁴⁾ Mentre un diritto soggettivo da parte del suddito comporta sempre un obbligo corrispondente da parte dell'autorità, quest'ultimo, al contrario, non necessariamente coinvolge un diritto soggettivo per l'interessato.

l'applicazione corretta dei termini giuridici indeterminati⁽¹¹⁵⁾, non però alla *gratia* stessa. Da parte dell'autorità si ha in ogni caso l'obbligo all'uso corretto della discrezionalità e alla corretta applicazione dei termini giuridici indeterminati, ed inoltre alla concessione della grazia, qualora questa si dimostri giustificata⁽¹¹⁶⁾.

d) *Discrezionalità*⁽¹¹⁷⁾.

Sul piano della applicazione pratica è di grandissima importanza la distinzione tra *discrezionalità* e *concetti giuridici indeterminati*⁽¹¹⁸⁾. Tutti e due favoriscono, in entrambi casi a modo proprio, la flessibilità del diritto sul piano della sua applicazione. Ambedue fanno sì, che la flessibilità faccia parte integrante della norma stessa, la quale, dunque, non deve essere sospesa per rendere possibile una applicazione flessibile del diritto.

Senza entrare nei dettagli, la discrezionalità⁽¹¹⁹⁾, entro i limiti generali⁽¹²⁰⁾ e speciali (stabiliti espressamente) lascia un ampio spa-

⁽¹¹⁵⁾ In conseguenza di questo diritto soggettivo, la decisione deve essere sindacabile sotto questo profilo; cfr. c. 1739.

⁽¹¹⁶⁾ E. BAURA, *La dispensa* (nota 97) 209 s., che riconosce un « vero diritto alla dispensa » nel « caso limite in cui la legge non obbliga perché manca della dovuta *rationabilitas* ». Se anche in tal caso « non si avrebbe bisogno della dispensa dalla legge », nondimeno conviene che la si dia « per ragioni di certezza » (209). Per quanto riguarda i criteri dell'uso razionale della discrezionalità cfr. J. CANOSA, *El derecho al buen gobierno* (nota 90) 402-406.

⁽¹¹⁷⁾ Né il CIC né il CCEO usano il termine « *discretionalitas* ». Il nr. 3 dei *Principia* del 1967 (nota 12) 80 auspica: « Relinquatur Pastoribus ac animarum curatoribus congrua discretionalis potestas, qua officia christifidelium statui ac conditionibus singulorum adaequari valeant ».

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. E. LABANDEIRA, *Tratado de derecho administrativo canónico*, Pamplona² 1993, 189-194; H. PREE, *Art. Ermessen*, in: *Lexikon für Kirchenrecht und Staatskirchenrecht*, vol I, Paderborn 2000, 605-609; I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, in: *Ius Ecclesiae* 8 (1996) 37-69.

⁽¹¹⁹⁾ Il legislatore usa diversi formule per esprimere la discrezionalità da parte degli organi nella Chiesa, come ad esempio: *pro suo prudenti arbitrio* (cc. 43; 70; 554 § 3; 563), *pro suo arbitrio et prudentia* (c. 1655 § 2); *liber(e), libertas* (cc. 162; 165; 377 § 1; 477 § 1; 523 etc.), *de iudicio* ed espressioni corrispondenti (cc. 235 § 1; 301 § 2; 473 § 4 etc.), *posse* (c. 477 § 2 etc.).

⁽¹²⁰⁾ Fra questi rientrano: La competenza dell'organo (ambito delle facoltà o potestà); diritto divino compreso i diritti e gli obblighi fondamentali dei fedeli; potestazione della bona fede; *aequitas canonica*; lo scopo legittimo dell'atto o della azione da porre; corrispondenza al *bonum publicum Ecclesiae*; l'interesse privato non deve essere realizzato a scapito dell'interesse pubblico, tranne che sorga un danno spirituale all'interessato;

zio decisionale: Tutte le possibilità sono legittime, sempreché non ci sia né abuso né eccesso di potere. Ne segue: una decisione nell'ambito legittimo di discrezionalità non è passibile di controllo di mera legittimità, soltanto di controllo di opportunità⁽¹²¹⁾.

Più è ampio lo spazio della discrezionalità, più spazio esiste per tener conto della *salus animarum/aequitas canonica*, però a scapito della certezza del diritto, con pericolo di arbitrarietà tendenzialmente crescente. Perciò il legislatore, nello stabilire uno spazio di discrezionalità, non deve mai dimenticare di fissare altrettanto direttamente o indirettamente le ragioni o criteri, a norma delle quali la discrezionalità in una determinata norma deve essere impiegata.

Il *concetto giuridico indeterminato*⁽¹²²⁾ consente all'organo applicativo nel caso concreto soltanto una decisione legittima. La sindacabilità è assicurata in modo perfetto, quindi la certezza del diritto non viene pregiudicata. L'ampiezza ed i limiti di flessibilità sono prestabiliti dalla legge e dal necessario orientamento (della applicazione della legge) alla *aequitas canonica* o *salus animarum*.

mezzi adeguati (rispettando la proporzionalità e l'equità) per raggiungere il fine legittimo o giusto dell'azione; ricerca completa e sincera di difetti delle notizie e delle prove (*in facto*) come fondamento di una decisione giusta ed equa; l'autorità nel decidere una certa fattispecie in un determinato modo, vincola se stesso e con ciò limita o evita la arbitrarietà: cfr. H. PREE, *Ermessen* (nota 118).

⁽¹²¹⁾ È compito del legislatore prevedere o meno l'una o l'altra sindacabilità o entrambe. Nell'ambito del ricorso gerarchico (cc. 1732-1739), il Codice prevede la piena sindacabilità, cioè compreso il controllo di opportunità: c. 1739. Art. 123 § 2 PB invece restringe l'oggetto della competenza della Sectio Altera al controllo di legittimità, escludendo così il controllo del cosiddetto « merito » — sin dalla interpretazione autentica del 11.1.1971: AAS 63 (1971) 329.

Cfr. G. LOBINA, *La competenza dell' S. T. della Segnatura Apostolica con particolare riferimento alla « Sectio Altera » e alla problematica rispettiva*, Roma 1971; G. LOBINA, *La natura giuridico-pastorale e l'ampiezza dell'esame di merito da parte dell'autorità amministrativa superiore di un provvedimento amministrativo*, in: *Monitor Ecclesiasticus* 99 (1974) 236-253.

⁽¹²²⁾ Come, ad esempio, gli elementi normativi del c. 961 che regolano pre-supposti per la assoluzione generale fuori del pericolo di morte; la *iusta causa* (cc. 56; 72; 90; 192 etc.), la *gravis causa* (cc. 91; 139; 151; 190; 270 etc.), la *iusta ac rationabilis causa* (cc. 90; 831; 881; 906 etc.), la *ratio gravissima* (c. 55); la *necessitas Ecclesiae* o *utilitas Ecclesiae* (cc. 269; 304; 353; 1748 etc.), il *sufficiens usus rationis* (cc. 11; 1095, 1° etc.); la *necessitas gravis* (c. 257 etc.), *urgens causa* o *necessitas* (cc. 139 § 2; 395 § 3; 679; 850; 986 § 2; 1130; 1293 § 1, 1°; (*urgens*) *mortis periculum* (cc. 1079 § 1; 530, 2°; 566 § 1; 844 § 4; 865 § 2; 867 § 2; 868 § 2; 883, 3°; 889 § 2 etc.).

L'*aequitas canonica* in entrambi i concetti svolge la funzione di criterio di scelta degli elementi *di fatto* che sono e possono essere rilevanti per la decisione, affinché questa venga orientata alla *salus animarum*.

e) *Il foro interno* ⁽¹²³⁾.

Conformemente alla natura della sua missione, la Chiesa ne fa uso non soltanto in modo pubblico, ma anche in forme segrete, tenendo conto della situazione concreta e individuale, specialmente della coscienza, in cui si trova l'individuo. La Chiesa lo fa per due ragioni:

— Perché il ministero della riconciliazione degli uomini con Dio e fra di loro, nucleo centrale della missione della Chiesa ⁽¹²⁴⁾, richiede, che il ministero della Chiesa comprenda l'uomo intero, cioè nella sfera pubblica e privata, ufficiale e segreta, anche e profondamente la sfera della coscienza. Altrimenti la Chiesa non riuscirebbe a «doversi costantemente adeguare alla realtà morale» ⁽¹²⁵⁾.

— Siccome il diritto soggettivo dei fedeli di ricevere dai sacri pastori gli aiuti derivanti dai beni spirituali della Chiesa, sempreché il fedele sia ben disposto e legittimamente non proibito ⁽¹²⁶⁾, non deve essere leso: Il fedele, p. es. il penitente, non deve mai correre il rischio di perdere la buona fama di cui gode o di essere violato nel suo diritto alla difesa della propria intimità (c. 220), in qualsiasi momento si rivolga ai Pastori per far uso del suo diritto ai beni spirituali.

⁽¹²³⁾ Cfr. F. COCCOPALMERIO, *Ecclesiologia Vaticanii II et iuridicitas fori interni qua fori remissionis peccatorum*, in: PRMCL 69 (1980) 163-189; H. PREE, *Die Ausübung der Leitungsvollmacht*, in: J. LISTL-H. SCHMITZ (ed.), *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, Regensburg ²1999, 156-175, 156-158; H. PREE, *Forum externum und forum internum. Zu Sinn und Tragweite einer Unterscheidung*, in: St. HAERING-J. KANDLER-R. SAGMEISTER (ed.), *Gnade und Recht. Beiträge aus Ethik, Moraltheologie und Kirchenrecht* (G. HOLOTIK-FS), Frankfurt am Main-Berlin e.a. 1999, 497-512.

⁽¹²⁴⁾ «E questo viene da Dio che ci ha riconciliati con sé per mezzo di Cristo e ha dato a noi l'incarico di portare altri alla riconciliazione con lui. Così Dio ha riconciliato il mondo con sé per mezzo di Cristo: Perdona agli uomini i loro peccati e ha affidato a noi l'annuncio della riconciliazione. Quindi, noi siamo ambasciatori inviati da Cristo, ed è come se Dio stesso esortasse per mezzo nostro. Vi supplichiamo da parte di Cristo: lasciatevi riconciliare con Dio»: 2 Cor 5,18-21. Cfr. Vat II LG 1.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. P. ERDÖ, *Teologia* (nota 1) 155.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. cc. 213; 843 § 1 ed altri.

Ne segue il *diritto soggettivo* dell'interessato a che, anche oltre al sacramento della penitenza, le particolarità della sua causa rimangano segrete e che la sua causa venga trattata almeno nel *forum internum non sacramentale*, sempreché possieda un interesse legittimo alla confidenzialità e segretezza riguardo ai suoi dati personali, specialmente qualora la trattazione della causa nel foro esterno comporti il rischio di una evitabile lesione della buona fama o violazione della sfera personale intima⁽¹²⁷⁾. Tutto quello, invece, che è di carattere pubblico e almeno di fatto noto a tutti e suscettibile di prova e che probabilmente non rimane segreto, deve essere trattato in foro esterno⁽¹²⁸⁾. Tutto quello, però, che è segreto e con grande probabilità rimarrà segreto, può essere trattato nel foro interno⁽¹²⁹⁾.

La flessibilità, in questi casi, non si riferisce alle norme canoniche in sé, ma al modo (pubblico o segreto) della loro applicazione. Come è ovvio, i motivi per cui si risolve una causa nel foro interno, sono espressioni dell'equità nella sua funzione di *misericordia*.

Per compensare la parziale rinuncia alla certezza del diritto, dovuta alla nonpubblicità della soluzione nel foro esterno, la decisione nel foro interno quando diventa pubblica, deve essere trasformata nel foro esterno, per quanto questo sia possibile.

Nei casi difficili, nei quali il proprio giudizio di coscienza può differire dalla decisione giuridica da parte della autorità competente, giova mettere in evidenza, che in questi casi si tratta di due piani diversi: Il piano del diritto (che comprende tanto il foro esterno quanto il foro interno), e il piano della coscienza. Sono due livelli ben distinti: La facoltà di agire sull'uno non comporta automaticamente il riconoscimento di quest'azione sull'altro. L'agire della *potestas regiminis* non può che limitarsi al piano del diritto, che esiste in tutt'e due i fori. La autorità ecclesiastica non può disporre della coscienza del singolo, né può sostituire il giudizio della coscienza. Norme e precetti giuridici non possono obbligare in coscienza *immediatamente*, ma soltanto mediatamente, cioè attraverso il giudizio della propria coscienza⁽¹³⁰⁾. Questo, però, non esclude che nella Chiesa «la sua azione esteriore istituzionale serva alla salvezza ..., e

⁽¹²⁷⁾ Cfr. cc. 220; 1048; 1340 § 2; 1352 § 2; 1361 § 3; 1717 § 2.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. c. 1074; 1158 § 1; 1159 § 3; 1674, 2°.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. cc. 179 § 3; 1048; 1080; 1158 § 2; 1159 § 2; 1340 § 2.

⁽¹³⁰⁾ Per la questione della necessaria formazione della propria coscienza e il problema della coscienza erronea: Enciclica «*Veritatis splendor*» del 6.8.1993, nr. 54-64.

al tempo stesso la qualità morale delle sue regole giuridiche e dell'osservanza del diritto riveste un'importanza decisiva dal punto di vista del funzionamento»⁽¹³¹⁾. Quindi, la dottrina della obbligatorietà automatica delle leggi ecclesiastiche in coscienza⁽¹³²⁾ deve essere differenziata⁽¹³³⁾. Per far sorgere un obbligo in coscienza, non basta il richiamo al carattere dell'autorità nella Chiesa come ministero sacro, conferito da Cristo.

D'altra parte, il giudizio della coscienza del singolo fedele, non importa se sia una coscienza informata o no, non può pretendere di essere rispettata automaticamente sul piano giuridico. Per formare un giudizio maturo della coscienza occorre rispettare il diritto sì, ma non esclusivamente. Occorre inoltre tener presente tutte le altre circostanze del caso concreto — quindi, questo giudizio, se formato correttamente, è per se stesso un giudizio di equità. È pensabile che questo si discosti dalla situazione giuridica oggettiva.

Qualora un fedele sia convinto, che il suo matrimonio sia nullo — al contrario della sentenza del tribunale ecclesiastico che ha confermato la validità del matrimonio — questa convinzione soggettiva non può cambiare la situazione giuridica oggettiva. Neanche esiste la possibilità di ritenere nullo un matrimonio soltanto *pro foro interno*. Pastori con potestà *in foro interno*, come il canonico penitenziere o il confessore, non possono pretendere di modificare la situazione giuridica del rispettivo individuo *pro foro interno* (cioè in modo segreto)⁽¹³⁴⁾. Invece, hanno il compito e la responsabilità di aiutare il fedele nel formare un maturo giudizio della coscienza.

⁽¹³¹⁾ P. ERDÖ, *Teologia* (nota 1) 156.

⁽¹³²⁾ Cfr. G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa* (nota 7) 71.

⁽¹³³⁾ A questo proposito giova mettere in risalto alcuni degli argomenti, che ci spingono a non confondere l'obbligo giuridico e l'obbligo morale:

1) Compito e funzione del diritto non è sanzionare la morale, cioè esigere la moralità (come atteggiamento interno);

2) L'uso immorale del diritto (p. es. l'esercizio vessatorio di un diritto soggettivo) non esclude il diritto stesso: è, ben, immorale, però legale;

3) La coscienza, che si discosta dalle esigenze del diritto oggettivo, non può pretendere d'essere rispettata e tutelata come tale nell'ordine giuridico pubblico della Chiesa, specialmente qualora si tratti di una coscienza erronea.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. M.F. POMPEDDA, *La questione dell'ammissione ai sacramenti dei divorziati civilmente risposati*, in: M.F. POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, 493-508, 495-498.

f) *Tolerantia* ⁽¹³⁵⁾.

Secondo la *traditio canonica* è un atto del Superiore, che di fronte ad una violazione della legge, verso questa prassi illegittima per ragioni gravi e « *ad vitandum maius malum aut iacturam maioris boni* » ⁽¹³⁶⁾ « *scienter et patienter* » ⁽¹³⁷⁾ è indulgente, senza però approvarla. Il Superiore, deliberatamente rinuncia a qualsiasi sanzione. Quindi, la tolleranza è una via di mezzo tra un comportamento meramente negativo ⁽¹³⁸⁾ e un'approvazione esplicita positiva ⁽¹³⁹⁾. « *Tolerantia ius tribuit, ne quis legitime possit impedire usum rei toleratae et sic alios obligat ne, intra terminos consessionis, impedimenta ponant. Immo ex formali decreto aliquid "tolerari posse", conditio agnoscitur agendi stabili modo contra ius* » ⁽¹⁴⁰⁾.

L'istituto della tolleranza esiste anche nell'ordinamento canonico vigente, come prova il c. 5 ⁽¹⁴¹⁾, il magistero pontificio ⁽¹⁴²⁾, e la dottrina ⁽¹⁴³⁾. Inoltre, fa parte inalienabile della *traditio canonica* ⁽¹⁴⁴⁾. La tolleranza, benché formalmente considerata, sia una fe-

⁽¹³⁵⁾ Cfr. S. TOMMASO, S. Th. I-II qu. 96 art. 2. Cfr. N. NILLES, *Tolerari potest. De iuridico valore decreti tolerantiae commentarius*, in: *Zeitschrift für katholische Theologie* 17 (1893) 245-296; M. CONTE A CORONATA, *Institutiones* (nota 101), 103 s.; G. MICHIELS, *Normae generales I* (nota 48) 106 s., (nota 101), 681; A. VAN HOVE, *De Privilegiis* (nota 101), 313; G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, Milano 1953.

⁽¹³⁶⁾ A. VAN HOVE, *De Privilegiis* (nota 101) 313.

⁽¹³⁷⁾ G. MICHIELS, *Normae generales II* (nota 101) 681.

⁽¹³⁸⁾ L'applicazione della *tolerantia* include due giudizi da parte del Superiore: che la rispettiva prassi sia illegittima, e, che questa non sia da disturbare (né dall'autorità, né dagli altri) per evitare *mala maiora*: G. MICHIELS, *Normae generales I* (nota 48) 107.

⁽¹³⁹⁾ La tolleranza potrebbe anche essere dichiarata esplicitamente da parte dell'autorità: cfr. G. MICHIELS, *Normae generales II* (nota 101) 681; W. AYMANS-K. MÖRS-DORF, *Lehrbuch des kanonischen Recht auf Grund des Codex Iuris Canonici*, vol. I, Paderborn-München-Wien-Zürich 1991, 273.

⁽¹⁴⁰⁾ A. VAN HOVE, *De Privilegiis* (nota 101) 313.

⁽¹⁴¹⁾ A norma del c. 5 § 1, certe consuetudini *contra legem*, se a giudizio dell'ordinario non possono essere rimosse a causa di circostanze di luoghi e di persone, « *tolerari possunt* ». Cfr. B. PRIMETSHOFER, *Zur derogatorischen Wirkung von c. 5 § 1 CIC*, in: *ÖAKR* 44 (1995-1997) 225-242.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione del 21.10.1998 (nota 13) 553.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa* (nota 7) 70; W. AYMANS-K. MÖRS-DORF, *Kanonisches Recht I* (nota 139) 272 f.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. H. PREE, *Traditio canonica. La norma de interpretación del c. 6 § 2 del CIC*, in: *Ius Canonicum* 35 (1995) 423-446.

rita alla legge scritta, la quale però in sé rimane immodificata, secondo il magistero pontificio non deve essere compresa come smi-nuente la forza della legge, «ma come complemento di essa», dal momento che elementi come la tolleranza «in realtà garantiscono che sia raggiunto il suo scopo fondamentale»⁽¹⁴⁵⁾.

Come nel caso della dispensa, anche nell'applicazione della tolleranza l'effettività e la certezza del diritto vanno garantite su un piano superiore (come giustizia superiore), sul piano dell'obiettivo supremo della legge. La tolleranza proprio per il suo motivo e fine (*ad mala maiora vitanda*), è espressione dell'*aequitas canonica*, in quanto questa mira al *bonum Ecclesiae* e alla salvezza delle anime. È l'equità nella sua funzione correttiva e come *misericordia* rispetto al *rigor iuris*, alle circostanze concrete e specialmente alla debolezza umana.

Le questioni forse più delicate, che ci si pongono, sono quella della *autorità competente* a concedere la tolleranza e, riguardo ai limiti dell'impiego, l'*oggetto* della stessa, cioè se si dà la tolleranza anche nei confronti del diritto divino. Per quanto riguarda la prima questione, l'autorità competente è secondo me, di regola la potestà legislativa. Questo è dovuto al fatto che la tolleranza crea una situazione giuridica oggettiva da rispettare da parte dai terzi. Sospende in modo generale e stabile l'obbligo della legge. Dà ai destinatari stessi il diritto di persistere nel comportamento tollerato. Prima della concessione della tolleranza, infatti, non esiste un diritto soggettivo a questa⁽¹⁴⁶⁾. L'iniziativa per l'uso della tolleranza è prerogativa dell'autorità, e viene data necessariamente *ex post*. Nella fattispecie del c. 5 § 1, l'autorità competente è prevista dalla norma codiciale stessa.

All'altra questione, quella sul diritto divino come oggetto suscettibile di tolleranza, bisogna dare una risposta negativa, visto che questa non si esaurisce in un mero fatto negativo (*non agire*) da parte dell'autorità, ma comprende elementi *positivi, concedenti* oltre al fatto negativo di non-infliggere una sanzione. Con ciò si dà la

⁽¹⁴⁵⁾ GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione del 21.10.1998 (nota 13) 553-555.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. M. CONTE A CORONATA, *Institutiones* (nota 101) 103: «*Tolerantia quandoque dispensationi generali legis; saepius interpretationi usuali; saepissime consuetudini contra ius ex conniventia aequivalet*».

tolleranza soltanto rispetto al diritto umano⁽¹⁴⁷⁾, e soltanto in materie di competenza legislativa *ecclesiastica*⁽¹⁴⁸⁾.

g) *Dissimulatio*⁽¹⁴⁹⁾.

Mediante la *dissimulatio*, il legittimo Superiore «*nihil positive approbans vel tolerans, acta contra legem quasi ignorare vult ut, ad maiora mala vitanda, eadem impunita esse sinat*»⁽¹⁵⁰⁾. Il Superiore non sospende l'obbligo della legge: Questa ritiene sua forza vincolante tanto in sé quanto per il caso concreto. È un comportamento meramente negativo da parte dell'autorità di fronte ad una violazione della legge ecclesiastica, dalla quale, di regola, non è possibile una dispensa o sarebbe almeno estremamente inopportuna; allo stesso tempo, il Superiore ritiene l'osservanza della legge moralmente impossibile. Quindi rinuncia a qualsiasi sanzione, senza però tollerare la violazione e senza dare una dispensa tacita (che, come si è detto, normalmente non sarebbe possibile). L'atteggiamento dissimulatorio non comporta una licenza, né dispensa⁽¹⁵¹⁾, né tolleranza, né qual-

⁽¹⁴⁷⁾ Viene confermato dalla tradizione canonica: Cfr. p. es. la risposta data da Benedetto XIV del 12 settembre 1750 al Vescovo di Bratislava «*Scientia haec nostra et tolerantia sufficere debet ad tuam assecurandam conscientiam, quandoquidem in materia, de qua agitur, non occurrat oppositio cum iure divino aut naturali, sed tantummodo cum iure ecclesiastico*»: G. OLIVERO, *Dissimulatio* (nota 135) 194-196, 196; per qualche esempio storico: ivi 171-185.

⁽¹⁴⁸⁾ In riguardo a materie, che toccano in certo modo tanto la sfera ecclesiastica quanto quella civile (p. es. diritto matrimoniale: divorzio, diritto penale: aborto), occorre distinguere: La competenza della Chiesa sul piano legislativo e il compito del magistero ecclesiastico di annunciare sempre e dovunque i principi morali anche circa l'ordine sociale, e così pure pronunciare il giudizio su qualsiasi realtà umana, in quanto lo esigono i diritti fondamentali della persona umana o la salvezza delle anime (c. 747 § 2). Cfr. l'eccellente analisi di N. LÜDECKE, *Die Grundnormen des katholischen Lehrrechts in den päpstlichen Gesetzbüchern und neueren Äußerungen in päpstlicher Autorität*, Würzburg 1997.

⁽¹⁴⁹⁾ G. MICHIELS, *Normae generales II* (nota 101) 680 s.; A. VAN HOVE, *De Privilegiis* (nota 101) 313 s.; M. CONTE A CORONATA, *Institutiones I* (nota 101) 103; C. LEFEBVRE, *La dissimulatio et la dispense tacite*, in: EIC 3 (1947) 606-626; J. LEDERER, *Dispensbegriff des kanonischen Rechtes unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssprache des CIC*, München 1957, 39-41 e 79-84; C. LEFEBVRE, *Dissimulation*, in: DDC IV (1949) col. 1296-1307; A. DI PAULI, *Dissimulare poteris*, in: AkKR 92 (1912) 250-269 e 397-414.

⁽¹⁵⁰⁾ A. VERMEERSCH-J. CREUSEN, *Epitome iuris canonici I* (nota 96) 165.

⁽¹⁵¹⁾ È, però, possibile un'atteggiamento dell'autorità, che è formalmente una dissimulazione, materialmente invece una dispensa (tacita o implicita): cfr. J. LEDERER, *Dis-*

siasi altro tipo di approvazione o concessione positiva, sebbene si fonda sulla conoscenza della situazione particolare, come esiste di fatto.

Questo silenzio del Superiore riguardo alla violazione va interpretata come *finzione* della non-conoscenza da parte del Superiore, dovuta alla impossibilità assoluta o morale della urgenza (imporre una sanzione, se possibile, comporterebbe mali maggiori, scandali etc.): «*fingitur ignorantia alicuius facti contra legem positi sive invalide sive illicite*»⁽¹⁵²⁾. Dissimulare è per sua natura sempre un atto provvisorio, e vale soltanto fintantoché perduri la situazione precaria⁽¹⁵³⁾.

La dissimulazione non crea alcun diritto soggettivo né oggettivo in favore del destinatario, il cui comportamento rimane illegittimo (sia invalido, sia soltanto illecito). Nella attività pastorale, alla dissimulazione corrisponde spesso il principio di non distruggere o disturbare la *bona fides* dei fedeli senza gravi cause⁽¹⁵⁴⁾.

Dal motivo stesso, per cui la dissimulazione si applica, deriva il suo carattere come salvaguardia tanto della certezza del diritto quanto dell'equità e, poi, della *salus animarum*: «Elle manifeste le souci de sauvegarder l'organisation juridique, tout en reconnaissant la possibilité d'une situation différente en vue des graves intérêts engagé, tel le salut des âmes»⁽¹⁵⁵⁾.

La dissimulazione spetta all'autorità competente tanto legislativa quanto esecutiva e giudiziaria, e comprende anche violazioni di diritto divino⁽¹⁵⁶⁾; la rilevanza della dissimulazione non è limitata alla sfera del processo, ma può anche far sì che non si dia corso ad un processo penale o ad un provvedimento disciplinare amministrativo, ad esempio, cioè qualora il processo dovesse venir istituito *ex officio* o almeno per iniziativa di un organo pubblico⁽¹⁵⁷⁾. Il Superiore dissimulante, fintantoché esistano delle ragioni gravi per dissimulare,

pensbegriff (nota 149) 83. Questo, infatti, presuppone la dispensabilità della rispettiva norma.

⁽¹⁵²⁾ A. VAN HOVE, *De Privilegiis* (nota 101) 313.

⁽¹⁵³⁾ G. MICHELIS, *Normae generales II* (nota 101) 681, nota 3; W. AYMANS-K. MÖRSORF, *Kanonisches Recht I* (nota 139), 273; C. LEFEBVRE, *Dissimulation* (nota 149) 1306.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. C. LEFEBVRE, *Dissimulation* (nota 149) 1306.

⁽¹⁵⁵⁾ C. LEFEBVRE, *Dissimulation* (nota 149) 1307.

⁽¹⁵⁶⁾ G. OLIVERO, *Dissimulation* (nota 135) 194.

⁽¹⁵⁷⁾ G. OLIVERO, *Dissimulation* (nota 135) 111-117.

non deve agire in modo processuale o sanzionatorio contro le rispettive persone nella materia della dissimulazione.

4. *Nell'ambito della osservanza delle norme giuridiche da parte dei fedeli.*

a) *In generale.*

Tanto la *traditio canonica* quanto il diritto vigente prevedono mezzi o tecniche di flessibilità nelle mani del destinatario della norma canonica, fra le quali rientrano specialmente:

- le cause esimenti o scusanti e l'*epikeia*;
- espressioni esortative e consigliative nella legge stessa⁽¹⁵⁸⁾;
- vari elementi di flessibilità per i destinatari della legge, come p. es. «*quantum fieri potest*» (c. 280), «*si id fieri possit sine gravi incommodo*»⁽¹⁵⁹⁾;

- *cessatio legis ab intrinseco*⁽¹⁶⁰⁾;

- *consuetudo secundum, praeter, contra legem*.

Mi permetto di limitarmi al delicato problema della impossibilità della osservanza di una norma giuridica come causa esimente o scusante, lasciando da parte il problema del *dubium iuris et facti* e l'*ignorantia* e *error* — come fattispecie regolate della legge stessa. Cause esimenti o scusanti, delle volte sono previste nella norma stessa, p. es. nei cc. 14; 15; 1323-1325. Inoltre, è dottrina comunemente accettata, che una *causa excusans* di per sé, senza nessun'atto da parte dell'autorità, fa cessare il *vinculum legis*⁽¹⁶¹⁾.

Cause scusanti sono, a prescindere dal *dubium iuris et facti* e dall'errore e l'ignoranza, specialmente: L'impossibilità assoluta e l'impossibilità morale⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. nota 100, e.g. *enixe commendantur* (c. 1065 § 2); 921 §§ 2 e 3.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. cc. 1065 § 1; 920 § 2; 857 § 2; 1248 § 2; 837.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. nota 95.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. S. Th. I-II qu. 96 a. 6: «Semper ei qui legi subditur, verba legis servanda sunt, nisi adsit periculum publici boni; quod si subitum sit, non patiens tantam moram ut ad Superiorem recurri possit, praeter verba legis agere licet».

⁽¹⁶²⁾ Cfr. A. VAN HOVE, *De Privilegiis* (nota 101) 314. Come fa notare l'autore, in generale si potrebbe seguire la regola: «*Maiores causas requiruntur ad excusationem quam ad dispensationem*»: ivi 314.

La *ignorantia* non scusa dalla legge, ma soltanto dalla imputabilità della violazione: Cfr. G. MICHIELS, *Normae generales I* (nota 48) 442-469.

b) *Impossibilità, epikeia.*

Nel caso della impossibilità assoluta⁽¹⁶³⁾ l'obbligo di qualsiasi norma di diritto umano e di diritto divino in quanto è di carattere prescrittivo, cessa *ex natura rei* o per la volontà del legislatore stesso⁽¹⁶⁴⁾; le norme di diritto divino di carattere *negativo* (*obligant semper et pro semper*), ad es. la proibizione di blasfemia, fornicatio, adulterium, periurium, non cessano di per sé, ma cessa l'imputabilità della trasgressione totalmente. Lo stesso vale per tutte le norme di diritto divino, che proibiscono comportamenti in sé cattivi, ed inoltre, ogniqualvolta la trasgressione conduca all'*animarum damnum, ad un scandalum reale pusillorum*⁽¹⁶⁵⁾ o al danno di un bene pubblico della Chiesa che, per sua stessa natura, è superiore al bene privato: ad es. il divieto di violare il sigillo sacramentale⁽¹⁶⁶⁾.

Queste regole sulla rilevanza della impossibilità valgono anche riguardo a *leges irritantes et inhabilitantes* (cfr. cc. 10; 14; 15 § 1)⁽¹⁶⁷⁾.

Nel caso della *impossibilitas moralis* da parte del destinatario di una legge o un precetto giuridico, in linea di principio valgono gli

⁽¹⁶³⁾ Per il concetto cfr. G. MICHELS, *Normae generales I* (nota 48) 463 s.; G.P. MONTINI, *Impossibilium nulla obligatio. L'impossibile non obbliga*, in: Quaderni di diritto ecclesiale 10 (1997) 456-477, 460 s.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. M. CONTE A CORONATA, *Institutiones I* (nota 101) 102. Cfr. gli adagi: *Impossibilium nulla est obligatio* (Dig. 50,17, 185); *nemo potest ad impossibile obligari* (RJ 6 in VI°). Cfr. V. BARTOCETTI, *De regulis iuris canonici*, Roma 1955, 40-42.

Per l'effetto scusante dell'impossibilità nell'ambito del diritto penale: Cfr. cc. 1321, 1323; 1324.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. L. BABBINI, *Art. Scandalo*, in: L. ROSSI-A. VALSECCHI (ed.), *Dizionario Enciclopedico di teologia morale*, Roma 1974, 942-946, 943.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. cc. 983 s.; 1388; cfr. G. MICHELS, *Normae generales I* (nota 48) 465 s.

⁽¹⁶⁷⁾ Più in dettaglio: G. MICHELS, *Normae generales I* (nota 48) 467 s.; G. P. MONTINI, *Impossibilium nulla obligatio* (nota 163) 466-475. Cfr. P. ERDÖ, *Teologia* (nota 1) 160.

In alcuni casi, la legge stessa prevede la non applicazione della sanzione (cfr. c. 1116 per la *lex irritans* della *forma canonica*). Negli altri casi, quando l'impossibilità della osservanza porti alla privazione di un diritto, che compete alla persona in base al diritto divino positivo o naturale: p. es. l'assoluzione del complice (c. 977) anche fuori del pericolo di morte, è da ritenere valida, in caso di impossibilità per il penitente, di adire un altro sacerdote e non c'è speranza che ci sarà altro sacerdote. Anche l'*impedimentum disparitatis cultus* (c. 1086) cessa per un cattolico, che di fatto non può contrarre matrimonio che con una persona non battezzata e che non può impetrare la dispensa.

stessi criteri e gli stessi effetti come nel caso della *impossibilitas absoluta* ⁽¹⁶⁸⁾. La difficoltà particolare sta nel determinare i presupposti della impossibilità morale e nel definire i limiti della sua applicabilità. Per dirlo in modo generale, la impossibilità morale si ha, quando l'osservanza comporterebbe sforzi, fatiche o difficoltà straordinari e improporzionali, o quando c'è *metus gravis ab extrinseco*, o quando c'è il pericolo di un male grave imminente o della privazione di un bene notevole ⁽¹⁶⁹⁾. Rientra anche la fattispecie della collisione fra obblighi o fra obblighi e diritti della rispettiva persona. Conformemente alla dottrina che si basa sulla *traditio canonica*, sono richiesti i seguenti presupposti ⁽¹⁷⁰⁾:

— L'*incommodum grave* dev'accompagnare l'osservanza della legge soltanto *per accidens*, non invece *per se* (cioè non dev'essere compreso nell'*intentio legislatoris*);

— Si deve tener conto della gravità o importanza della legge;

— Si devono prendere in considerazione le circostanze delle persone e del luogo (p. es. un eventuale scandalo);

— L'*incommodum* deve apparire come *grave* in relazione al *bonum commune*, verso il quale la legge in ogni caso è ordinata ⁽¹⁷¹⁾.

La nozione stessa di *impossibilitas moralis* costituisce un concetto giuridico indeterminato. Quando si realizza tale impossibilità riguardo alla osservazione della legge in base al giudizio prudente da parte del destinatario della norma ⁽¹⁷²⁾, è legittimato, proprio in base alla *aequitas canonica*, a ritenere cessato l'obbligo della legge; con ciò non è più obbligato a chiedere una dispensa. Su questo punto, quindi, precisamente coincidono la *dispensa praesumpta* ⁽¹⁷³⁾

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. S. Th. I-II qu. 96 a. 6: «*Ipsa necessitas dispensationem habet annexam, quia necessitas non subditur legi*». Cfr. gli adagi: «*Necessitas non habet legem*»; «*Lex non obligat cum gravi incommodo*»; «*Quod non est licitum lege, necessitas facit licitum*» (X 5,41,4): Cfr. D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtsprichwörter*, München ³1991, 126 e 180.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. G. MICHIELS, *Normae generales I* (nota 48) 463; P. ERDÖ, *Teologia* (nota 1) 158 s. Per il caso speciale della *impossibilitas voluntaria*: G. MICHIELS, *Normae generales I* (nota 48) 466.

⁽¹⁷⁰⁾ A. VERMEERSCH-J. CREUSEN, *Epitome I* (nota 96) 108 s.; Cfr. G.P. MONTINI, *Impossibilium nulla obligatio* (nota 163) 461-463.

⁽¹⁷¹⁾ A. VERMEERSCH-J. CREUSEN, *Epitome I* (nota 96) 108 aggiungono: «*Plerumque gravior excusatio requiritur ad infringendam legem negativam quam positivam*».

⁽¹⁷²⁾ «*Aestimatio boni viri*»: G. MICHIELS, *Normae generales I* (nota 48) 469.

⁽¹⁷³⁾ Cfr. F.J. URRUTIA, *Sense juridique* (nota 101) 8 s.

e l'*epikeia*, la quale non a torto dal Michiels va intesa «*ut benigna legis applicatio secundum aequum et bonum, declarans unum alterumve casum particularem, ob causas et circumstantias speciales peculiari subdito proprias, puta ob impotentiam eius vel grave incommodum, sub legem universaliter latam universaliterque obligantem non esse comprehensum, quia illum comprehendere esset exigentiis iustitiae naturalis vel aequitatis contrarium*»⁽¹⁷⁴⁾.

L'istituto della *deobligatio legis* a causa dell'impossibilità della osservanza nel caso concreto, cioè l'*epikeia*, salvaguarda tanto l'ordinamento giuridico (in quanto delimita e precisa la portata di singole norme) come il bene comune della Chiesa (in quanto assicura le esigenze della verità mediante il rispetto dei limiti, che scaturiscono dal diritto divino) ed altrettanto il *bonum animarum*, o, per dirlo nella luce della Dichiarazione *Dignitatis Humanae*, la dignità della coscienza in considerazione del fine ultimo del diritto della Chiesa. Perciò è espressione quasi perfetta dell'*aequitas canonica* come principio applicativo o di osservanza nel senso descritto, nell'assicurare il *bonum individuale* e allo stesso tempo il *bonum commune Ecclesiae*.

Conclusioni.

Da quanto è stato detto, mi permetto di trarre le seguenti conclusioni e di fare qualche proposta.

1) Il principio della *salus animarum* richiede una continua rilettura di tutti gli istituti giuridici e di tutte le norme giuridiche della Chiesa nella prospettiva del principio giuridico della *aequitas canonica*.

2) Sarebbe auspicabile una valutazione più differenziata del ruolo o posto della coscienza nell'ambito dell'ordinamento canonico: La questione dell'obbligazione immediata o meno in coscienza dei dati normativi; la rilevanza del giudizio di coscienza di fronte all'ordinamento canonico.

3) Occorrerebbe un ulteriore sviluppo profondo della teoria della norma canonica sotto l'angolatura della flessibilità tipica dell'ordinamento canonico; in altre parole: In quanto è possibile ritenere la norma stessa flessibile, o per meglio dire: spostare la funzione di alcune tecniche di flessibilizzazione all'interno della norma cano-

⁽¹⁷⁴⁾ G. MICHELIS, *Normae generales I* (nota 48) 468 s.

nica stessa, per rendere possibile soluzioni e decisioni, che corrispondono allo stesso tempo alle esigenze della giustizia materiale nel caso concreto e del bene pubblico comune della Chiesa, alle esigenze materiali e formali. Nel diritto canonico, la sintesi tra aspetto materiale (la soluzione deve essere, il più possibile, adeguata alle esigenze del caso concreto) e compatibilità della soluzione con il sistema e con i valori del sistema canonico intero, viene garantita dal fatto, che la legalità e la certezza del diritto sono da intendersi più nel senso *sostanziale* (tese alla realizzazione dei valori dell'ordinamento) che alle esigenze formali.

4) Sarebbe auspicabile elaborare dei criteri per decidere casi straordinari e eccezionali («Notstandsrecht»): Si potrebbe forse provvedere una apposita norma riguardante la fattispecie della impossibilità fisica e morale: Quali misure da parte dell'autorità sono pensabili in questi casi eccezionali? Nella prassi canonica, fintantoché non esista una tale norma, ci saranno sempre delle incertezze sulla validità o liceità di tali misure in casi straordinari.

5) Per quanto riguarda i limiti scaturienti dal diritto divino, occorrerebbe approfondire lo stesso concetto di *ius divinum* su un piano interdisciplinare — tenendo conto, fra l'altro, delle ragioni della filosofia del linguaggio, della teologia biblica e quella dogmatica e morale.

6) Il principio della *salus animarum* dev'essere preso sul serio sul piano giuridico-canonico (come *aequitas canonica*) come fautore e promotore continuo di uno *sviluppo organico ed evolutivo* delle norme e istituti del diritto canonico.