
GENERALIA IURIS PRINCIPIA CUM AEQUITATE CANONICA SERVATA

(Contributo alla interpretazione del can. 20 C. J. C.)

SOMMARIO: 1. Stato della letteratura canonistica. Giustificazione del presente lavoro. — 2. Metodo seguito dalla dottrina canonistica. Opinioni varie. Considerazioni. — 3. Valutazione critica di alcune categorie. — 4. Insufficiente indagine storica. Metodo per compierla. — 5. Dottrina della Glossa sul c. Ex parte 11, X. I, 36 — 6. Dottrina di alcuni decretalisti. — 7. Risultati della indagine storica. Loro importanza per l'interpretazione del can. 20 C. J. C. — 8. Funzione della *aequitas canonica* rispetto ai *generalia iuris principia*. — 9. Rilievi critici su alcune obiezioni mosse, nella dottrina canonistica, contro la tesi del rinvio ai principi di diritto naturale. — 10. Irrilevanza, nel diritto della Chiesa, delle obiezioni mosse, nella dottrina civilistica, contro la tesi del rinvio ai principi di diritto naturale. — 11. Peculiarità del diritto canonico — 12. Autonomia e giustificazione della nostra tesi.

1. — Per la disciplina di tutti i casi possibili, che non abbiano trovato la loro soluzione in una disposizione di legge, sia generale sia particolare, quando si sia fuori dall'ipotesi di applicazione di pene, il can. 20 C. J. C. dispone i seguenti mezzi: a) "*leges latae in similibus*,"; b) "*generalia iuris principia cum aequitate canonica servata*,"; c) "*stylus et praxis Curiae Romanae*,"; d) "*communis et constans sententia doctorum*,".

Il secondo di questi quattro distinti elementi costituisce il punto critico del cosiddetto problema delle lacune nel diritto (1), quello cioè intorno al quale più vive si agitano le controversie, sicchè quasi irraggiungibile appare l'accordo tra gli scrittori.

(1) Prima di dar corso a questi appunti esegetici, dommatici e storici, rivolti a spiegare il significato della formula "*generalia iuris principia etc.*", del can. 20, occorre subito chiarire e risolvere una questione pregiudiziale di carattere generale. Si tratta di sapere se l'ordinamento giuridico canonico contenga oppure no delle lacune. Ai moderni canonisti, per vero, sembrano essere rimasti affatto estranei i

I dissensi, tuttora aperti e forse inconciliabili, sono comuni a tutti quelli ordinamenti nei quali il legislatore rinvia il giudice, quando a decidere il caso a lui sottoposto non soccorrano disposizioni positive di legge, ai principii generali di diritto.

dissensi vivacemente dibattuti, in questi ultimi tempi, nella dottrina civilistica circa siffatta questione, nei riguardi soprattutto dell'ordinamento giuridico positivo italiano. Ma, o noi ci inganniamo, o non hanno ragione i vivaci dibattiti dei civilisti su questo punto. Qui, più che d'altro, è questione semplicemente di intendersi, onde evitare ogni equivoco o malinteso. Delle due l'una: o col termine "legge", noi ci riferiamo all'ordinamento legislativo, cioè alla legge scritta, ed allora possiamo parlare di lacune; o con quel termine intendiamo, invece, riferirci all'ordinamento giuridico positivo, ed allora non è più possibile parlare di lacune. Giustamente, pertanto, si è affermato doversi escludere l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico positivo italiano, per la semplicissima e decisiva ragione che il legislatore italiano ha offerto al giudice, con l'art. 3 disp. prel. cod. civ., i mezzi per risolvere tutti i possibili casi e con ciò ha voluto che, in difetto di precise disposizioni e non soccorrendo neppure il ricorso all'analogia, i principii generali di diritto servissero come fonte di chiusura dell'ordinamento giuridico (cfr. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in Archivio giuridico, 1923, vol. XC, pag. 214 sgg.; BRUNETTI, *Scritti giuridici vari*, Torino, 1920, vol. III, pagg. 1-87; ID. *L'asserita completezza dell'ordinamento giuridico*, Firenze, 1924; ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato*, in Archivio giuridico, 1925, vol. XCIV, pag. 236 sgg.; ROTONDI, *L'equità e i principii generali del diritto*, in Rivista di diritto civile, 1924, pag. 266 sgg.). Orbene, ancor meno legittimo è parlare di lacune di fronte all'ordinamento giuridico della Chiesa, nel quale il legislatore, forse preoccupato che il contenuto dei "generalia iuris principia", si dimostrasse limitato dinanzi alla realtà, nel senso che i principii generali non riuscissero a comprendere tutti quanti i possibili casi non regolati esplicitamente nè regolabili attraverso il procedimento analogico, ha dato posto a due altre autonome fonti formali di diritto: "stylus Curiae Romanae", "communis et constans sententia doctorum". Di fronte a così varia ed esauriente molteplicità di mezzi da cui desumere la disciplina di tutti i possibili casi, porre un problema delle lacune nell'ordinamento giuridico canonico - sempre, si intende, dal punto di vista del diritto positivo, chè de iure condendo qualsiasi ordinamento giuridico si pone come incompleto e lacunoso - significa porre un problema assolutamente privo di senso. Che se poi si pretendesse sostenere la esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico canonico positivo, sulla base di una pretesa identità di esso coll'ordinamento legislativo, prima di procedere ad ogni altra indagine, sarebbe necessario procedere alla dimostrazione di codesta identità. Di siffatte osservazioni, frutto di un'approfondita analisi del problema e certamente indispensabili per impostare e risolvere correttamente qualsiasi altra questione, generalmente non si fanno carico i canonisti, i quali indifferentemente sembrano ragionare di lacune nell'ordinamento legislativo e nell'ordinamento

Per limitarci all'ordinamento positivo italiano, intorno al cpv. dell'art. 3 disp. prel. cod. civ. è fiorita, in tempi relativamente recenti, tutta un'ottima letteratura, che ha tentato le vie più diverse per trovare una spiegazione della formula sibillina "principi generali di diritto", (2). Ma, forse, tutti i lodevoli tentativi hanno finito per

giuridico ecclesiastico, non avvertendo, da un lato, che fuori dell'antitesi tra ordinamento legislativo e ordinamento giuridico, il problema delle lacune non ha ragion d'essere, d'altro lato, che, quando essi sotto la categoria dei "generalia iuris principia", accumulano tutti i disparati elementi che vedremo, non fanno che solennemente testimoniare che la lacunosità è non già dell'ordinamento giuridico, sibbene dell'ordinamento legislativo, alle cui deficienze quegli elementi suppliscono, così da dare come risultato la più assoluta completezza dell'ordinamento giuridico ecclesiastico. Il D'ANGELO, poi, *Le lacune nel vigente ordinamento giuridico canonico*, in *Saggi su questioni giuridiche*, Torino, 1928, pag. 61 sgg., il quale ha voluto premettere allo studio del can. 20 qualche considerazione pregiudiziale sulla esistenza di lacune nel diritto canonico e sul significato di tale termine, è caduto in non poche nè lievi inesattezze, confusioni e contraddizioni. Così il citato autore, dopo aver affermato la possibilità di esistenza di lacune nel diritto canonico, sia nel senso di lacuna della legislazione sia nel senso di lacuna dell'ordinamento giuridico, ritiene che siccome questo deve presumersi uno e completo, l'esistenza di una lacuna deve essere vera e reale e che la presunzione cede solo alla verità. No! La presunzione della completezza dell'ordinamento giuridico è una presunzione iuris et de iure. È solo l'ordinamento legislativo che necessariamente si pone come incompleto.

(2) Ricordiamo, non pretendendo, peraltro, di fornire una esauriente bibliografia sull'argomento e limitandoci alla letteratura italiana, i seguenti studi: DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910; DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Archivio giuridico*, 1921, vol. LXXXV, pag. 33 sgg.; PACCHIONI, *I principi generali del diritto*, in *Archivio giuridico*, 1924, vol. XCI, pag. 133 sgg.; lavoro, questo, riprodotto, con lievi varianti, in *Corso di diritto civile. Delle leggi in generale*, Torino, 1933, pag. 131 sgg.; BRUCI, *I principi generali di diritto e il diritto naturale*, in *Archivio giuridico*, 1923, vol. XC, pag. 160 sgg.; GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Archivio giuridico*, 1923, vol. LXXXIX, pag. 137 sgg.; ID., *Ancora sul problema delle lacune*, in *Studi sc. giur. Istit. eserc. Univ. Padova*, 1925; ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, Trieste, 1921; MICELI, *I principi generali di diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1923, pag. 123 sgg.; RAGUSA, *L'araba fenice, ovvero dei principi generali di diritto*, Roma, 1924; ID., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1924, pag. fasc. I; COGLIOLO, *I principi generali di diritto*, in *Diritto commerciale*, vol. XLIII 1924, pag. 161 sgg. SCADUTO G., *Sull'identificazione dei principi generali di diritto*, Perugia, 1926; CHECCHINI, *op. cit.*; BRUNETTI, *opp. citt.*; ASCARELLI, *op. cit.*; ROTONDI, *op. cit.* Cfr. anche le ampie citazioni bibliografiche contenute in DONATI, *op. cit.*, in GENY, *Méthode*

convincere maggiormente che questa espressione sfugge ad una precisa determinazione ed è destinata a rimanere confinata tra i grandi enigmi del diritto.

Noi qui, naturalmente, non ci faremo carico neppur di riassumere, e tanto meno di valutare, i risultati dei pregevoli studi civilistici, alcuni dei quali rappresentano cospicui contributi portati alla intelligenza del delicato e forse impenetrabile problema.

Il nostro campo di indagine è limitato all'ordinamento positivo canonico, al quale soltanto noi intendiamo riferire la discussione del problema. (3) Ora, rispetto al diritto canonico bisogna premettere una constatazione ben diversa da quella che dianzi facevamo rispetto al diritto civile.

Intorno al can. 20, più precisamente intorno al secondo dei quattro membri in cui questo canone è diviso, poverissima è la letteratura. Le ricerche diligentemente compiute e le discussioni vivacemente dibattute nella più recente dottrina civilistica sembrano non aver avuto nessun'eco nella dottrina canonistica. La quale avverte bensì — e come potrebbe fare a meno di avvertire? — l'esistenza di gravi controversie e contrasti nella soggetta materia, ma resta inerte ed indifferente, limitandosi, per lo più, a secche affermazioni di criteri conclusivi, senza fornire la benchè minima dimostrazione delle premesse logiche o storiche. Il che, peraltro, bisogna far dipendere dalla sede, nella quale si ragiona dell'argomento; poichè, certo, non si può pretendere una esauriente trattazione di esso in opere istituzionali o poco più. Manca insomma, nella letteratura ecclesiastica, una monografia dedicata ex professo alla interpretazione della formula "generalia

d'interpretation et sources de droit privé posit., vol. II, cap. IV e in BRUNETTI, *Il domma*, cit.; RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, 1927, vol. I, pagg. 51 sgg.; MACCHIA, *I principî generali di diritto*, in *Annali Scienze giur.-econ.* Univ. Bari, 1934, pag. 25 sgg.

(3) Il che, peraltro, nulla vieta di fare, in quanto - a parte le considerazioni che più avanti esporremo nel testo - dal punto di vista del diritto positivo, è possibile esaminare come ogni singolo ordinamento legislativo dia mezzo a risolvere le sue necessarie lacune e quindi pervenire eventualmente a soluzioni differenti per i vari ordinamenti legislativi. Nell'ordinamento legislativo canonico la questione si pone come interpretazione del can. 20 C. J. C. "Nulla di più interessante dell'esplicazione di questo canone fondamentale ha scritto il DEL GIUCICE, in *Archiv. Giurid.* 1924, vol. XCI. pag. 20.

iuris principia cum aequitate canonica servata,, (4). E sì che questa interpretazione non può essere contenuta nei limiti delle ordinarie trattazioni scolastiche; ma è forse tale da dar luogo ad una letteratura non meno imponente di quella che si è avuta nel campo civilistico.

Nè a giustificare la mancanza di uno studio speciale sull'argomento e quasi a scagionare la letteratura canonistica da tale lacuna (proprio in tema di lacune!) varrebbe addurre l'esempio dei vani tentativi dei civilisti di risolvere il problema, e quindi opporre la necessaria identità di risultati nel campo del diritto canonico; poichè nè la vanità dei tentativi è un argomento per far desistere da ulteriori indagini, nè soprattutto è esatto affermare, per il diritto della Chiesa, una identità di risultati (5).

Invero, noi non ci sentiamo di condividere l'affermazione di un autorevolissimo scrittore (6), che cioè la disposizione del canone 20 riproduca le disposizioni di molti codici civili, riguardo alle norme

(4) Giacchè una monografia sul nostro tema non può considerarsi il citato scritto del D'ANGELO, il quale a spiegare il significato della espressione del can. 20 "generalia iuris principia etc.", dedica poco più di un paio di pagine.

(5) Ma forse la mancanza di uno studio canonistico che apporti un contributo apprezzabile alla elaborazione del problema si deve, più che ad altro, attribuire al fatto, rilevato opportunamente dallo JEMOLO, in una recensione di un'opera canonistica (in *Rivista di diritto processuale civile*, 1928, vol. V, part. I pag. 372 sgg.) che, essendo agli scrittori ecclesiastici "prescritto il metodo da seguire, preclusa dal rigore della disciplina ecclesiastica ogni critica non pur di qualsiasi norma stabilita dal legislatore, ma anche di ogni decisione dei tribunali pontifici e delle congregazioni, il giurista tende a ridursi ad un semplice compilatore, ad un illustratore di parole e di locuzioni, ad un raffrontatore per cui la genialità sarebbe un inutile lusso"; onde un altro nostro illustre canonista laico, il DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, Perugia, 1926, pag. 31, nota (1), ha potuto giustamente affermare che "la letteratura canonistica va rinnovata soprattutto nel metodo". Senonchè tale rinnovamento diventa molto problematico, se non addirittura inattuabile, di fronte ad una disposizione, come quella del can. 129 C. J. C., la quale rende molto difficile, se non affatto impossibile, ai liberi ingegni di "sottrarsi (per dirla con lo JEMOLO, *loc. cit.*) alla strettoia del metodo imposto e della preclusione di ogni critica".

(6) FALCO, *Introduzione allo studio del "Codex iuris canonici"*, Torino, 1926, pag. 103. Ma ancor meno ci sentiamo di condividere l'asserzione del D'ANGELO, *loc. cit.*, pag. 61, che cioè il can. 20 costituisce una vera novità nell'ordinamento vigente, per il fatto che un passo di Lucio III nelle Decretali gregoriane (c. l. X, V, 32) non si riferisce ai casi contemplati dal can. 20. Perocchè ben altra è la

da applicarsi ai casi non espressamente preveduti. Infatti, a parte la considerazione che la semplice lettura del can. 20 fa palese che gli elementi quivi elencati non corrispondono a quelli contenuti, ad es., nell'art. 3 disp. prel. cod. civ. it. - dov'è, in questo articolo, il rinvio alla costante giurisprudenza e dottrina, come a fonte di diritto? - è proprio la formula, sulla quale maggiormente cadono le dispute e le indagini, che appare così profondamente diversa, da consigliare una impostazione del problema nel diritto canonico del tutto distinta da quelle che si sono tentate dai civilisti per dare un significato alla espressione "principii generali di diritto", di cui al citato art. 3 disp. prel. cod. civ. it. Ma poi, al di là di ogni formula legislativa, è tutto il sistema del diritto della Chiesa che postula la più assoluta autonomia in questa materia. Della quale affermazione incontreremo, nel corso del presente studio, ampie e indiscutibili dimostrazioni storiche, oltrechè dogmatiche. Le quali varranno, altresì, a fornir la prova del contrario, almeno nel nostro campo, di quanto un nostro insigne civilista (7) ha creduto recentemente di potere - sia pure incidentalmente - affermare, che cioè i compilatori del Codex iuris canonici abbiano adottato talune partizioni e concetti della dogmatica civilistica moderna, quanto dire una sistematica ed una dogmatica rimaste estranee allo sviluppo storico del diritto che codificavano.

Infatti, il punto, che ci proponiamo di studiare, è di quelli in cui più spiccata appare la peculiarità del diritto della Chiesa, di fronte

fonte diretta del nostro canone, come ampiamente si vedrà in prosieguo. Nè certo a favore della novità della formula contenuta nel can. 20 è decisivo addurre il fatto che questo canone non porta indicazione alcuna di fonte nell'edizione curata dal card. Gasparri. È risaputo infatti che numerosi sono i canoni che non hanno alcuna indicazione di fonti; ma non per ciò si può negare che le fonti esistano e a volte facilmente reperibili, ad es. nel caso di *regulae iuris*. È assolutamente falso, poi, dire, come fa il D'ANGELO, *loc. cit.*, che i canonisti non trattarono mai ex professo la materia che forma il contenuto del can. 20; poichè non pochi nè oscuri sono i canonisti che versarono proprio sul tema che forma oggetto di queste note, come più innanzi si vedrà; nè monta che essi non abbiano usato il termine oggi in voga, lacuna, del quale il D'ANGELO è andato inutilmente in cerca in opere di canonisti relativamente recenti. Di vero, come può il non uso di un termine, non tecnico per giunta, costituire un argomento decisivo per concludere che il tema, nel quale entra quel termine, sia lettera morta presso tutta l'antica letteratura canonistica? Che una terminologia non tecnica possa giuocare un ruolo tanto importante nessuno sarà disposto ad ammettere.

(7) VASSALLI, *Storia e dogma*, in Archivio giuridico, 1934, vol. CXII, p. 162.

al diritto dello Stato, più viva la sua secolare ed immutabile tradizione. Ma, anche a voler concedere che gli elementi fissati dal can. 20 siano stati dal legislatore canonico mutuati da analoghe disposizioni di molti codici civili, forsechè con ciò si sarebbe negata la possibilità, per il diritto canonico, di una interpretazione del canone citato affatto autonoma dalle varie proposte intorno all'art. 3 disp. prel. cod. civ. it. ? In sostanza, si potrà anche negare, se si vuole, la novità della formula canonistica, rispetto a quella civilistica; ma non si potrà escludere un'autonoma impostazione di questioni, rispettivamente nell'uno e nell'altro diritto, in relazione al problema che ci occupa; chè nessuna formula legislativa potrà mai accomunare il diritto della Chiesa e il diritto dello Stato.

Abbiamo alquanto insistito su questi chiarimenti e rettificazioni, sia per respingere qualsiasi appunto ci si volesse muovere, circa l'opportunità di lavorare ancora su un campo già tanto profondamente arato fuori dell'ordinamento al quale ci riferiamo, sia soprattutto per avere la possibilità di procedere nell'indagine, rispetto a questo ordinamento, colla maggiore possibile indipendenza dai risultati raggiunti nell'ordinamento civile; infine, per giustificare un lavoro che aspiri ad essere scientificamente non inutile.

2. — Abbiamo più sopra rilevato l'insufficienza della dottrina canonistica sul nostro argomento; ora dobbiamo metterne in luce un più grave difetto, rispetto all'esauriente elaborazione civilistica.

Il difetto riguarda, innanzi tutto, il metodo; ma necessariamente si riflette sulla sostanza dei concetti. Mentre i civilisti, nella determinazione del significato della formula "principii generali di diritto", seguono bensì criteri disparati - e difendendo le più svariate opinioni giungono ai risultati più vari - ma fissano con inconfondibile nettezza le tesi, dalle quali pretendono far discendere la soluzione del problema (8), i canonisti appaiono oltremodo perplessi nel procedere

(8) Dalla dottrina tradizionale che fonda la completezza di qualsiasi ordinamento giuridico sulla "forza di espansione logica", delle disposizioni particolari (scrittori citati dal DEL VECCHIO, *op. cit.*, pag. 39, nota (3) e dal CHECCHINI, *op. cit.*, pag. 177 nota (1); si aggiunga ASCARELLI *op. cit.*, pag. 275 segg.) alla tesi che fonda tale completezza su una norma generale di chiusura regolante tutti i casi non previsti nè dalle norme particolari, nè dalle norme sussidiarie (cfr.

alla suddetta determinazione, tanto da far seriamente dubitare che essi siano perfettamente padroni del tema.

Dominati forse dalla preoccupazione di non riuscire a stabilire regole esaurienti e di lasciar fuori elementi decisivi, lungi dal fissare criteri precisi ed univoci, i canonisti moderni si danno pensiero di accumulare categorie su categorie, della più diversa natura, e con questo sistema, per così dire, eclettico, pretendono di dar fondo al complesso argomento. Ma questo sistema - molto comodo, in verità, ma ben poco scientifico e razionale - riesce non solo a confondere ancor più le idee, in una materia già di per sè tanto incerta e nebulosa, ma anche a frantumare in numerose elencazioni l'unità e l'uniformità dell'ordinamento canonico (9). Così, da un artificioso amalgama di elementi eterogenei e tra loro inconfondibili, viene fuori una trattazione frammentaria e disorganica del problema, quasi direi, una gamma stonata, nella quale non si riesce ad intendere quale nota si voglia far dominare.

Per vero, non sembra che i canonisti abbiano avvertito che il metodo migliore per dare al problema una soddisfacente soluzione, consisteva nell'instituire preliminarmente, diremo così, una *actio finium regundorum*, determinare cioè nettamente a quale criterio si intendeva far riferimento. Non si è, forse, riflettuto che il presente tema era il meno adatto a prestarsi a risoluzioni eclettiche ed

DONATI, *op. cit.*); dalla teoria che sostiene il rinvio ai principi del diritto naturale (cfr. DEL VECCHIO, *op. cit.*) o alla natura dei fatti (cfr. ASQUINI, *op. cit.*) a quella che sostiene il rinvio ai principi del diritto comune (cfr. BRUGI, *op. cit.*; CECCHINI, *op. cit.*), alla scienza giuridica (cfr. PACCHIONI, *op. cit.*) etc. Per una rassegna critica delle varie tesi, si veda soprattutto CECCHINI, *op. cit.*, pag. 181 sgg. e ASCARELLI, *op. cit.* pag. 259 sgg. v. anche RASELLI, *op. cit.* pag. 691 sgg.; MACCHIA, *op. cit.* pag. 261 sgg.

(9) Vero è che, in relazione ad ogni elencazione, si pretenderebbe far operare il procedimento analogico, onde poter dichiarare formalmente canonica ogni categoria. Ma è chiaro che così si riesce soltanto a salvare l'apparenza, mentre la sostanza delle cose risulta manifestamente tradita; poichè in realtà, essendo ben circoscritto l'ambito d'applicazione del procedimento per analogia, le diverse categorie, a cui si pretende far riferimento, corrispondono ad altrettante diverse fonti di diritto, con la grave conseguenza di venire a creare, accanto all'ordinamento giuridico canonico, altri ordinamenti giuridici; cosa che non può essere assolutamente consentita. In ciò, come si vedrà, consiste uno dei punti deboli di quasi tutta la dottrina canonistica, nella quale le differenze, su questo punto, da un autore all'altro sono più di formulazione che di sostanza.

accomodanti. E ciò perchè l'indole stessa del problema postula l'applicazione franca della massima - tante volte a torto tirata in ballo ma qui più che mai opportuna e vera - "*inclusio unius exclusio alterius*...". Per contro, proprio ad escludere l'applicazione di tale massima si è posto ogni cura. Onde, attraverso ad arbitraria inclusione ed esclusione di elementi, i più disparati, si sono, quasi da tutti gli scrittori, raggiunti risultati, che sono ben lontani dal soddisfare le esigenze della ragione e della scienza e dal corrispondere, pertanto, ai bisogni della pratica. Non la quasi uniformità del pensiero, e quindi il difetto di ogni elaborazione, ma l'assunzione - saremmo per dire cerebrina - di criteri molteplici che spostano il problema, senza risolverlo, dal diritto canonico al romano e al civile vigente, dal campo del diritto positivo a quello della filosofia del diritto, questo, sì, è il maggiore ed imperdonabile difetto comune a quasi tutta la dottrina canonistica sull'argomento (10). Onde maggiormente da lodare sono quei

(10) Per fornire la dimostrazione di questi difetti, per ora d'indole metodologica, sceglieremo gli autori che più diffusamente e profondamente hanno versato sul nostro problema.

Prendiamo, ad es., il Van Hove, cioè la voce più vicina ed indubbiamente una fra le più autorevoli, nella letteratura canonistica contemporanea. Ebbene, questo autore, nel suo pregevole trattato sulle leggi ecclesiastiche, in sede di interpretazione della legge, e più precisamente in sede di analogia legis et iuris, dopo aver spiegato - sotto un paragrafo formulato "*Jura ex analogia adhibenda*... - in che cosa, a suo avviso, consistano e in che senso vadano intesi i "principia generalia iuris cum aequitate canonica servata", venendo in un successivo paragrafo a trattare dei luoghi in cui materialmente possono trovarsi questi principi, afferma doversi distinguere una quadruplici specie di principi generali di diritto, che gioverà riferire, facendo uso delle sue stesse parole: a) "*alia sunt authentica ab ipso legislatore in iure ecclesiastico hic et nunc vigente scripta, ut normae generales obligatoriae*..."; b) "*regulae iuris sub iure superiore canonico authenticae, ex iure romano maiori ex parte depromptae, in Decretales Gregori IX et in Sextum librum Decretalium insertae*...", alle quali si dovrebbero aggiungere i principi generali di diritto che si trovano sparsi nelle varie decretali, "*non formaliter ut dispositiones legislativae, sed ut rationem reddentes alicuius dispositionis particularis*", in quanto oggi varrebbero "*non ut legales, sed quatenus ius hodie vigen est interpretandum iuxta ius superius*", con la avvertenza ulteriore che esse non potrebbero applicarsi "*contra ius expressum aut apertam rationem in contrarium*", e comunque, se non con molta cautela; c) "*regulae doctrinales a variis doctis excogitatae*", (c. d. brocardi); d) "*altiora et universalia principia quae rationem reddunt ipsorum principiorum quae ex regulis iuris positivi deducuntur et ad philosophiam iuris spectant... omnibus iuribus*

pochi che sanno decidersi per un criterio esclusivo di ogni altro (11).

Delineato così sommariamente - da un punto di vista generale e meramente estrinseco, cioè sotto il profilo del metodo seguito

communia „ (VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, Mechlin, 1930, n. 321).

Dunque, come si vede, diritto romano, diritto canonico, filosofia del diritto, tutto serve, nulla è possibile scartare al fine di spiegare la formula “principi generali di diritto „!

Ma prendiamo un altro autore, recente ed autorevole del pari, il Michiels il quale accanto ai principi generali del diritto canonico positivo, cioè ai “principia ex variis legibus ecclesiasticis per viam inductionis, generalisationis et abstractionis deprompta „ - nei quali, peraltro, dovrebbero ricomprendersi anche le regulae iuris delle Decretali Gregoriane e del Sesto di Bonifacio VIII, solo in quanto però non siano fissate in norme positive nel Codex, - nonchè le regole dottrinali, - pone i “principia generaliora et altiora ipsorum principiorum iuris canonici directiva et explicativa, quae ad ius in genere seu philosophiam iuris pertinent, ideoque tum iuri ecclesiastico, tum iuri civili communia...”, Elencazione sostanzialmente identica alla precedente, salvo qualche precisazione di secondaria importanza. (MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, Lublin. 1929, vol. I, pag. 468).

Vediamo qualche altro esempio. Il D'ANGELO, *op. cit.* pag. 77, afferma che “le espressioni in sè ed i riferimenti storici e logici della disposizione portano a ritenere che per principi generali di diritto qui debbano intendersi i principi generalissimi del diritto naturale, non solo, ma anche di quel diritto romano, specie il comune, che è fondamento e fonte della legislazione ecclesiastica „. Il MAROTO non è contrario che ai principi del diritto canonico si aggiungano quei principi del diritto civile che possono adattarsi al diritto canonico e soggiunge una vaga riserva: “dummodo tamen de principiis vere generalibus agatur „. (*Institutiones iuris canonici*, Romae, 1921, I, pag. 447). Il CICOGNANI, dopo aver scritto che deve trattarsi “de generalibus iuris canonici principiis „, quasi pentito della eccessiva limitazione, dichiara non doversi riprovare colui che preferisse estendere il significato dei principi generali di diritto a quei principi generalissimi comuni e all'uno e all'altro diritto, che hanno origine nello ius naturae e conclude che i principi generali di diritto “dantur a lumine rationis „, e da essi sono state desunte le regulae iuris, sia autentiche che dottrinali. (*Commentarium ad libr. I Codicis*, Romae, 1926, pag. 126).

Questi esempi, ai quali molti altri se ne potrebbero aggiungere, e non meno significativi, valgono a giustificare gli appunti generali che nel testo abbiamo fatti alla dottrina canonistica sul nostro tema.

(11) Tra costoro ricordiamo: il TOSO, *Ad codicem iuris canonici Commentar. minora*, Romae, 1921, lib. I, pag. 63, il FALCO, *op. cit.*, pag. 104, e il DEL GIUDICE, *Istituzioni di diritto canonico*, Milano, 1936, pag. 78; il primo esclude che il legislatore abbia inteso riferirsi ai principi comuni al diritto canonico ed al diritto civile e sostiene il rinvio ai soli principi del diritto canonico; il Falco afferma

nell'indagare le categorie sotto cui ricomprendere i principi generali di diritto - lo stato della dottrina canonistica sull'argomento, è necessario ora discendere all'analisi intrinseca dei vari criteri proposti.

Abbiamo già rilevato come i canonisti abbiano dato per risolta la questione preliminare, che invece, nella dottrina civilistica, ha dato luogo a vivi dissensi: se e in che senso si possa parlare di lacune dell'ordinamento giuridico (12). La dottrina canonistica ha accettato, senza discuterlo, il presupposto dell'incompletezza dell'ordinamento giuridico canonico e, richiamandosi soprattutto ad un passo di S. Tommaso, ha affermato concordemente la necessità di supplire al silenzio della legge (13).

Nella determinazione degli elementi e dei criteri, a cui il giudice deve ricorrere, per decidere i casi non previsti dal legislatore, la moderna dottrina canonistica ha seguito diversi sistemi - dalla più gran parte degli scrittori cumulativamente messi innanzi e difesi -, i quali possono essere riassunti sinteticamente così: a) il giudice deve applicare esclusivamente i principi del diritto canonico; b) il giudice deve ricorrere non solo ai principi di diritto canonico ma, secondo alcuni, anche ai principi comuni al diritto canonico e al diritto civile; secondo altri, anche ai principi del diritto romano, in ispecie alle *regulae iuris* del Digesto passate poi nelle Decretali e nel Sesto, alle regole dottrinali desunte dal diritto canonico e dal diritto romano e finalmente anche ai principi di diritto naturale, meglio identificati come *ratio scripta*.

doversi ritenere che i principi generali siano le norme alle quali si perviene dalle singole norme delle leggi ecclesiastiche per via di induzione, di generalizzazione e di astrazione, siano quindi i principi generali del diritto ecclesiastico; il Del Giudice scrive che "non sembra che il legislatore canonico abbia voluto intendere principi generali astratti o filosofici; ma quei principi generali positivi, che, pure riattaccandosi ai fondamenti dottrinali dell'ordine ecclesiastico, l'interprete deve però ricercare, mercé successive generalizzazioni, nel sistema giuridico costituito „.

(12) Vedi retro, nota (1).

(13) Scrive S. TOMMASO, *Summa theologiae*, I, 2, qu. 96, art. 6, ad 3, riprendendo un tema già svolto da ARISTOTELE (*Etica a Nicomaco*, lib. V, c. 10): "Nullius hominis sapientia tanta est, ut possit omnes singulares casus excogitare; et ideo non potest sufficienter per verba sua exprimere quae conveniunt ad finem intentum; et si posset legislator omnes casus considerare, non oporteret ut omnes exprimeret propter confusionem vitandam; sed legem ferre deberet secundum ea quae in pluribus accidunt „.

Gli scrittori, che seguono il primo sistema, trasportano nel campo del diritto della Chiesa la dottrina tradizionale, e fino a tempi non molto lontani dominante nel campo civilistico, secondo la quale il metodo per trovare i principî generali di diritto consisterebbe nell'applicazione di un procedimento logico fondato sulla forza di espansione logica delle morme particolari, attraverso cui dalle singole disposizioni di legge si risalirebbe, per via di astrazione e di generalizzazione crescente, a determinazioni sempre più comprensive, fino a comprendere la disciplina di tutti i casi possibili nella sfera del diritto positivo. Pertanto, nell'ordinamento canonico non dovrebbe vedersi alcunchè di peculiare rispetto all'ordinamento civile: nell'uno e nell'altro il metodo per rintracciare i principî generali di diritto sarebbe identico (14).

Ma, anche se codesta equiparazione fosse autorizzata (e non è) dalla lettera della legge e dallo spirito dell'ordinamento ecclesiastico, occorre rilevare che la dottrina tradizionale, sostenuta da molti civilisti, deve ormai considerarsi, per parte nostra almeno, scossa e addirittura superata. Un nostro illustre filosofo del diritto ha osservato giustamente che "l'argomento analogico non si può estendere indefinitamente, essendo legato di sua natura ai termini dei quali procede e tra i quali si svolge: cioè l'affinità di fatto e l'identità di ragione. Spostare ad libitum codesti termini, allentare il vincolo che li unisce per potervi inserire qualsiasi caso, come se in essi fosse propriamente compreso, non è lecito nè rispetto alla logica nè rispetto al diritto... Invano si è cercato di superare la difficoltà distinguendo tra analogia legis e analogia iuris, e intendendo questa in un senso molto più ampio... Già secondo la comune dottrina dei logici, che fa capo ad Aristotele l'analogia si distingue propriamente dall'induzione per ciò, che non va dal particolare al generale, ma dal particolare al particolare coordinato. Non può quindi, a rigore, costruirsi una verità generale per mezzo di analogia. Il legislatore dice bensì che ove la analogia non soccorra si dovranno applicare i principî generali di diritto, ma non dice punto che questi si debbano trovare per un procedimento analogico; anzi dice implicitamente il contrario. Certamente nell'applicare una data norma a casi differenti da quelli in essa immediatamente

14) In questo ordine di idee sono il FALCO, *op. cit. loc. cit.*, e il DEL GIUDICE, *Istituzioni, cit. loc. cit.*

compresi si viene a riconoscere che la ragione insita nella norma vale per una sfera più ampia di quella originariamente assegnatale. Ma l'estensione che così si ottiene è pur sempre limitata e particolare, cioè relativa a quel certo ordine di rapporti che corrisponda alla ragione della norma in questione. Nè la cosa cambia se, invece di una norma si consideri a tale stregua una serie di di norme „ (15).

(15) DEL VECCHIO, in *Archivio giuridico*, cit., pag. 42 sgg., il quale, tra l'altro, osserva anche, contro chi identifica i principi generali con la analogia iuris: "... La stessa esperienza giuridica, del resto, e segnatamente la pratica giuridiziale, mostra che dalle singole norme formulate dal legislatore, quantunque ingegnosamente combinate e tratte a significato molto più largo di quello letterale, non può sempre ricavarci una massima capace di risolvere i nuovi casi che la vita nel suo continuo fluire presenta. Se la funzione del giudice è nondimeno sempre possibile sulla base delle legge, ciò accade perchè la legge medesima ha fatto luogo, oltrechè all'interpretazione analogica, ai principi generali di diritto, dando ad essi con questa formula così largamente comprensiva, un riconoscimento distinto e una vera e propria sanzione di ordine positivo. Circoscrivere però tali principi alle stesse norme particolari già formulate, e volere che essi si ricavano esclusivamente da queste, significa introdurre di nuovo l'inconveniente, che il legislatore ha voluto rimuovere, e togliere ai principi generali la loro virtù integratrice „.

Di queste considerazioni del Del Vecchio potrà legittimamente far tesoro, anche nell'ambito dell'ordinamento ecclesiastico, chiunque, come noi, non creda che i principi generali possano rintracciarsi, mediante il processo di generalizzazione crescente, dalle singole norme dell'ordinamento legislativo canonico.

È significativo che in tutti i vari attacchi mossi alla tesi, vigorosamente sostenuta dal Del Vecchio, del ricorso ai principi di diritto naturale, un punto sia rimasto immune da ogni censura: la parte relativa alla critica mossa da questo scrittore contro la teoria tradizionale. Che anzi è veramente sintomatico che quasi tutti gli autori, che, dopo il Del Vecchio, si accinsero a spiegare il significato dell'espressione dell'art. 3 disp. prel. cod. civ., abbiano preso per punto di partenza nella loro indagine l'idea, propugnata dal Del Vecchio, della insufficienza del procedimento per analogia, sia legis che iuris. Qualche scrittore anzi, come ad es. il CHECCHINI (*op. cit.*, pag. 218), ha esplicitamente ripreso ed accolto il motivo del Del Vecchio, qualificando come "pericoloso e poco utile „ il procedimento della generalizzazione crescente. Soltanto l'ASCARELLI (*op. cit.*, pag. 276), a nostra conoscenza, ha preso una posizione nettamente contraria, riaffermando la dottrina tradizionale. Senonchè, la confutazione - affrettata, per vero, e fatta esclusivamente con larghi richiami di idee espresse dal Carnelutti - delle obiezioni a cui quella dottrina è stata fatta segno soprattutto dal Del Vecchio, ci sembra non essere riuscita neppure a diminuire il valore delle obiezioni stesse.

Queste giuste considerazioni valgono a persuadere pienamente della impossibilità di trarre, mediante l'applicazione di un procedimento logico, dalle norme particolari la disciplina di tutti i casi possibili. Naturalmente esse hanno valore generale e senza difficoltà possono essere riferite alla discussione del problema in seno all'ordinamento giuridico canonico.

Gli scrittori che, riconoscendo l'impossibilità di trarre dalle disposizioni particolari la disciplina di tutti i casi possibili, ammettono la necessità di trovare fuori dell'ordinamento positivo canonico gli elementi e i criteri per la risoluzione del problema, sono di gran lunga più numerosi (16).

Il loro comune difetto, dal punto di vista metodologico, fu già più sopra rilevato. Il loro comune punto debole, sotto il profilo sostanziale, consiste nell'aver creduto che indifferentemente i principî generali di diritto si potessero andare a rintracciare in seno al diritto romano, al diritto civile vigente ed alla filosofia del diritto. Ma vi è ancora di più: alcuni canonisti hanno preteso che questo metodo fosse compatibile con quello del procedimento analogico e questo procedimento, o espressamente, o implicitamente, hanno affermato doversi applicare nella ricerca dei disparati elementi che promiscuamente tiravano in ballo. E con questa commistione di criteri e promiscuità di metodi si è, forse, avuta l'illusione di aver tutto chiarito e tutto risolto. E invece non si è riuscito ad altro che ad aumentare le difficoltà e le oscurità che l'argomento presenta.

A rendere con immagine efficace quello che costituisce, per così dire, il luogo comune delle varie opinioni, si potrebbe dire che, secondo queste, i principî generali di diritto rappresentano un ricettacolo capace di accogliere tutti gli elementi, tutte le categorie, tutte le graduazioni e tutti i metodi che vi si vogliano cacciar dentro. Sembra che tutti gli scrittori, per timore di peccare per difetto, abbiano preferito peccare per eccesso. In verità, indifferentemente si passa dal diritto canonico al diritto romano, dalle

(16) Cfr., in vario senso, ma spesso con varianti di formulazione, piuttosto che di sostanza: VAN HOVE, *op. cit.*, n. 321; MICHIELS, *op. cit.*, *loc. cit.*, MAROTO, *op. cit.*, *loc. cit.*; CICOGNANI, *op. cit.*, *loc. cit.*; OIETTI, *Comment. in Cod. iur. can.*, Romae, 1927, I, pag. 150; CAPPELLO, *Summa iur. can.*, Romae, 1928, vol. I, n. 90, pag. 77; D'ANGELO, *op. cit.*, pag. 76 sgg.; VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, Mechliniae, 1929, vol. I, n. 99.

regulae iuris ai brocardi, infine dal diritto positivo alla filosofia del diritto (17). Ebbene, se è certo che tutti questi elementi non

(17) Limitandoci a considerare gli scrittori che in modo più diffuso si sono occupati del nostro tema, avvertiamo che gli appunti, che ad essi crediamo dover muovere, si estendono altresì a tutti i canonisti che, nonostante alcune diverse formulazioni, difendono tesi più o meno identiche, salvo la eliminazione o l'aggiunta di qualche elemento più o meno decisivo.

Già conosciamo i criteri assunti dal D'Angelo, per spiegare l'enigmatica formula "generalia iuris principia"; i principi generalissimi del diritto naturale e i principi generalissimi del diritto romano, specie del diritto comune. Aggiungiamo che, secondo questo autore, non si tratterebbe di "principi vaghi ed indefiniti che ammettono opera cerebrina o arbitrariamente personale, bensì di precetti radicati nella stessa coscienza umana determinati e concretizzati nel ius che è ratio scripta e conoscibili con sano metodo". E tra i due criteri si stabilisce anche una graduatoria: prima il "diritto per eccellenza, il naturale cioè, e dopo di esso quello che per il suo carattere universale supera tutti gli altri: il romano", del quale si ama anche ricordare l'esplicito elogio fatto "non senza peculiare scopo", dal pontefice Benedetto XV nella costituzione *Providentissima* con cui promulgò il Codex nel giorno di Pentecoste del 1917. D'ANGELO, *op. cit.* pag. 77 sg.

Diciamo francamente che questo voler porre insieme il diritto naturale e il diritto romano e questo voler stabilire tra l'uno e l'altro una gradazione, noi non riusciamo a comprendere. Perocchè è certo che, di fronte al diritto naturale, il riferimento al diritto romano è fuori luogo. Ma, evidentemente, il D'Angelo non ha saputo sottrarsi alla seduzione di far capo al diritto romano, in quanto tale, spinto dalla persuasione, falsa ma ancor oggi molto diffusa, che il diritto romano debba considerarsi come il diritto per eccellenza, anzi come l'unico e universale diritto, il cui riferimento non da altro è imposto che da una volontà potente e misteriosa. Giustamente il DEL GIUDICE ha in tutto ciò riconosciuto un equivoco derivante evidentemente dalla vecchia mentalità che considerava il diritto romano come un modello irrigiditosi in se stesso e pur sempre conservante un suo particolare vigore. (*Il diritto dello Stato nell'ordinamento canonico*, in Arch. giurid., 1924, Vol. XCI, pag. 21). Ma contro questo equivoco e questa mentalità ha osservato il D'ANNIBALE che il diritto canonico si riferi al diritto romano non come alla raccolta di alte opinioni di giurisperdenti, ma come a un ordinamento vigente per forza del legittimo potere, onde, questo cessato, viene ancor esso a mancare. *Summula theologiae moralis*, Roma 1908 vol I, pag. 153, cit. dal DEL GIUDICE, *Pac. cit.*

Ma curiosa è anche la contrapposizione che il D'Angelo crede di vedere tra "generalia principia iuris", e "aequitas canonica"; l'avverbio cum, che unisce il primo al secondo termine, indicherebbe compagnia; di qui il dilemma: o si desidera un quid novi che manca al primo requisito, ovvero si fa spreco inutile di un aggettivo, il che non può ammettersi assolutamente.

No! non c'è nessuna contrapposizione; nè questo dilemma ha ragion d'essere. Ben diverso è il rapporto, come più innanzi si vedrà, tra "generalia iuris prin-

possono essere insieme assunti per interpretare la formula “generalia iuris principia”, è certo anche che nessuno di essi, singolarmente preso, vale a rendere il vero significato di questa formula.

cipia”, e “aequitas canonica”. Nè certo il richiamo a questa vale ad escludere che il legislatore abbia inteso riferirsi unicamente ai principi generali del diritto canonico, e quindi a servir da argomento decisivo per la tesi del D'Angelo. Del cui dilemma, pertanto, non regge nè il primo nè il secondo corno, in quanto, da un lato, nulla manca al primo termine, sicchè ad esso sia necessario aggiungere un *quid novi*, d'altro lato, la menzione della aequitas canonica non deve considerarsi fuor di luogo ed inutile. Gli è che il problema doveva essere impostato diversamente: non ricercare e creare arbitrariamente un'opposizione tra “generalia iuris principia”, e “aequitas canonica”, bensì indagare la funzione di questa in relazione a quelli, al fine di spiegare il valore di quella aggiunta; ed allora si sarebbe visto che il richiamo alla aequitas canonica accanto ai principi generali di diritto contribuiva a dare a questa formula un significato autonomo ed inconfondibile, rispetto alla corrispondente di alcuni ordinamenti civili. Ma di questo ci occuperemo più innanzi.

Inoltre, è sicuramente da respingere il metodo proposto dal D'Angelo “per riconoscere i principi di diritto sia naturale che positivo (romano e canonico)”. Esso si vorrebbe far consistere nel “procedere per via di astrazione, per induzione e deduzione, sino a ritrovare il principio che ben si adatti al caso concreto, risolvendolo in armonia e secondo lo spirito del sistema”, *op. cit.*, pag. 79). Ma, se non ci inganniamo, questo è proprio il metodo del procedimento analogico. Orbene, se questo metodo è da rigettarsi, come abbiamo dimostrato, rispetto alla tesi di quegli scrittori che, in seno all'ordinamento positivo, pretendono di rintracciare i principi generali di diritto, traendo cioè dalle singole norme positive la disciplina di tutti i casi possibili, tanto più deve respingersi nei confronti dell'opinione secondo cui fuori dell'ordinamento positivo si dovrebbe ricavare codesta disciplina. Perocchè, se agli scrittori, i quali ritengono che i principi generali sono i principi generali del diritto canonico ricavabili dalle stesse disposizioni particolari, si può opporre la insufficienza del procedimento per analogia per rintracciare questi principi; agli scrittori i quali, come il D'Angelo, pensano che i principi generali sono i principi di diritto naturale e di diritto romano, si può opporre addirittura l'impossibilità di applicare un procedimento che, per sua natura, opera soltanto in relazione ad una norma o ad una serie di norme particolari. Nè vale il dire, per superare questa difficoltà, che “la norma ricercata diventerà applicabile non per la sua qualità di regola del diritto romano come tale, bensì per la sua riconsacrazione nei principi generali e nello spirito informatore comune ad essa e all'ordinamento canonico, da cui sempre e solo ripeterebbe la sua forza obbligatoria”; giacchè, se con ciò si vuol dire che i principi di diritto naturale, romano e comune, ai quali il legislatore farebbe rinvio nel canone 20, sono, in virtù di questo rinvio, trasformati in principi di diritto positivo, i termini della questione non si spostano e resta pur sempre la suddetta difficoltà, chè il formale riconoscimento legislativo non postula

Cosicchè, se noi dovessimo restare fermi agli elementi offerti dalla dottrina canonistica, dovremmo rassegnarci a giungere a una soluzione negativa del problema. Ma, per fortuna, non è così; chè la spie-

che quei principi possano materialmente rintracciarsi in seno alle singole norme positive; se poi si volesse dire che i principi di diritto naturale, di diritto romano ed in specie del diritto comune, in tanto sono applicabili in quanto sono accolti nell'attuale legislazione ecclesiastica, tale argomentazione, mentre non varrebbe a superare le note difficoltà, ci lascerebbe veramente in dubbio circa il significato ed il valore di questa tesi, che si riduce ad affermare l'applicabilità dei principi del diritto comune, quando essi siano ricavabili per via di successive generalizzazioni, come appunto assume la dottrina tradizionale della analogia iuris. Insomma, l'opinione del D'Angelo, sia per l'argomento letterale offerto dal can. 20, per la parte che ci riguarda, sia per l'interpretazione data alla formula "generalia iuris principia", sia, infine, per il metodo consigliato per ricercare questi principi, non resiste alla critica, come quella che, da un lato, sembra rifarsi al rinvio ai principi di diritto naturale (oltrechè a quelli del diritto comune), dall'altro, si fonda su un procedimento la cui applicabilità esclude la tesi fautrice di quel rinvio.*

Ci è già nota la soluzione proposta dal Michiels e seguita con qualche variante di poco conto dal Van Hove. Questi autori - i quali, per quanto ci consta, sono i soli che in una trattazione generale si siano più a lungo soffermati sul nostro argomento - partono dal presupposto (per quanto solo il Michiels si esprima a tal proposito con chiarezza) che nel can. 20 si debba vedere una distinzione tra analogia legis e analogia iuris; quella dovrebbe riferirsi al primo membro del citato canone (a legibus latis in similibus), questa al secondo (a generalibus iuris principiis). L'applicazione di questa pretesa distinzione non è una novità nel diritto canonico; poichè già essa era stata utilizzata nel campo del diritto civile da alcuni scrittori che pretendono rintracciare i principi generali di diritto procedendo ad una generalizzazione crescente delle singole norme. La differenza sta in ciò, che, mentre la dottrina civilistica non ha osato spingere questa generalizzazione al di fuori dell'ordinamento positivo, una parte della dottrina canonistica, ha creduto che fosse lecito estendere l'argomentare analogico tanto indefinitamente da invadere altri ordinamenti.

Il Michiels, ad es., ragionando dell'analogia iuris, non trova nessuna difficoltà ad affermare che tra i principi generali di diritto "quaedam esse iure ecclesiastico positivo directa creata ideoque ipsi essentialiter propria; quaedam vero, quia altiora et iure naturali proposita, iuri civili aequae ac iuri ecclesiastico non raro communia, pro diversis utriusque natura et fine, diverso modo applicanda". Di qui, un duplice ordine di principi: da un lato, i principi generali del diritto canonico positivo, e cioè non i principi che furono oggetto di qualche legge peculiare o fissati in una norma legale - chè allora si avrebbe l'analogia legis - ma i "principia ex variis legibus ecclesiasticis per viam inductionis, generalisationes et abstractionis deprompta", (formula identica a quella del Falco); d'altro lato, i "principia generaliora et altiora ipsorum principiorum iuris canonici directiva et

gazione della formula, che così disparati criteri ha intorno a sè raccolti, si deve trovare al di là dell'applicazione di codesti criteri.

3. — Fatte queste considerazioni di carattere generale sul falso sistema adottato dalla comune dottrina canonistica, passiamo all'esame delle singole categorie. E prendiamo l'autore più recente che tutte le riassume: il Van Hove.

Una quadruplicata categoria di mezzi pone questo scrittore, in ordine crescente, pur senza determinare, come altri fanno, una graduatoria fra di loro. In primo luogo, i cosiddetti principî autentici, cioè scritti nel diritto positivo ecclesiastico oggi vigente; in secondo luogo, le *regulae iuris* delle Decretali Gregoriane e del Sesto di Bonifacio VIII e i principî generali dello *ius vetus*; quindi le regole dottrinali; in fine i cosiddetti "*altiora et universalia principia*...", comuni a tutti i diritti (18).

Vediamo se in questa esauriente elencazione sia possibile trovare qualche elemento che veramente corrisponda al significato della formula "*generalia iuris principia*...".

Intanto, bisogna subito scartare la prima categoria. Ed è lo stesso autore, che la mette innanzi, a riconoscerlo, quando afferma che i

explicativa, quae ad ius in genere seu philosophiam iuris pertinent...", comuni al diritto ecclesiastico e al diritto civile. *Michiels, op. cit.* pag. 468 sgg.

Ora, a parte la manifesta contraddizione con il primo criterio, in quanto il Michiels afferma che questa seconda categoria si giustifica in base alla stessa formula dal can. 20, che alla voce *iuris* non aggiunge nessuna qualifica limitativa ad un determinato diritto; l'assunzione del secondo ordine di principî supera di gran lunga quelle che sono le possibilità dell'argomentazione analogica, sia pure intesa nel senso di analogia *iuris*. Di vero, come già dicemmo criticando la tesi del D'Angelo, se il procedimento analogico, anche inteso nel senso più ampio di analogia *iuris*, non basta per trovare i principî generali di un determinato ordinamento positivo, come potrebbe funzionare quando non di questi si tratta, ma di principî di ordinamenti diversi da quelli le cui lacune si vogliono colmare?

Naturalmente, queste osservazioni, sulle quali non vediamo la necessità di insistere ancora, hanno valore nei confronti di tutti quegli scrittori - e purtroppo non sono nè pochi nè oscuri - i quali, come il Michiels, col sistema della cosiddetta analogia *iuris* pretendono non solo di rintracciare i principî generali del diritto canonico ma anche i principî del diritto romano, del diritto naturale e dei diritti civili vigenti.

(18) Cfr. VAN HOVE, *op. cit.*, pag. 328 segg., n. 321.

principi autentici scritti nella legislazione canonica vigente “non sunt media supplendi silentio legis, sed sunt directe applicanda omnibus materiis”, (19). In relazione ad essi opera l'argomento analogico: dalle determinate materie in cui trovansi proposti si estendono per analogia ad altri casi simili; ma da essi non può certamente ricavarsi la cognizione adeguata dei principi generali, che, appunto perchè tali, superano virtualmente ogni determinazione particolare.

Di fronte alla seconda categoria si pone questo dilemma: o le *regulae iuris* e i principi dello *ius vetus* sono entrati a far parte della vigente legislazione positiva, o ne sono rimasti fuori. Nel primo caso, si ricade necessariamente nella precedente categoria e quindi valgono anche qui le ragioni poc'anzi esposte; nel secondo caso, per escludere il rinvio a quelle regole e a quei principi non avremmo da far altro che richiamarci ai cann. 5 e 6 del Codex, perchè dal punto di vista esegetico non riesce dimostrato come questi canoni abolendo consuetudini e leggi anteriormente vigenti possano non aver del pari abolito, sia pure formalmente, le regole e i principi che le informavano.

La terza categoria, poi, non ha un'autonoma ragion d'essere. Essa, per vero, o rientra nella seconda, relativa alle *regulae iuris* del diritto romano e del diritto canonico o trovasi assorbita nell'ultimo elemento del can. 20, cioè nella “*communis et constans sententia doctorum*”, in quanto dal complesso organico di una dottrina non è possibile staccare principi, criteri e direttive idonee a servir di base alle decisioni pratiche del magistrato. La scienza giuridica, a cui, in ultima istanza, il can. 20 rinvia, comprende sicuramente anche le regole dottrinali o brocardi, che chiamar si vogliano.

Finalmente, l'ultima categoria comprende elementi eterogenei: principi di diritto romano, di diritto canonico, dei diritti vigenti nei vari Stati; tutti però dovrebbero porsi sotto un comune denominatore, il diritto naturale; nel senso che, in tanto essi avrebbero vigore, in quanto riferirebbero il diritto naturale. Questo diritto varrebbe a rendere formalmente canonici quei principi comuni ad ordinamenti giuridici diversi tra loro e dall'ordinamento canonico.

La perplessità di questi concetti traspare anche dalle espressioni usate per renderli comprensibili: si tratterebbe dunque, di

(19) Cfr. VAN HOVE, *op. cit.*, n. 321. pag. 328.

“altiora et universalia principia,, i quali renderebbero ragione degli stessi principî che si ricavano dalle norme del diritto positivo; appartenerebbero alla filosofia del diritto, si troverebbero in gran parte nel diritto romano, ma varrebbero non come disposizioni di diritto positivo, sibbene come *ratio scripta*, sarebbero comuni a tutti i diritti, dal romano al canonico e a quello vigente nei vari Stati, avrebbero valore solo come espressioni del diritto naturale, sarebbero in fine, come principî comuni ad ogni diritto, anche formalmente canonici e pertanto applicabili direttamente, non per analogia (20). Queste involute espressioni del Van Hove che noi non abbiamo fatto altro che tradurre letteralmente, tradiscono l'oscurità del pensiero che vogliono rendere e sono la prova più eloquente che la ricerca di un criterio unitario deve ormai considerarsi fallita. Esse danno luogo ad una serie di interrogativi: c'è identità tra principî comuni ad ogni diritto e principî di diritto naturale? la cosiddetta *ratio scripta* è tutta una cosa col diritto naturale? esiste un concetto unitario di diritto naturale comune al diritto canonico e al diritto civile? c'è possibilità di contrasto tra i principî di diritto naturale, intesi come principî comuni ad ogni diritto, e le norme giuridiche positive? Le incertezze aumentano quando si pensi che questa categoria, la quale fa capo ai cosiddetti “altiora et universalia principia,, è tale da ricomprendere tutti gli elementi posti sotto le precedenti categorie. Non si riesce, infatti, a comprendere come in essa non debbano rientrare le regole autentiche e i principî dommatici della prima categoria, le *regulae iuris* e i principî dello *ius vetus* della seconda, i cosiddetti brocardi della terza. Vero è che, nell'ultima categoria, tutto sembra far capo al concetto di diritto naturale. Ma questo richiamo finale al diritto naturale - a parte la mancanza di ogni determinazione - riesce ben poco comprensibile, posto in relazione alla esplicita negazione, che innanzi si era preteso di fare, del rinvio ai principî di questo diritto. (21).

(20) Cfr. VAN HOVE, *op. cit.*, n. 321, pag. 329.

(21) Scrive, infatti, il VAN HOVE, *op. cit.*, n. 320, pag. 328: “Sed nec ad ipsa principia iuris naturalis videtur Codex provocare. Agitur enim de supplendo silentio legis positivae, iuxta principia superiora quae deducuntur ex complexu iurium quae lege humana sunt statuta. De caetero haec principia iuris naturalis non possunt applicari “aequitate canonica servata,, cum ipsa sint regula aequitatis naturalis et suadeant applicationem benignam legis quantum haec

Sembrerebbe, pertanto, a voler conciliare le cose, che l'ultima categoria non comprenda i principî del diritto naturale. Ma ciò non pare verosimile, se si rifletta che la formula "*principia generaliora et altiora*," comune al Van Hove e al Michiels, è da quest'ultimo esplicitamente equiparata proprio ai "*principia iuris naturalis*," i quali peraltro sarebbero pur sempre da rintracciare in seno al diritto romano e agli stessi diritti moderni (22).

Pertanto, ci dibattiamo in mezzo ad equivoci ed incertezze senza fine. Nè vale a superare, o quanto meno a diminuire, queste difficoltà, l'affermare che in ogni caso il valore dei principî, che si richiamano, deriva dal fatto che essi sono formalmente canonici; perocchè, se con questo si vuol dire che quei principî, a qualsiasi ordinamento appartengano, in tanto sono applicabili, in quanto non si pongano in contradizione con quelli propri dell'ordinamento canonico, vien fatto di domandarsi se valeva la pena di stare ad enumerare tanti elementi diversi, quando si doveva venire alla conclusione che in tanto è legittimo il rinvio a questi elementi, in quanto essi siano accolti nell'attuale legislazione canonica.

La verità è che, almeno da quel che è dato comprendere dall'analisi obiettiva di tesi tanto confusamente formulate, qui ci aggiriamo intorno ad un circolo vizioso: in sostanza, non ostante la diversa formulazione e ad onta dell'esplicita esclusione di ogni procedimento analogico, si tratta sempre di principî ricavabili dal sistema delle singole norme positive per via di successive generalizzazioni. Del resto, a questo risultato doveva necessariamente portare l'aver posto a base d'ogni ragionamento e di ogni ricerca la distinzione, che erroneamente si è creduto di veder scritta nel can. 20, tra analogia legis e analogia iuris e l'aver indicato quest'ultima, con vero abuso del concetto di analogia, come l'unico mezzo per scoprire i principî generali di diritto.

Finalmente, conviene sgombrare il terreno, già così irto di equivoci e di difficoltà, da un altro equivoco che ci è sembrato

fini societatis congruit. Sane principia iuris naturalis in applicanda analogia semper sunt attendenda, sed non applicantur per analogiam: eorum applicatio est directa, cum sint fontes quibus Ecclesia regitur (can. 6, n. 6),... Quanto queste affermazioni possano considerarsi corrette, apparirà da quanto più innanzi avremo occasione di rilevare in relazione ad esse.

(22) MICHIELS, *op. cit.*, pag. 470.

scorgere sopra un punto che ben si può ritenere comune a buona parte della dottrina canonistica. Molti autori hanno affermato che nei principî generali, ai quali il can. 20 rinvia, si debbono comprendere anche i principî di diritto civile e in specie di diritto romano (23). Altri autori, invece, hanno escluso il rinvio a questi principî, perchè hanno ritenuto che essi non si debbono considerare fonte suppletoria del diritto canonico (24). Ora, la ragione non è nè dalla parte degli uni nè dalla parte degli altri, perchè sia quelli che questi sono caduti, su questo punto, in una deplorabile confusione. Di vero, la questione del rinvio o meno ai principî del diritto secolare non doveva essere impostata e risolta in sede di interpretazione del can. 20. Infatti, il rinvio ai principî dell'ordinamento civile si fonda su un'altra disposizione, cioè sulla vecchia regola canonistica, (tratta da un passo di Lucio III, nel c. 1, X, V, 32), che stabilisce: " Quando de aliqua re in legislatione ecclesiastica regula certa et clara deerat, ipsa ex iure civili... accipi deberet „. La quale regola, come ha eccellentemente dimostrato un nostro illustre canonista (25), non è stata certo sostituita dalla regola contenuta nel can. 20; perocchè le due regole, non che escludersi, coesistono e si completano a vicenda: mentre la prima riguarda le lacune della legislazione canonica, o dei suoi richiami, nelle materie proprie dell'ordinamento secolare; quella del can. 20 riguarda, invece, le materie proprie dell'ordinamento canonico e stabilisce la gradazione delle fonti delle norme per il riempimento delle lacune in quel campo. Il non aver avvertito codesta chiara e sicura distinzione ha portato molti canonisti, anche autorevolissimi, completamente fuori del seminato, a discutere cioè il problema del rinvio ai principî del diritto secolare - se soltanto romano o se anche civile vigente non monta - in un campo affatto diverso da quello nel quale esso si doveva impostare e risolvere.

(23) Cfr., ad es., CAPPELLO, *Summa*, cit., n. 90: " proprie et stricto sensu intelliguntur principia iuris canonici tantum; lato sensu, illis, deficientibus, recursum potest etiam ad principia iuris civilis, praesertim romani „: D'ANGELO *op. cit.*, pag. 77 sgg.; CHELODI-BERTAGNOLLI, *Jus de personis*, Trento, 1927, pag. 220 sg., n. 68; OIETTI, *op. cit.*, pag. 150.

(24) Cfr., ad es., MAROTO, *op. cit.*, pag. 447, n. 385.

(25) DEL GIUDICE, in *Archivio Giuridico*, cit., pag. 20.

4. — Lo stato di insoddisfazione, nel quale le varie soluzioni proposte ci hanno lasciati - e di ciò sensibili segni si trovano nella precedente esposizione critica dell'altrui pensiero, - ci ha indotti a rimeditare il complesso argomento, non certo per esaurirne tutte le possibilità, ma solo per metterne in evidenza alcuni punti, che, o non sono stati affatto considerati, o sono stati falsamente interpretati, o, nella più ottimistica delle valutazioni, non sono stati del tutto chiariti.

Uno di questi punti consiste nell'indagine storica del problema, alla quale noi daremo opera servendoci degli schemi mentali e dei procedimenti logici moderni. Del quale metodo nessuno vorrà certo negare la piena legittimità, perchè nessuno potrà negare al ricercatore di procedere a sistemazioni dottrinali adottando categorie e nozioni dommatiche anche del tutto estranee al pensiero che intende studiare; purchè naturalmente la ricostruzione di questo pensiero non riesca deformata o profondamente turbata dalla sovrapposizione e contaminazione di concetti affatto incompatibili con l'espressione essenziale del pensiero che si cerca di ricostruire (26).

Noi siamo convinti che la formula del can. 20, quando in essa non si lasci in ombra o si trascuri affatto l'elemento della *aequitas canonica*, che immediatamente segue il rinvio ai "generalia iuris principia", lungi dal riprodurre una categoria ed un concetto propri delle legislazioni vigenti e della moderna dogmatica civilistica, fa capo ad una categoria e ad un concetto peculiari all'ordinamento canonico ed appartenenti allo sviluppo storico del diritto della Chiesa; quanto dire, costituisce una manifestazione dello spirito di questo diritto e trova la sua fonte in un testo del *Corpus iuris canonici*. Noi intendiamo legare la formula tanto tormentata del can. 20 al principio fissato in una decretale di Onorio III che suona così: "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". Sembra che i canonisti moderni non si siano accorti di quanto, in virtù di questa regola fondamentale, l'interpretazione del can. 20 si avvantaggiasse, rispetto all'interpretazione della formula "prin-

(26) Su ciò vedi le giuste considerazioni del VASSALLI, in *Archivio Giuridico*, 1934, vol. CXII, pag. 162.

cipî generali di diritto „ negli ordinamenti civili. Ben altra valorizzazione, per vero, quella regola meritava, ai fini di intendere la formula del can. 20, che non la semplice menzione o peggio la men che esatta comprensione di qualche scrittore.

Va altresì rilevato che il principio, di cui alla decretale di Onorio III, non trovasi richiamato tra le fonti del can. 20 nella edizione annotata del Codex iuris canonici. Ignoriamo le ragioni di tale dimenticanza, come pure non sappiamo renderci conto del perchè la moderna dottrina canonistica non abbia utilizzata la decretale di Onorio III per l'interpretazione del can. 20. Sta di fatto però che tutti i canonisti, ragionando di questo canone, serbano un concorde, accurato silenzio al riguardo. Di vero, essi o sorvolano affatto (27) - ed è questo il caso più frequente - o si limitano a riportare di peso le parole della decretale non aggiungendo commenti, anzi persino evitando la cura di darne una parafrasi (28), o, quel che è peggio, traendole ad aberranti significazioni (29). Di fronte a questo stato dell'attuale dottrina canonistica, il desiderio di chiarire il significato di quel testo fondamentale ci ha spinti a compiere un'indagine storica, della quale esporremo brevemente i risultati, in relazione, s'intende, al problema che ci occupa e senza nutrire, peraltro, nei riguardi del medesimo, prevenzioni di sorta.

La scarsissima sensibilità dell'antica dottrina canonistica per i temi attinenti a quella che oggi si denomina parte generale del diritto e, forse più, la mancanza di mezzi tecnici, dei quali può usare la dogmatica moderna, non permisero ai canonisti di costruire una teoria organica intorno ai modi di supplire al silenzio della legge. Invano, pertanto, si cercherebbe nel pensiero dei canonisti, dalla Glossa in giù, l'elaborazione dei concetti dogmatici, che soltanto ai giorni nostri hanno trovato una sistemazione dottrinale. Ma, forse, ci gioverà non poco, per la rappresentazione e la intelligenza del pensiero di questi antichi giuristi, rimeditare questo pensiero e

(27) Appartengono a questo gruppo: FALCO, *op. cit.*, pagg. 103-104; OIETTI, *op. cit.*, lib. I. pag. 150; CAPPELLO, *op. cit.*, vol. I. n. 90; CHELODI-BERTAGNOLLI, *Ius de personis*, Trento, 1927, pagg. 120-121; TOSO, *op. cit.*, lib. I, pag. 63; D'ANGELO, *op. cit.*, pag. 76 segg.

(28) Così; MICHELS, *op. cit.*, vol. cit.

(29) Cfr. VAN HOVE, *op. cit.*, pag. 330.

riviverlo col sussidio delle nozioni e delle categorie di cui noi oggi possiamo disporre.

5. — Nella decretale *Ex parte*, c. 11 X., I, 36, Onorio III ad un cardinale presbitero del titolo di S. Prassede, che lo aveva interpellato su una serie di questioni relative ad ordinazioni sacerdotali e consacrazioni vescovili illegittimamente compiute, ad illegittime percezioni di decime, a casi di adulterio, o bigamia, alla inosservanza dei giorni festivi, ad illegali detenzioni di chiese ed abbazie ecc., risponde di procedere “*quum iura canonica et civilia edita sint super omnibus fere articulis praenotatis . . . , secundum canonicas et legitimas sanctiones*”, lasciando peraltro alla sua discrezione di usare del “*remedium compositionis et dispensationis*”, eccettuati i casi che tale *remedium* non ammettono, come ad es. il sacramento del matrimonio per il quale “*a severitate canonica recedere non licebit*”; nei casi però sui quali “*ius non invenitur expressum*”, il papa ordina di procedere secondo equità avuto riguardo alle persone, alle cause ed alle circostanze di luogo e di tempo.

La Glossa alla parola *Aequitate* (è questo il solo punto del testo che tocca il nostro tema) argomenta così (30): “*... et ita vitetur ex eo quod dicitur in quibus ius non invenitur expressum, procedas aequitate . . . quod ius semper sit praeferendum aequitati*”. Senonchè a tale interpretazione sembra opporsi un testo del Codice giustiniano, C., III, I, 8, che dice: “*Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*”. La Glossa citata supera la difficoltà con questa distinzione: “*Sed potes intelligere illud (cioè il testo del Codice ora riferito) de aequitate scripta, quae debet praeferri rigori iuris, hic de aequitate non scripta, quae tunc solum servanda est cum ius deficit*”. A tal proposito trae argomento dalla consuetudine: “*Sic dicitur de consuetudine, quae servatur cum deficit lex*”. Quindi conchiude: “*Et ubi ius scriptum non est de similibus ad similia est procedendum*”.

Poichè al pensiero della Glossa faranno capo costantemente i commentatori successivi, è necessario far precedere all'esposizione della dottrina di questi alcune considerazioni sul commento fatto dalla Glossa alla decretale di Onorio III. La quale, per vero,

(30) GLOSSA *Aequitate*, al c. 11. X, I, 36.

non sembra ammettere una interpretazione diversa da quella che la Glossa ha dato. Infatti, dicendosi in essa che nei casi in cui manca un'espressa disposizione di legge deve procedersi "aequitate servata,, indirettamente si dice che, nei casi in cui esiste una espressa disposizione di legge, non si deve procedere "aequitate servata,,. Tale spiegazione è così chiara e sicura che sembra non possa far sorgere alcuna seria discussione. E non è facile rendersi ragione del significato che il Van Hove vorrebbe attribuire alla regola contenuta nella più volte citata decretale, affermando con tutta sicurezza che da essa appare che le leggi canoniche devono essere applicate con equità (31). Questa interpretazione, pur senza averne l'aria, viene a capovolgere il significato vero del principio dettato da Onorio III: mentre questo principio, come poc'anzi si è detto, rinviando all'equità, si riferisce ai casi non regolati espressamente dalla legge positiva, implicitamente escludendo il ricorso all'equità nei casi in cui esiste una disposizione di legge, il Van Hove, riferendosi all'applicazione equitativa delle leggi canoniche - senza forse averne sentore - trae quel principio proprio a quei casi che si volevano escludere dalla sua applicazione. Così, il genuino significato della regola è addirittura tradito; con quali gravi conseguenze per la impostazione e la risoluzione del problema generale, vedremo a suo luogo.

La ragione dell'erronea estensione di quella regola a situazioni giuridiche, la cui mancanza costituiva proprio il presupposto per il suo funzionamento, si deve ricercare nel fatto che non si è posto mente alla distinzione tra *aequitas scripta* e *aequitas non scripta*, che la Glossa si dava cura di istituire, giustamente preoccupata che il senso da dare alla decretale di Onorio III sembrava porsi in contrasto con il testo del Codice giustiniano, il quale anteponeva la *aequitas* allo *scriptum ius*, imperocchè, senza quella distinzione l'antinomia fra i due testi è quanto mai netta e manifesta: la l. *Placuit* del Codice, presupposta l'esistenza dello *scriptum ius* preferisce a questo la *aequitas*; il c. *Ex parte* delle Decretali Gregoriane, solo supposta la mancanza dello *ius expressum*, fa richiamo alla *aequitas*. La distinzione introdotta dalla Glossa elimina l'antinomia: la l. *Placuit* si riferisce all'ipotesi dello *ius scriptum* e della *aequitas scripta*; il c. *Ex parte* alla ipotesi dello *ius non scriptum* e della *aequitas non scripta*;

(31) Cfr. VAN HOVE, *op. cit. loc. cit.*

il che significa che il c. Ex parte non respinge la *aequitas*, nell' ipotesi di *ius scriptum*, ma la intende come *aequitas scripta*, non già come *aequitas non scripta*, la quale entra in gioco soltanto nei casi in cui manca lo *ius scriptum*.

Bisogna riconoscere che questo era l'unico mezzo per conciliare i due testi. Il che però non sembra avere avvertito la Glossa ordinaria al c. 9, D. 45 del Decreto di Graziano, la quale parafrasa il testo del Codice giustiniano e quello delle Decretali Gregoriane e, senza accorgersi della antinomia tra di essi esistente, sovrappone, con manifesta dissonanza e confusione di concetti, il principio della *aequitas*, che presuppone l'esistenza della norma scritta, al principio che ne presuppone l'assenza (32).

E a questo punto sarà bene porre in luce l'abbaglio, in cui qualche canonista è caduto, quando ha creduto di vedere nella Glossa al Decreto una dottrina favorevole alla *aequitas* e nella Glossa alle Decretali un regime di rigore (33). In verità, fra le due Glosse non esiste differenza alcuna: la Glossa alle Decretali non dice nulla di diverso da quello che dice la Glossa al Decreto; anch'essa afferma, infatti, che, ove esista una norma scritta, possa l'interprete far ricorso alla *aequitas*; ma, a differenza della Glossa al Decreto, si preoccupa di porre in armonia questa regola con l'altra della decretale che commenta e, a tal fine, introduce la distinzione che conosciamo. Sulla legittimità di tale distinzione non spetta a noi esprimere il giudizio; sta di fatto però che soltanto con essa si poteva riuscire ad armonizzare il criterio assunto dalla l. Placuit con quello assunto dal c. Ex parte. Inoltre quella distinzione costituì il fondamento delle successive elaborazioni dottrinali dei commentatori, come più innanzi si vedrà.

La *aequitas non scripta* - *aequitas* cioè che entra in campo solo nei casi in cui non sia possibile trovare nel sistema legislativo una particolare disposizione positiva - è posta dalla Glossa alle Decretali sullo stesso piano della consuetudine, ai fini di disciplinare i casi non previsti da una norma scritta (34). Quindi è che la *aequitas non scripta* è fonte di diritto nè più nè meno che la consuetudine.

(32) GLOSSA *Miscenda est*, al c. 9, D. 45.

(33) In questo ordine di idee sembra essere il VAN HOVE, *op. cit.*, pag. 280.

(34) Cfr. GLOSSA *Aequitate*, al c. 11, X, I, 36.

Fin qui, dunque il sistema di quella rudimentale dottrina riuscirebbe perfettamente armonico e logico, sicchè darebbe anche dei punti alle moderne costruzioni dommatiche dei canonisti. Senonchè, v'è un'aggiunta posta dalla Glossa, a guisa di conclusione, che interrompe l'armonia dei concetti e rende illogico il sistema: intendiamo riferirci al finale richiamo del procedimento analogico: "*ubi ius scriptum non est, de similibus ad similia est procedendum*". Questo richiamo, per vero, riesce del tutto inaspettato, dopo il rinvio alla *aequitas non scripta*. Ma dunque, è lecito domandarsi, questa non ha una funzione autonoma? e, se l'ha, perchè aggiungere un altro mezzo indubbiamente più limitato del primo? e che vuol dire l'equiparazione della *aequitas non scripta* alla consuetudine, quando quella non può entrare in gioco se non in relazione ad un altro mezzo, che ne restringe l'efficacia nei confini di un complesso di particolari disposizioni positive? Perocchè delle due l'una: o si vuol assumere la *aequitas non scripta* a fonte di diritto, e allora riesce incompatibile e discrepante con essa il concetto di analogia; o non la si vuol assumere a fonte di diritto, e allora riesce incomprensibile la sua equiparazione alla consuetudine.

Nessuno, per quanto ci consta, dei moderni canonisti si è posto questi interrogativi ed ha visto queste difficoltà. Eppure non crediamo che essi siano una pura creazione della nostra fantasia. Nè certo è agevole superarle, a voler stare attaccati alle parole della Glossa. Ma, se di questa si voglia interpretare il vero pensiero in relazione soprattutto al principio fissato dalla famosa decretale di Onorio III, non v'è che un modo per togliere di mezzo ogni difficoltà: intendere il rinvio alla *aequitas non scripta* e il richiamo della analogia come due mezzi autonomi, o quanto meno non sovrapposti, per la disciplina dei possibili casi non regolati da singole norme positive. A chi negasse ogni legittimità a codesta interpretazione, dichiarando che essa è del tutto arbitraria, noi risponderemmo che a compierla siamo stati autorizzati dalla necessità di render possibile il ricorso a due criteri, i quali in tanto sono logici e compatibili, in quanto si facciano funzionare su due piani e in due tempi distinti.

6. Esaurita l'analisi degli importanti elementi offerti dalla Glossa sul nostro argomento, veniamo alla dottrina dei decretalisti, avvertendo preliminarmente che, essendo, questo nostro, un lavoro di

carattere eminentemente dommatico, più che di carattere storico, in questa dottrina noi non prenderemo in considerazione se non quegli elementi che ci sembreranno aver portato più significativo contributo alla risoluzione del nostro problema. Peraltro, poichè gli scrittori generalmente non fanno che tramandarsi gli stessi concetti, e molte volte persino le stesse espressioni che ripetono senza imprimervi una personale impronta - sicco pede direbbe il Panormitano - noi non richiameremo che i più significativi rappresentanti della letteratura canonistica, limitando altresì la nostra ricerca al periodo aureo della dottrina del diritto canonico, perchè in tal periodo la teoria che ci occupa trova una definitiva sistemazione, alla quale gli scrittori posteriori non portano nessun nuovo sostanziale elemento.

A parte Enrico da Susa e Sinibaldo dei Fieschi, (35) nomi illustri, ma affatto estranei alla nostra materia, i canonisti di questo periodo, sulla base della distinzione posta dalla Glossa tra *aequitas scripta* e *aequitas non scripta*, formularono le loro categorie colle quali però, naturalmente, non assolsero se non in modo affatto frammentario e ben poco scientifico al compito di costruire una teoria generale dei mezzi per supplire al silenzio della legge in determinati casi.

La dottrina esposta in modo pressochè conforme da Giovanni d'Andrea, Antonio da Butrio e Nicolò dei Tudeschi (36), può riassumersi nei seguenti schemi, che molto risentono del metodo scolastico del "distingue frequenter".

Se tra lo *ius scriptum* e la *aequitas scripta* vi è conformità, è necessario osservare l'uno e l'altro; se, per contro, v'è difformità, bisogna distinguere, se si versa in *arbitrariis*, oppure no; giacchè nel primo caso, si deve osservare la *aequitas*, nel secondo caso si fanno varie distinzioni, di cui bisogna fare gran conto, riassumendosi in esse

(35) INNOCENTII IV, *In quinque Decretalium libros Commentaria*, Venetiis, 1570, fol. 102 verso; L'HOSTIENSIS è muto nella sua *Aurea Summa*, Venetiis, 1581; qualche spunto si trova nel Commentario alle Decretali, ved. infra, nota (55).

(36) JOANNIS ANDREAE, *In primum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis, 1585, Commento al c. 11 Ex parte, X, De transactionibus, I, 36, fol. 278 verso, n. 5; ANTONII A BUTRIO, *Super secunda primi Decretalium Commentaria*, Venetiis, 1578, tom. II, Commento al c. 11 Ex parte, X, De transactionibus, I, 36, fol. 101 verso, n. 12; ABBATIS PANORMITANI, *Comment. secundae partis in primum Decretal. libr.*, Venetiis, 1581, Commento al c. 11 Ex parte, X, De transactionibus, I, 36, fol. 165, nn. 6 e 9.

tutta la dottrina di questi antichi maestri, sul punto che a noi interessa.

Dunque, si possono fare quattro ipotesi: o non è scritto nè il diritto nè la aequitas; o è scritto il diritto ma non è scritta la aequitas; o è scritta la aequitas ma non è scritto il diritto; o sono scritti sia il diritto che la aequitas. Nel primo caso, bisogna stare alla aequitas: "*sufficit enim naturalis aequitas* „; nel secondo, bisogna osservare il diritto; nel terzo, la aequitas; nel quarto, infine, si fa una suddivisione: "*aut unum habet se ad aliud ut species ad genus, et tunc speciale derogat generali...*; *aut se habent ut duae species, vel ut duo genera*, nel qual caso è controverso tra gli scrittori se si debba stare al diritto o all'equità.

In questo complicato sistema di distinzioni e di suddivisioni, le quali, in verità, hanno molto sapore di artificio, è compendiato tutto il pensiero dei canonisti medioevali intorno alle questioni che possono riconnettersi al rapporto tra *ius scriptum* (rigor, *severitas*, *decisio secundum iuris regulas*) e *aequitas* (*materia*, *convenientia*, *continentia*, *temperamentum*, *iustitia dulcore misericordiae temperata*). Ai fini del problema generale che ci preme risolvere, a noi non interessa prendere in esame ogni singola distinzione, per quanto tale analisi minuta potrebbe per avventura non riuscir del tutto infruttuosa e priva di interesse. Una sola, tra le varie ipotesi considerate, ha per noi importanza, quella cioè in cui non sono scritti nè il diritto nè l'equità, che è poi l'ipotesi, secondo l'interpretazione data dalla Glossa e comunemente seguita dai decretalisti, considerata nella famosa decretale di Onorio III.

La dottrina dei commentatori sembra non differenziarsi punto da quella della Glossa. Solo che, mentre, secondo questa, il criterio della *aequitas non scripta* sembra funzionare - con quali gravi incongruenze ed illogicità per la costruzione di una teoria generale, abbiamo già avuto occasione di rilevare - in relazione al procedimento analogico, secondo quella la funzione della *aequitas non scripta* sembra essersi definitivamente consolidata in modo affatto indipendente dalla analogia. Infatti, ove si eccettui Antonio da Butrio, che, parafrasando la dottrina della Glossa, con nettezza innesta la *aequitas* sulla analogia, (37) nè Giovanni d'Andrea, (38) nè il Panormi-

(37) ANTONII A BUTRIO, *op. cit. loc. cit.*, scrive infatti: "*Nam ubi ius deficit, aequitate pensata, proceditur de similibus ad similia. Et sic vult Glossa...*„

(38) *Op. cit. loc. cit.*

tano, (39) pur rifacendosi al pensiero della Glossa, riproducono il richiamo, da questa fatto, alla argomentazione “*de similibus ad similia*”, dando con ciò chiaramente a vedere che essi consideravano il procedimento analogico e il criterio della *aequitas non scripta* come due gradazioni diverse, come due elementi qualitativamente distinti, i quali operano su due piani diversi, senza possibilità di confondersi o di sovrapporsi. E questa è, per vero, l'unica tesi logicamente ammissibile.

Se, dopo ciò, noi volessimo ricercare presso i decretalisti il concetto di *aequitas non scripta*, noi ci accingeremmo ad un'indagine in gran parte infruttuosa. Null'altro in essi è dato trovare che secche formulazioni di principî senza commenti ed esemplificazioni. Peraltro, ciò non vuol dire che in qualche autore non si possano cogliere espressioni molto significative per la spiegazione del significato da attribuire alla categoria della *aequitas non scripta*.

Così, ad es., nello *Hostiensis* (40) si trova nettamente contrapposta la divina *lex* al *rigor iuris civilis*, intendendosi senza dubbio per divina *lex* la *aequitas canonica*; e si parla anche di una “*aequitas iuris naturalis quod in Lege et Vangelio continetur*”, in contrapposto ad una “*aequitas iuris naturalis rationabilis*”.

7. — I continui riferimenti allo “*ius naturale quod in Lege et Evangelio continetur*”, alla divina *lex*, al *periculum animarum*, alla *praesumptio animae*, hanno evidentemente un significato univoco: dover l'interprete ricorrere, ove la necessità glielo imponga, ai principî dello *ius naturale*, ai principî cioè che costituiscono i supremi criteri su cui è imperniato e a cui si ispira tutto il sistema della legislazione canonica e, in termini generali, di cui è penetrata e sostanziata tutta l'etica cristiana.

Principî di diritto naturale, equiparato questo alla *lex divina*, inteso cioè nella nuova significazione, propria dei canonisti derivata dalla definizione di Graziano „ *ius quod in lege et evangelio continetur* „ (41), che nettamente si contrappone a quella data dai le-

(39) *Op. cit. loc. cit.*

(40) HENRICUS DE SEGUSIO (Card. Hostiensis), *Apparatus super quinque libr. Decret.*, Argentinae, 1512, Commento al c. 9 Per tuas, X, De arbitris, I, 48.

(41) GRAZIANO, *Dictum* al c. 1, D. XIV.

gisti, i quali assimilavano il diritto naturale allo *ius gentium*. La quale nuova definizione, introdotta da Graziano e spiegata da magister Rufinus (42), fu poi seguita da tutti i decretisti (43) e decretalisti (44), nonchè dai teologi, da Ugo da S. Vittore (45) a Pietro Lombardo (46), da Alberto Magno (47) a S. Tommaso (48), fino al Suarez (49), alla cui definitiva formulazione faranno capo i

(42) MAGISTRI RUFINI, *Summa Decretorum*, ed. Singer, Paderborn, 1902.

al Dictum di Graziano al c. 1. D. I: "Hoc autem ius legistica traditio generalissime diffinit dicens: ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nos vero istam generalitatem, quae omnia concludit animalia, non curantes, de eo, iuxta quod humano generi solummodo scribitur, breviter videamus; inspicientes quid ipsum sit, et in quibus consistat, et quomodo processerit, et in quo ei detractum aliquid aut adauctum fuerit. Est itaque naturale ius vis quaedam humane creature a natura insita ad faciendum bonum cavendumque contrarium. Consistit autem ius naturale in tribus, scilicet: mandatis, prohibitionibus, demonstrationibus. Mandat namque quod prosit, ut: diliges Dominum Deum tuum; prohibet quod ledit, ut: non occides; demonstrat quod convenit, ut: omnia in communi habeantur; ut: omnium una sit libertas et huiusmodi,,.

(43) Sulla dottrina dei decretisti dei secoli XII-XIII intorno al diritto naturale, cfr. HINSCHIUS, *System des katholischen Kirchenrechts*, Berlin, 1883, vol. III, pag. 770; LOTTIN, *Le droit naturel chez S. Thomas et ses prédécesseurs*, cap. I, *Le droit naturel chez les décrétistes*, in *Ephem. theol.* Lovan., 1924, pag. 369 sgg.; GRABMANN, *Das Naturrecht des Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin*, in *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1922, pag. 12 sgg.; BRYs, *De dispensatione in iure canonico*, Brugis, 1925, pag. 126 sgg.

(44) Cfr. HOSTIENSIS, *Lectura*, gl. A nobis, al c. 24, X, De decimis, III, 30; Commenti di INNOCENZO IV (Sinibaldo de' Fieschi). HOSTIENSIS, GIOVANNI D'ANDREA, al c. 7, X, De constitutionibus, I, 2; cfr. LOTTIN, *op. cit.*

(45) Cfr. BRYs, *op. cit.*, pag. 122.

(46) PIETRO LOMBARDO, *Libri IV Sententiarum*, lib. IV, dist. 37, c. 4-9, parla della legge naturale "cui concordat Evangelium et lex moralis praeceptionis, quae est: quod tibi non vis, alii non feceris. Cfr. GRABMANN, *op. cit.*, pag. 13 sgg.

(47) Cfr. BRYs, *op. cit.*, pag. 260.

(48) Cfr. LOTTIN, *op. cit.*

(49) SUAREZ, *Opera omnia*, Parisiis, 1856, tom. V, lib. II, cap. VII, n. 4, il quale autore così esprime la differenza tra la legge naturale e le altre leggi (*loc. cit.*, n. 1): "... in hoc differt lex naturalis ab aliis legibus, quod aliae faciunt esse malum quod prohibent, et necessarium vel honestum quod praecipiant; haec vero supponit in actu seu obiecto honestatem quam praecipiat vel turpitudinem quam prohibeat, et ideo dici solet per hanc legem prohiberi aliquid quia malum vel praecipi quia bonum ..".

recentiores canonisti e moralisti dell'età moderna (50) e dei giorni nostri (51).

Attraverso l'indagine storica compiuta fin qui, siamo pervenuti ai seguenti risultati, i quali sono poi altrettanti punti fermi per l'interpretazione della formula contenuta nel can. 20.

Per la disciplina dei casi non regolati da espresse norme particolari, l'interprete deve ricorrere alla cosiddetta *aequitas non scripta*, la quale in definitiva coincide coi principî di diritto naturale inteso questo, però, non secondo la concezione legistica, sibbene secondo il concetto teologico - morale e canonistico, corrispondente cioè allo spirito della legislazione ecclesiastica.

Forti di questi elementi, espressi dal grembo della legislazione e della dottrina canonistica, - riguardate con l'uso di concetti necessariamente estranei alla tecnica dell'antico legislatore ecclesiastico e degli scrittori canonisti e con ravvicinamenti da questi non considerati o non tratti a conseguenze - possiamo con maggiore sicurezza procedere alla interpretazione della formula "*generalia iuris principia cum aequitate canonica servata*".

Infatti, qualunque sia per essere questa interpretazione, una cosa è certa, cioè che questo canone - s'intende quanto alla formula che a noi interessa - non può prescindere dallo *ius vetus* e dalla interpretazione che questo diritto ebbe presso i *probatii auctores*. Perocchè noi pensiamo che il can. 20 - sempre limitatamente al nostro punto - debba rientrare nel gruppo di quei canoni che, se non "*ius vetus ex integro referunt*", (can. 6, n. 2), "*ex parte cum veteri iure congruunt*"; e che pertanto, per quella parte in cui coincidono col diritto antico, "*ex iure antiquo aestimandi sunt*", (can. 6 n. 3); comunque sta di fatto che, di fronte alla formula del can. 20, può quanto meno sorgere il dubbio che essa, in definitiva, non si distacchi dallo *ius vetus* e che anzi possa benissimo con questo conciliarsi; ma in "*dubio*" - così il can. 6 n. 4 - *num aliquod canonum praescriptum cum veteri iure discrepet*, a veteri iure, non est recedendum", (52).

(50) Cfr. per tutti, D'ANNIBALE, *Summula theologiae moralis*, Romae, 1908, pars. I, pag. 185 sgg. n. 190 sgg.

(51) Cfr. per tutti, VAN HOVE, *Prolegomena ad Cod. iur., can., mechlinae*, 1928, pag. 40 segg.

(52) Gioverà, a questo proposito, riferire quanto scrive il NOVAL, *Codifica-*

Nel vedere nel principio contenuto nella decretale di Onorio III un significativo precedente legislativo della formula, di cui al can. 20, è d'accordo anche il Van Hove (53). Ma l'interpretazione che questo autore pretende dare a questa formula, in riferimento alla regola di Onorio III, si rileva storicamente inesatta; come quella che contrasta colla comune interpretazione data a questa regola dalla dottrina classica del diritto canonico, dalla Glossa in giù.

Dal fatto che il can. 20 espressamente fa richiamo alla *aequitas canonica* il Van Hove vorrebbe argomentare che qui si tratta di *aequitas scripta* e trattando appunto della *aequitas scripta* si occupa anche del can. 20; ma v'ha di più: a fondamento di questa concezione egli pone il ben noto principio di Onorio III (54). Singolare equivoco!

Unanime, come si è visto, fu la dottrina della Glossa e dei decretalisti nel ritenere che la decretale di Onorio III si riferisse alla *aequitas non scripta*, sino al punto da contrapporre al testo canonico la l. *Placuit* del Codice giustiniano, nel senso di intendere il richiamo alla *aequitas* fatto in questa legge come un richiamo alla *aequitas scripta*. Orbene, come si può dalla decretale di Onorio III trarre argomento per sostenere che il can. 20 si riferisca alla *aequitas scripta*? Ma la verità è che il Van Hove non sembra, a mio avviso, dare un chiaro concetto di quello che si deve intendere per *aequitas scripta* e per *aequitas non scripta*. Di vero, l'*aequitas canonica* menzionata nel can. 20, è *aequitas non scripta* non meno di quella menzionata nella decretale di Onorio III. Ma forse qui, più che d'altro è questione d'intendersi. Nessun dubbio, infatti, che la *aequitas*, per essere espressamente richiamata nel can. 20 e

tionis iuris canonici recensio historico-apologetica, etc., Romae, 1918: "et re quidem vera, ad dijudicandum de vero sensu, non dicamus singulorum, bene vero praecipuorum canonum Codicis seu iuris novi, opus est scire: primo, utrum de materia concreta in illis pertractata extaret in iure antiquo praescriptum; secundo, num illud praescriptum sit iuri novo certe oppositum an tantum dubie, nam in priori casu ius novum, in altero autem ius vetus praevallet; tertio, si vetus praescriptum cum novo congruat, quamnam interpretationem apud probatos auctores illud receperit „ Cfr. anche MICHIELS, *op. cit.*, vol. I, pag. 115.

(53) VAN HOVE, *op. cit.*, pag. 330.

(54) VAN HOVE, *op. cit.*, pag. 291 sg.

nella decretale di Onorio III è *aequitas scripta*. Ma non è certo questo il concetto di *aequitas scripta*, giacchè con tale espressione si vuole indicare soltanto l'equità espressamente richiamata nelle particolari disposizioni positive. Il richiamo generale fatto nella decretale di Onorio III e nel can. 20 alla *aequitas* vale a far assumere questa a fonte formale di diritto, non già, a trasformarla in *aequitas scripta*. Nè questo diverso modo d'intendere i concetti di *aequitas scripta* e di *aequitas non scripta* è privo di varie conseguenze, per quanto ha tratto alla natura ed alla funzione della *aequitas*.

Perocchè, mentre la *aequitas scripta* entra in gioco soltanto in relazione a determinate disposizioni positive che espressamente o implicitamente la richiamino, la *aequitas non scripta* ha una funzione ben più ampia, in quanto opera come un mezzo per supplire alla mancanza della legge positiva per la disciplina di tutti quei casi che non sono regolati da particolari disposizioni di legge o in queste non possono comunque farsi rientrare.

Per quanto riguarda la *aequitas non scripta*, il principio generale era il seguente: ad essa l'interprete non può ricorrere se non quando manchi una espressa disposizione positiva. Ora si comprende come, applicando rigidamente questo principio, la funzione dell'*aequitas* era molto limitata e circoscritta, giacchè, non entrando essa in gioco se non per supplire a una norma deficiente, restavano necessariamente fuori dalla sua sfera d'azione tutti quei casi in cui esiste bensì una positiva disposizione di legge, ma questa non può essere applicata al caso concreto per qualche circostanza speciale in quanto la sua applicazione porterebbe a casi contrastanti coll'equità. Per questi casi - afferma la Glossa e ripetono i primi decretalisti - non può funzionare che la *aequitas scripta*, cioè quella equità richiamata in una positiva disposizione di legge.

Tale rigida concezione, che pur vediamo seguita da tanti insigni canonisti, riusciva, per vero, ben poco rispondente allo spirito ecclesiastico, in quanto, ligia norma scritta e non ammettendo deroghe, correva il rischio di lasciar insoddisfatte esigenze d'ordine morale, non considerate nelle formule dello *ius scriptum* ma contenute in *Lege et Evangelio*. Ma la dottrina canonistica non poteva non avvertire lo hiatus che passava dalla sua rigida concezione alla necessità di soddisfare, in alcuni casi, codeste superiori esigenze.

Indotta da tale necessità, che naturalmente superava qualsiasi altra considerazione, per tempo affermò doversi ricorrere alla *aequi-*

tas - non scripta s'intende - in tutti i casi in cui venisse in gioco il periculum animarum e determinò che in questi casi piuttosto che di una aequitas naturalis iuris rationabilis si dovesse parlare di una "aequitas iuris naturalis quod in Lege et Evangelio continetur", (55); fino a che giunse a porre un'eccezione alla regola contenuta nella famosa Glossa alle Decretali Gregoriane, ritenere cioè che, sebbene la aequitas non scripta non possa preferirsi al rigor scriptus, tuttavia questo principio doveva ammettere una fallentia "si pro aequitate non scripta concurrat praesumptio animae"; in tal caso al rigor scriptus doveva preferirsi la aequitas non scripta (56).

Tale eccezione - e qui solo questa ci interessa; chè le altre, tra cui quella che in arbitrariis faceva prevalere alla norma scritta la equità non scritta (57) hanno tutt'altra giustificazione, che non intacca il valore del principio generale - veniva ad aprire una larga breccia nella rigida concezione, la quale senz'altro escludeva la aequitas non scripta, nei casi in cui esistesse una disposizione positiva di legge. Quali poi siano le manifestazioni di questa eccezione, e come esse, nelle varie ipotesi, si possano configurare nel sistema della interpretazione della legge anche in relazione alla cosiddetta epicheia, non è nostro compito considerare, chè questo nostro non è uno studio ex professo dedicato al problema della aequitas canonica, sia scripta che non scripta, limitandosi esso a considerare questa soltanto, per così dire, di scorcio (58). Ma è certo che tutte

(55) HENRICUS DE SEGUSIO, *Apparatus super quinque libr. Decretal.*, Argentinae, 1512, Commento al c. 9, X, De arbitris, I, 48.

(56) FELINI SANDEI, *Commentaria super Decretal.*, Venetiis, 1570, lib. II; tit. XXVII, Commento al c. 2 Jurgantium, col. 362, n. 1; ID., *Index in Comment. ad quinque libr. Decretal.*, Venetiis, 1570, voce Aequitas, col. 24: "Adde quod ubi aequitas non scripta habeat pro se praesumptionem animae, praefertur rigori scripto". È notevole anche il seguente passo dello stesso autore, *Index*, cit., voce Jus canonicum, col. 347: Jus canonicum si statuit rigorem, et ius civile aequitatem, standum est iuri civili, etiam in foro canonico; do exemplum, pone, quod clericus iuravit dare decem usque ad 15 dies, dico quod dies ultima est incipiendi a media nocte, secundum ius civile"; ivi numerosi autori citati.

(57) FELINI SANDEI, *Commentar.*, cit., col. 363, n. 2, dopo aver avvertito: "Sed rigor et aequitas non sunt omnino contraria, quia aequitas temperat rigorem, secundum eum...", aggiunge: "Tertio adverte, quia in arbitrariis, ubi aequitas et rigor contradicunt, praefertur aequitas etiam non scripta".

(58) Sulla aequitas canonica, cfr. BONACOSSA, *De aequitate canonica*, Venetiis, 1575; HARING, *Die Lehre von der Epikie*, in *Theologisch-praktische Quartalsch-*

le questioni che fanno capo al tema della *aequitas* nel diritto canonico non possono bene impostarsi e risolversi, se si prescinde dalla fondamentale considerazione, a cui poc'anzi ci siamo riferiti per giustificare l'eccezione a un principio che, così come originariamente fu posto, minacciava di tradire addirittura lo spirito ecclesiastico, quanto dire la stessa etica cristiana.

8. — Attraverso questa apparente digressione, siamo riusciti ad isolare il nostro problema da alcuni altri coi quali, forse, interferisce ma non può essere confuso, come pur spesso si è fatto. Abbiamo, infatti, stabilito che esso non deve impostarsi nè sulla base della *aequitas scripta* nè su quella della *aequitas non scripta* con funzione derogatrice o comunque modificatrice dello *ius scriptum*. E ciò per la decisiva ragione che tanto la *aequitas scripta* quanto la *aequitas non scripta*, avente tale funzione, presuppongono l'esistenza di una disposizione scritta e in definitiva - per quanto l'una e l'altra debbano concepirsi come forze ribelli al diritto positivo e violatrici del medesimo, perchè appunto tale ribellione e violazione costituiscono la condizione necessaria per l'osservanza imprescindibile del comando derivante dall'ordine naturale e divino - non hanno che un valore interpretativo, sia pure inteso nel senso di creazione di una nuova norma per il caso concreto, sicchè la decisione giudiziale

rif. 1899, pag. 579 sgg.; 796 sgg.; DELGIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, estr. dagli Annali dell'Ist. giur. dell'Univ. di Perugia, vol. VII e VIII, Perugia, 1926, pag. 48 sgg.; D'ANGELO, *De aequitate in Codice iuris canonici*, in *Periodica de re canonica*, morali, liturgica, 1927, pag. 210 sgg.; ID., *De aequitate in Codice iuris canonici. Excursus ad can. 20*, in *Apollinaris*, 1928, pag. 363 sgg.; HUGON, *De epikeia et aequitate*, in *Angelicum*, 1928, pag. 359 sgg.; WOHLHAUPTER, *Aequitas canonica*, Paderborn, 1931; ID., *Der Einfluss naturrechtlicher und kanonistischer Gedanken auf die Entwicklung der englischen Equity*, in *Acta Congressus iuridici internationalis*, Romae, 1935, vol. II, pagg. 437-467, passim; VAN HOVE, *op. cit.* pag. 274; MICHIELS, *op. cit.* vol. I, pag. 435 sgg.; brevi cenni in SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880; FORTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. I, § 9; VIAZZI, *L'equità nella filosofia e nella storia*, Milano, 1892; GIANNINI, *L'equità*, in *Arch. giurid.*, 1931, vol. CVI, pag. 45 sgg.

Il lavoro più ampio ed informato in materia è quello del Wohlhaupter; il quale però, quanto al punto che ci interessa ai fini del presente studio, non ha se non qualche raffronto sull'uso del termine *aequitas* nel Codex (cann. 20, 144, 192, 643); in grande considerazione sono tenute le idee espresse dal D'Angelo in tema di *aequitas* ed *epicheia*, sulle quali noi facciamo le più ampie riserve.

epicheietica verrebbe a costituire un atto materialmente legislativo e formalmente giurisdizionale, come vuole Del Giudice (59).

Nel nostro problema, invece, viene bensì in considerazione la cosiddetta *aequitas non scripta*, ma a questa l'interprete deve ricorrere non già per applicare equitativamente una determinata norma positiva - il che può anche significare andare oltre i confini di questa, anzi addirittura violarla - sibbene per supplire alla mancanza di una determinata norma positiva - il che vuol dire che in questo caso il ricorso alla *aequitas non scripta* presuppone la mancanza di una particolare disposizione di legge. Si torna così all'ipotesi contemplata nella famosa decretale di Onorio III; ipotesi identica a quella contemplata nel can. 20. Della cui formula possiamo ormai determinare il vero significato, giacchè nelle pagine precedenti abbiamo analizzato gli elementi più significativi, che concorrono a questa determinazione e senza dei quali qualsiasi interpretazione diventa quanto meno arbitraria.

Una questione preliminare, della massima importanza, come quella dalla cui soluzione in gran parte dipende quella di tutto il problema, consiste nello spiegare il rapporto tra i principia generalia iuris e la *aequitas canonica*, cioè a dire, determinare perchè l'*aequitas canonica* si trovi posta nel can. 20 in relazione soltanto ai principî generali di diritto e non anche in relazione agli altri tre membri contenuti nel medesimo canone.

Vero è che taluno ha preteso negare che l'*aequitas canonica* debba in tale canone riferirsi soltanto ai principî generali di diritto ed ha voluto riferirla anche alle *leges latae in similibus* (60). Ma è innegabile che questa interpretazione è affatto arbitraria, come quella che si pone in aperto contrasto con la lettera del can. 20, la quale in nessuna guisa sembra autorizzarla. È indubbio, pertanto, secondo il testo stesso della legge, che una relazione tra i due elementi, di cui consta la formula del can. 20, che è nostro intento spiegare,

(59) DEL GIUDICE, *Privilegio*, cit., pag. 54; cfr. anche VAN HOVE, *op. cit.*, pag. 289, n. 280.

(60) Ad es., il VAN HOVE, *op. cit.*, pag. 330, scrive: "Haec aequitas est servanda non tantum in applicandis principiis generalibus iuris, sed etiam legibus in similibus latis, quamvis textus canonis ad sola principia generalia sese referat, sed in his applicandis praesertim usu veniunt „

deve esistere. Tutto sta ad identificarla e determinarla (61).

Deve, innanzi tutto, trattarsi di una relazione che renda ragione del fatto che l'*aequitas canonica* sia stata dal legislatore richiamata soltanto accanto ai "*generalia iuris principia* „.

(61) In generale, i canonisti non si danno cura di ricercare la relazione che passa tra i *generalia iuris principia* e la *aequitas canonica*. Essi, per vero, si limitano a determinare in che cosa consista la *aequitas canonica*; della quale, peraltro, danno descrizioni molto vaghe e generiche, più o meno fungibili, che si aggirano intorno a questo concetto: doversi interpretare i principî generali con benignità, indulgenza, misericordia e carità cristiana, avendo riguardo al bene della Chiesa ed alla salute delle anime che costituisce poi la *suprema lex* (cfr. FALCO, *op. cit.*, pag. 104; TOSO, *op. cit.* pag. 63; VAN HOVE, *op. cit.*, pag. 330; MICHIELS, *op. cit.*, pag. 472). Perspicuo, più di ogni altro, su questo tema, ci è parso il DEL GIUDICE, il quale scrive, *Istituzioni*, cit., pag. 79, che "l'equità è, nel diritto canonico, propriamente *aequitas canonica*: il che vuol dire che l'*elementum correctivum iuris* non consiste in astratti o arbitrari principî di giustizia (come in alcuni diritti e in alcuni momenti storici l'equità fu concepita); ma negli stessi principî che sono alla base del sistema canonico e ne costituiscono la specifica struttura. E perciò dell' "*aequitas canonica* „ si parla nel can. 20: in quanto si ritiene che il caso, che esige un'applicazione equitativa del diritto, possa considerarsi mancante di regolamento, e che questo si debba derivare dai principî del diritto canonico, temperati con le esigenze equitative, quali risultano da quello stesso ordinamento „.

I quali concetti possono bene essere accolti, come quelli che si ispirano alle finalità supreme della Chiesa; ma è certo che essi, da soli, non valgono a rendere il significato della nostra formula, perchè non contengono una determinazione dell'*aequitas* riguardata in relazione ai principî generali e a questi soltanto. Comunque, non si è nei termini dell'*aequitas* richiamata dalla famosa decretale di Onorio III. Ma una delle due: o si ritiene che la formula del can. 20 non abbia nulla da vedere con questa decretale, ed allora la interpretazione, che a quella formula si pretende dare, potrà anche considerarsi legittima, nonostante che si faccia forza, per sostenerla, allo spirito ed alla lettera della legge; o si vede, come sembrano vedere i più, in questa decretale un significativo precedente legislativo della formula del can. 20, ed allora si deve, quanto più è possibile, adeguare l'interpretazione di essa col senso del principio stabilito da Onorio III. Ben lungi dal corrispondere a questo principio, come pure dal soddisfare qualsiasi ragione esegetica e logica, è la spiegazione proposta dal D'ANGELO, (*De aequitate in Codice iuris canonici*, in Appollinaris, 1928, pag. 375), secondo il quale "... *aequitas canonica quae ius romanum, a cuius principiis generalibus, deficiente analogia, in lacunis supplendis est praescriptum, christianum reddidit* „. E giustamente il VAN HOVE, *op. cit.*, pag. 291, osserva: "*cum falsum sit, ut opinamur, factum receptionis principiorum iuris romani ab Ecclesia, falsa videtur etiam scriptoris definitio aequitatis canonicae* „. Non molto perspicua, poi, appare la distinzione fatta dal

Non c'è dubbio che alla cosiddetta *aequitas non scripta* potrà l'interprete ricorrere anche quando trae la norma da applicare al caso concreto a *legibus latis in similibus*. Ma in questo caso la *aequitas* deve avere una funzione ben diversa da quella che essa ha quando opera in sede di rinvio ai principî generali di diritto. Altrimenti, che significato avrebbe il richiamo ad essa fatto soltanto in relazione a questi?

La funzione diversa consiste in ciò: mentre nel primo caso l'*aequitas non scripta* ha un valore che in nulla si differenzia da quello che essa ha quando opera come criterio derogatore o in genere modificatore di una singola disposizione positiva, giacchè certo la sua virtù non cambia se, invece che di fronte ad una singola norma dettata per il caso concreto, si espliciti di fronte ad una norma od a una serie di norme, da cui con procedimento analogico si dovrà dedurre la disciplina del caso concreto; nel secondo caso, l'*aequitas non scripta* ha il valore di vera e propria fonte formale di diritto.

Si tratta in sostanza di due cose qualitativamente diverse: non siamo più in tema di interpretazione, sia pure per analogia *legis* o *iuris*, di una disposizione di legge o di una serie di disposizioni; ma siamo in tema di regolamento di casi non disciplinati da

D'ANGELO *loc. cit.*, pag. 383, tra *aequitas naturalis* o *condenda* e *aequitas canonica* o *condita*; giacchè, da un canto, non è esatto affermare che la *aequitas* in tanto è canonica in quanto è *condita* cioè scritta, dato che in molti casi la *aequitas* è scritta e tuttavia non è qualificata canonica; d'altro canto, la *aequitas canonica*, di cui al can. 20, è tutt'una cosa con la cosiddetta *aequitas naturalis*, dato che il richiamo generale, che ne fa questo canone, non esclude certo che essa sia da considerare *condenda* in tutte quelle materie in cui vengono in campo i *generalia iuris principia*. Vogliamo dire che il concetto di *aequitas condita* o *scripta* è un concetto molto più circoscritto, limitato cioè a quei casi in cui la *aequitas* è richiamata da disposizioni positive particolari. Del resto, la suddetta distinzione del D'Angelo non giova per nulla al nostro problema, perchè sembra che, secondo questo autore, e l'*aequitas naturalis* (*condenda*) e l'*aequitas canonica* (*condita*) operino in relazione a determinate norme positive - la prima, attraverso la considerazione delle persone "in quas, leniendo *ius existens*, *mitigatio* in concreto *dirigitur*"; la seconda, direttamente - mentre il concetto di equità, che nel caso nostro viene in considerazione, entra in giuoco nell'assenza dello *ius scriptum*. Il Van Hove, nel criticare la tesi del D'Angelo (del quale però accoglie il concetto della *aequitas condita*), non sembra aver avvertito che le categorie di questo autore portavano fuori tema.

norme positive di legge nè disciplinabili attraverso una generalizzazione crescente di queste (62).

Rilevate queste differenze, è agevole stabilire il rapporto tra i due termini della formula, di cui al can. 20. Non certo un rapporto di antitesi è possibile vedere tra i principî generali e l'equità canonica, e ciò perchè non si tratta di due termini contraddittori, ma di due termini omogenei, tra i quali vi è equivalenza qualitativa e logica, se non meccanica. Esiste tra di essi un rapporto reciproco, pari al nesso che corre tra il generale e il particolare. È impossibile, infatti, ricavare dai principî generali a priori, e per semplice deduzione tutte le determinazioni particolari, per la disciplina dei rapporti concreti, giacchè non può l'interprete desumere soltanto da puri principî la concreta molteplicità delle regole di diritto.

Ora, la funzione dell'*aequitas* canonica, formalmente richiamata nel can. 20, consiste nell'adeguare i principî generali di diritto agli elementi empirici e contingenti di tutti i possibili casi, la cui disciplina non si trova nè nelle singole norme positive, nè può trarsi da queste attraverso l'interpretazione analogica.

Essendo imprescindibile il nesso tra i principî generali di diritto e l'*aequitas* canonica, in quanto, senza ricorrere a questa, impossibile riuscirebbe trarre da quelli la disciplina dei casi concreti, ne consegue

(62) Vero è che, anche quando esista una norma o un complesso di norme positive e l'interprete sia autorizzato, anzi obbligato, a procedere all'applicazione equitativa della norma o del complesso di norme, pel fatto che l'applicazione legislativa anche tecnicamente impeccabile conduce a risultati ripugnanti alla coscienza morale e giuridica, più che interpretazione di norme, si ha - come ben dice il DEL GIUDICE, *Privilegio*, cit., pag. 51 - "derivazione del comando dai principî del diritto naturale di cui è sostanziata l'etica cristiana", in quanto il giudice, in base ad un autonomo apprezzamento degli elementi che dettero vita alla norma, valutati dal punto di vista morale e sociale, stabilisce "la nuova norma pel caso in esame, come se lo stesso legislatore fosse presente, e, valutando i detti elementi, ponesse esso stesso quella nuova norma entro il cui ambito il caso venisse a cadere"; ma opportunamente osserva lo stesso Del Giudice, *loc. cit.*, che l'*epicheia* non obbliga l'interprete a seguire la gradazione delle norme stabilite nel can. 20, giacchè mentre questo canone suppone la deficienza del *praescriptum legis* per un certo rapporto, "l'*epicheia* suppone l'esistenza della disposizione e la volontaria inapplicabilità di essa al rapporto". Dunque la *aequitas*, richiamata nel can. 20, ha un valore ed una funzione diversa.

che quel nesso riduce ad unità i due termini della formula, nel senso che nell'*aequitas* si deve far convergere la virtù integratrice dei principî generali. Ond'è che la differenza tra *ius vetus* e *ius novum* è più di parole che di sostanza: mentre nello *ius vetus*, nel richiamo alla *aequitas non scripta* si compendia il rinvio al diritto naturale e al criterio che rendeva possibile il desumere da quei principî la concreta molteplicità delle disposizioni da applicare ai casi singoli; nello *ius novum*, per indicare queste due operazioni troviamo due termini distinti.

In altre parole, il termine *aequitas* del can. 20 non ha conservato il significato pregno del termine *aequitas* della decretale di Onorio III; l'attuale regola "*norma sumenda est... a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis*," non è certo identica all'antica "*procedas secundum aequitatem*,". Ma nondimeno quel senso antico, dal punto di vista sostanziale, non si è smarrito; anzi nella nuova formula dura inalterato. Insomma, la attuale espressione serba la stessa forza e la stessa funzione dell'antica.

È sempre lo stesso elemento che viene in considerazione, lo *ius naturale*; sempre lo stesso criterio che ne rende possibile la pratica applicazione, il concetto di *aequitas* (63). La cui funzione, pertanto, non è più eventuale e virtuale, come nel caso in cui essa opera in relazione ad una singola disposizione di legge o ad un complesso di norme positive, ma, immanente e attuale, poichè l'interprete non potrà non ricorrere ad essa, quando, nell'assenza di norme particolari e nella insufficienza dell'interpretazione analogica di una norma o di una serie di norme positive, dovrà trarre dai principî generali ed astratti, cioè a dire dallo *ius naturale*, le determinazioni particolari dell'ordinamento giuridico.

Solo così si riesce a trovare la ragione per cui il legislatore canonico ha formalmente richiamata la *aequitas canonica* solamente accanto "*ai generalia iuris principia*,": con tale ravvicinamento il legi-

(63) Il concetto di *ius naturale* è insito nel concetto di *aequitas* richiamato dalla famosa decretale di Onorio III; solo che in questa domina il criterio che rende possibile l'adeguamento del diritto naturale ai molteplici casi concreti. In una parola, la espressione di Onorio III "*procedas secundum aequitatem*," è una formula sintetica che ad un tempo vuol significare il riferimento allo *ius naturale* ed indicare il mezzo atto a stabilire il contatto di questo con la mutevole realtà fenomenica.

slatore ha voluto appunto significare che in tanto è legittimo il ricorso ai principî generali, in quanto è compiuto in funzione dalla *aequitas canonica*; ha voluto indicare cioè che tra i "generalia iuris principia", e la *aequitas* non esiste soltanto semplice connessione, ma intimo legame e rapporto di funzionalità.

9. — Tutto ciò evidentemente non hanno inteso coloro che, come il Van Hove, hanno negato che i *generalia iuris principia* fossero tutta una cosa con lo *ius naturale*, sulla base di questa argomentazione: i principî di diritto naturale non possono applicarsi con equità canonica, essendo essi stessi una sola cosa con le regole dell'*equitas naturale* (64).

Senonchè questa argomentazione, sulla quale si fonda la tesi che nega il rinvio al diritto naturale, è erronea. È bensì vero che il diritto naturale in sè considerato non ammette equità: ma qui non viene in considerazione lo *ius naturale secundum se*, sibbene lo *ius naturale* in quanto sia penetrato sostanzialmente nella legislazione canonica positiva. Ora i precetti di diritto naturale accolti nel sistema positivo ammettono l'equità. Ciò mirabilmente insegna il Suarez: "Si praecepta naturalia spectentur ut per legem positivam constituta sunt, tunc recipiunt exceptionem epikiae, praesertim in ordine ad intentionem legislatoris humani, licet secundum se et ut naturalia sunt, illam proprie non admittant... ", (65).

L'applicazione di tale fine distinzione al problema in esame non potrebbe essere più sicura ed opportuna. Si potrebbe anzi dire che il nostro problema rappresenta una delle più significative applicazioni pratiche della teorica esposta dal Suarez. L'interprete, mancando altri mezzi, deve ricorrere ai precetti dello *ius naturale*, a quei precetti cioè che costituiscono il fondamento e lo spirito dell'ordinamento giuridico ed ecclesiastico positivo. Tali precetti, che intrinsecamente sono immutabili, venendo richiamati e applicati per la disciplina di rapporti concreti, mutano col variare di questi; sicchè un determinato atto può benissimo sottrarsi al comando della legge

(64) Cfr. VAN HOVE, *op. cit.*, pag. 328.

(65) SUAREZ, *Opera omnia*, Parisiis, 1856, tom. V, lib. II, cap. XVI, n. 16. Cfr. anche SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, Romae, 1843, tom. I, pars. I, Dissert. proemialis, § 2, n. 82, pag. 41 sg.

naturale, non già perchè tale legge debba ritenersi abrogata - il che è inconcepibile - ma soltanto perchè è mutato il suo oggetto (66).

Ebbene, è proprio tale mutamento dei precetti naturali, in relazione al variare dei fenomeni e delle situazioni concrete da regolare, che la *aequitas* ha la funzione di attuare. Ora, se si ponga mente alla necessità di tale mutamento dello *ius naturale*, in ragione del variare dei rapporti e delle circostanze, si avrà l'esatta sensazione di quel rapporto di intima connessione e funzionalità tra principî generali e equità, a cui poc'anzi ci riferivamo; e s'intenderà, altresì, quanto vadano errati quegli scrittori che dall'ambito dello *ius naturale* vorrebbero escludere il concetto di equità, da ciò traendo argomento

(66) A tal proposito, gioverà riferire un passo molto significativo del SAUREZ, *op. cit.*, tom. V, lib. II, cap. XIII, n. 6, pag. 134: "Quomodo sit immutabilis lex naturalis, item in quo subire potest mutationem. Est ergo considerandum ea quae consistunt in quadam adaequatione et quasi relatione, dupliciter posse mutari vel quasi mutari, seu desinere esse, scilicet, vel intrinsece per mutationem sui, ut pater desinit esse pater si moriatur; vel extrinsece tantum per mutationem alterius, quomodo pater desinit esse pater per mortem filii, quae desitio in patre non est mutatio, sed per modum mutationis a nobis concipitur, vel significatur. In lege ergo positiva contingit mutatio priori modo, quia tolli potest: in lege autem naturali minime, sed solum secundo modo, per mutationem materiae contingit, ut actio subtrahatur ab obligatione legis naturalis, non quia lex tollatur, vel minuatur; semper enim eo modo obligat e obligavit; sed quia ipsa materia legis mutatur, ut statim patebit in exemplis adductis. Unde ulterius considerandum est legem naturalem, cum per se non sit scripta in tabulis vel membranis, sed in mentibus, non semper dictari in mente illis verbis generalibus, vel indefinitis, quibus a nobis ore profertur vel scribitur; ut, verbi gratia, lex de reddendo deposito, quatenus naturalis, non ita simpliciter et absolute in mente indicatur, sed cum limitatione et circumspectione: dictat enim ratio reddendum esse depositum iure et rationabiliter petenti, vel nisi ratio defensionis iustae, vel reipublicae, vel propriae, vel innocentis obstet. Communiter autem solet illa lex illis tantum verbis proferri: Reddendum est depositum, quia caetera subintelliguntur; nec in forma legis humano modo positae omnia declarari possunt... Immo, interdum mutatis circumstantiis, non solum non obligat naturale praeceptum ad faciendum aliquid, verbi gratia, ad reddendum depositum, sed etiam obligat ad non faciendum. "E dopo avere addotto ed illustrato altri esempi, quali l'adempimento della promessa, il precetto naturale di serbare il segreto, il precetto del Decalogo "non occides", conclude: "(n. 9, pag. 135): "...lex naturalis discernit mutabilitatem in ipsa materia, et iuxta illam accommodat praecepta; nam aliquid praecipit in illa materia pro uno statu, et aliud pro alio, et ipsa in se ramanet semper immutata, licet quoad nostrum modum loquendi et per denominationem extrinsecam quasi mutari videatur". Vedi anche SCHMAIZGRUEBER, *op. cit.*, *loc. cit.*, n. 74 sgg. e autori ivi citati.

per negare che la formula del can. 20 possa contenere un rinvio ai precetti dello ius naturale.

Contro questo rinvio è stata autorevolmente mossa anche un'altra obiezione. Si è detto infatti: poichè il can. 20 si riferisce soltanto alle leggi emanate dall'autorità ecclesiastica e poichè qui si tratta di supplire al silenzio di una legge positiva, i principî devono desumersi dal diritto positivo cioè umano, non già dal diritto naturale che è diritto divino trascendente il diritto umano (67).

Contro questa obiezione, a nostro modesto avviso, si può replicare che cioè il diritto naturale non è un quid che esiste al di fuori del diritto canonico positivo. Perocchè il legislatore, con l'emanazione di disposizioni particolari informate ai precetti dello ius naturale, ha convertiti questi in principî fondamentali dell'ordinamento giuridico canonico, e tutta la legislazione canonica è permeata dai principî del diritto naturale. Nessun distacco, infatti, è concepibile, nell'ordinamento canonico, tra legge positiva e i precetti del diritto naturale. Non dice forse il can. 6, n. 6 che il diritto naturale è la fonte diretta della legislazione positiva della Chiesa? Ma, se il diritto naturale è diritto vigente, perchè sta dentro, non fuori o sopra il sistema del Codex, se non altro, in virtù del richiamo formale del can. 6, n. 6 e dei numerosi richiami particolari sparsi qua e là nelle singole disposizioni di legge (68), com'è possibile

(67) Cfr. FALCO, *op. cit.*, pag. 104.

(68) Vedi: cann. 1068, § 1; 1405, § 1; 1139, § 1, 2; 1509 n. 1; 935, § 2; 1499, § 1; 1513, § 1; 1110; 2198; 1; 7; 9; 102, § 1; 201, § 3; 202, § 3; 215 § 2; 220; 488, n. 7; 490; 592; 679; 950; 1498; 2212 § 2; etc.; richiami al diritto divino positivo nei cann. 1529; 1926; 2364; riproduzione di norme di diritto divino nei cann. 100; 1495 § 1; 107; 219; 329, § 1; 731, § 1; 948; 1012 § 1; 196; 1932 § 1; 1060; 727 § 1 Cfr. STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici*, Stuttgart, 1918, pag. 181 sgg.; FALCO, *op. cit.*, pag. 51 sg.; SINGER, *Das Naturrecht im Codex iuris canonici*, in *Archiv. für Rechts und Wirtschaftsphil.*, vol. 16, 1921-1922, pag. 206 sgg. Numereose, poi, sono le norme di diritto naturale non codificate: "è evidentemente impossibile - scrive il FALCO, *Il Codex iuris canonici e il diritto anteriore*, in *Arch. giurid.*, 1923, vol. XC, pag. 141, Nota (1) - elencare le norme di diritto naturale non codificate; possono addursi come esempio di norme che la pratica ha ritenuto di diritto naturale, e quindi in vigore sebbene non contenute nel Codice, quelle riguardanti la nullità delle sentenze giudiziarie; dalla sentenza 10-31 maggio 1919 del Supremo Tribunale della Segnatura risulta chiaro che esso ha ritenuto di diritto naturale i motivi della violazione della legge e della perversione dei fatti che non sono contenuti nei cann. 1892-1897 del Codice (cfr. *Acta Apostolicæ Sedis*, 1919, pag. 295 sgg.; *Monitore Ecclesiastico*, 1919, pag. 254),".

escludere il diritto naturale dai mezzi per supplire al silenzio della legge positiva? La verità è che il diritto positivo, in tanto può essere integrato dal diritto naturale, in quanto, come specie, può benissimo essere integrato col ricorso a criteri e a principî compresi nel genere sovrapposto.

A questo punto gioverà anche rilevare - salvo tornare più innanzi sull'argomento - che coloro i quali sostengono doversi ritenere che i principî generali non siano se non principî generali di diritto ecclesiastico, sono fautori di una tesi che coincide con quella che qui noi stiamo difendendo. Invero, se l'ordinamento canonico positivo è in ogni sua singola parte ispirato e informato al diritto naturale, se questo è insomma alla base della legislazione canonica - e ciò è fatto manifesto dal richiamo generale del can. 6, n. 6, oltre che da numerosissimi richiami particolari - l'interpretazione più diffusa, che si richiama ai principî di diritto canonico, si risolve necessariamente nell'interpretazione che riconduce i generalia iuris principia ai naturalia praecepta. Il che, però, va ritenuto con questa essenziale limitazione, che cioè non si deve pretendere (come pretende l'opinione dominante) che tali precetti debbano essere esclusivamente ricavati dalle norme particolari o dal loro complesso con il procedimento dell'interpretazione analogica. Contro questo preconcetto sta, oltre la lettera del can. 20, il fatto, altre volte rilevato, che dalle sole determinazioni particolari, sia singolarmente considerate, sia prese nel loro insieme, non può, attraverso il processo della generalizzazione crescente, desumersi la cognizione di quei precetti dello *ius naturale*, i quali, anche se non richiamati esplicitamente o implicitamente, devono considerarsi come virtualmente esistenti nell'ambito del sistema canonico positivo.

Finalmente, è proprio su quel preconcetto che si fonda un'altra obiezione mossa contro il rinvio allo *ius naturale*. Afferma, infatti, il Van Hove che l'applicazione dei principî di diritto naturale non può farsi per analogia, giacchè essa è diretta, ai sensi del can. 6, n. 6. Quindi, data la coincidenza comunemente sostenuta tra analogia iuris e principî generali, essendo per lo *ius naturale* impossibile l'applicazione analogica, è impossibile che i principî generali di diritto si riferiscano al diritto naturale (69).

(69) Cfr. VAN HOVE, *op. cit.*, pag. 328.

Senonchè, la premessa di questo ragionamento è falsa. Non è vero, ripetiamo, che, i principî generali debbano necessariamente ed esclusivamente desumersi mediante interpretazione analogica di norme particolari e pertanto nulla vieta che i principî generali di diritto siano considerati come una cosa sola coi precetti di diritto naturale, la cui applicazione è diretta e non per analogia. Ora, se il Van Hove fosse uscito dall'equivoco di considerare la ricerca dei principî generali ristretta entro l'ambito del procedimento analogico, non avrebbe argomentato dalla impossibilità di tale procedimento per i principî di diritto naturale la impossibilità di un rinvio a questi, ma avrebbe visto nel can. 6, n. 6 la più sicura conferma che l'interpretazione, che vede nel can. 20 un rinvio allo ius naturale, deve ritenersi la più fondata. Invero, in questo canone deve scorgersi non un argomento contro, ma un argomento a favore della nostra tesi.

Ne sia prova il fatto, molto significativo, che nel campo civilistico, discutendosi sul problema, cui dà luogo l'art. 3 disp. prelim. cod. civ., i sostenitori del rinvio alla scienza giuridica o ai principî generali di diritto elaborati dalla giurisprudenza intermedia, cioè ai principî di diritto comune, hanno, a favore della loro tesi, giustamente, invocato l'art. 48 disp. trans. cod. civ., ragionando così: ai sensi di tale articolo, si hanno così a considerare abrogate le leggi e le consuetudini anteriori, relativamente alle materie trattate nel codice, ma non anche il corpo delle dottrine formatosi attorno a quelle leggi e consuetudini, perchè nulla dice questo articolo riguardo ad esso; pertanto, la scienza del diritto, come pure i principî del diritto comune, non essendo stati toccati da disposizioni del citato art. 48, conservano tutto il loro vigore (70). Orbene, se i civilisti hanno argomentato dal silenzio dell'art. 48 il mantenimento della scienza del diritto e dei principî di diritto comune, onde da quella o da questi trarre i mezzi per supplire al silenzio della legge, con quanto più fondamento avrebbero dovuto i canonisti dall'eccezione fatta dal can. 6, n. 6 per il diritto naturale trarre uno dei più validi e sicuri argomenti per sostenere che nella formula del can. 20 deve vedersi un rinvio ai principî di diritto naturale? Senonchè, come si

(70) Così ragionano, ad es., il PACCHIONI, in *Archiv. giurid.*, cit. pag. 144 e il CHECCHINI, in *Archiv. giurid.*, cit., pag. 224; contra ASCARELLI, in *Archiv. giurid.* cit. pag. 269.

è visto, erronei preconcetti hanno impedito alla dottrina canonistica di scorgere la vera soluzione del problema, quale non solo argomenti di carattere storico e logico additavano, ma anche argomenti di carattere esegetico, desunti da norme positive vigenti.

10. — Dimostrate così prive di fondamento le obiezioni mosse da una parte della dottrina canonistica contro il rinvio al diritto naturale per supplire al silenzio della legislazione positiva, riteniamo opportuno prendere in considerazione le principali obiezioni mosse, nel campo della dottrina civilistica, contro la tesi, difesa autorevolmente dal Del Vecchio, del rinvio ai principî di diritto naturale, (71) al fine di dimostrare come queste obiezioni, se sono giustificate nella sfera dell'ordinamento civile, non hanno nessun valore nell'ambito dell'ordinamento ecclesiastico. Con ciò noi verremo ad accumulare nuovi importanti argomenti favorevoli alla nostra tesi.

La prima obiezione investe il fondamento stesso del richiamo ai principî di diritto naturale. Si dice infatti: ogni giurista deve respingere senz'altro l'istanza del razionalismo che pretende di desumere dai principî di diritto naturale le determinazioni positive con cui disciplinare tutti i casi possibili, i quali nel sistema giuridico positivo non trovano il loro regolamento; e ciò perchè il diritto naturale non ha il carattere della giuridicità (72).

Ora tale obiezione (che ha già un valore molto discutibile contro una tesi, come quella del Del Vecchio, che rifugge da un estremo razionalismo, in quanto non da puri principî vuol desumere la concreta molteplicità delle regole di diritto, ma dai "principî fondamentali dell'intero sistema, in quanto siano sepolti e impliciti, come remotissimi presupposti, nelle norme particolari, o da esse in qualche maniera richieste come loro logico complemento", (73)), non trova assolutamente posto nell'ordinamento canonico.

A parte il fatto che l'intero sistema positivo canonico è in

(71) DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto*, in *Archiv. giurid.*, 1921, vol. LXXXV, pag. 33 sgg.

(72) Tale obbiezione è stata mossa dal CROCE, in *La critica*, 1921. Dalla discussione del problema della esistenza del diritto naturale dichiarano di prescindere il CHECCHINI, *op. cit.*, pag. 196, e l'ASCARELLI, *loc. cit.* pag. 262 sgg.

(73) Cfr. DEL VECCHIO, *op. cit.*, pag. 49.

ogni sua singola parte informato al diritto naturale, e a parte anche i frequenti espliciti richiami fatti a tale diritto, al quale pertanto non potrebbe, per ciò solo, negarsi il carattere della giuridicità, nell'ordinamento canonico il problema dell'esistenza stessa del diritto naturale e della sua giuridicità o meno si pone molto diversamente da come suol porsi nell'ordinamento civile. Che anzi, il primo problema, così gravemente discusso nei sistemi giuridici laici, nel diritto della Chiesa non si pone neppure, poichè rispetto ad esso viene in gioco una questione eminentemente dogmatica e quindi indiscutibile - l'opera scientifica qui si riduce ad una pura e semplice interpretazione dichiarativa di precetti rivelati. - Nell'altro problema, poi, si concretizza, in gran parte, la peculiarità del diritto della Chiesa di fronte al diritto dello Stato.

Chi versa nello studio del diritto canonico una cosa soprattutto deve avere costantemente dinanzi alla mente, che cioè il concetto di giuridicamente rilevante non coincide nel diritto della Chiesa e in quello dello Stato (74). In prosieguo addurremo vari esempi a testimonianza di questa affermazione. Qui basti dire che, mentre nel diritto statuale è considerata come indebita e comunque eccezionale qualsiasi invasione dell'etica nel campo giuridico (chè ciò turberebbe la logica formale con considerazioni che al giurista debbono rimanere estranee), nel diritto della Chiesa questo è un fenomeno normale, anzi necessario. Quanti istituti giuridici hanno un fondamento dogmatico o una impostazione morale, onde spesso si creano costruzioni contrastanti con la logica e, a volte, persino con considerazioni di privata o pubblica utilità! per quanti segni si rileva nel Codex la presenza di questioni di teologia morale e di dogmi! chi potrebbe negare il contributo dato alla formazione della codificazione canonistica dalle dottrine della teologia morale? Se il canonista di fronte a ciò si stupisse, dimostrerebbe di non aver compreso appieno lo spirito del sistema giuridico che intende studiare. Imperocchè, la peculiarità del diritto della Chiesa, considerato in ogni sua branca, dal privato al pubblico, dal sostanziale al processuale, consiste appunto in ciò: che la massima parte degli istituti giuridici ha, come presupposto, o come fondamento immediato o remoto, o un postulato etico o una proposizione dogmatica o l'uno e l'altra in-

(74) Cfr. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Città di Castello, 1934, pag. 79.

sieme. Quindi è che riesce spesso impossibile disintegrare il fenomeno o il problema giuridico da ingerenze moralistiche e dogmatiche. E chi a quest'opera di disintegrazione si accingesse, nello studio di moltissimi istituti, rinuncerebbe a comprendere l'essenza di questi e necessariamente giungerebbe a soluzioni erronee, perchè repugnanti allo spirito del sistema nel quale questi istituti vivono (75).

Se tutto ciò è vero, come è da ritenere verissimo in quanto fa parte della natura stessa dell'ordinamento canonico, l'istanza di chi pretendesse tirare, in seno al diritto della Chiesa, una linea netta di confine tra cerchia giuridica e cerchia non giuridica, tra giuridicamente rilevante e giuridicamente irrilevante, o, peggio ancora, di chi pretendesse adeguare categorie e concetti del diritto canonico a categorie e concetti del diritto statuale, sarebbe certamente da respingere. Ebbene, altrettanto erronea ed illegittima sarebbe l'istanza di chi pretendesse escludere il rinvio al diritto naturale per supplire al silenzio della legge canonica, facendo leva sull'argomento della non giuridicità del diritto naturale. Tanto più, poi, sarebbe erronea e illegittima tale istanza, anche dal punto di vista giuridico positivo, essendo dato un sistema, che, come quello canonistico, esplicitamente richiama e riconosce il diritto naturale come sua fonte diretta.

Contro la tesi del Del Vecchio è stata sollevata un'altra obiezione. Si è detto: in caso di contrasto fra principi di ragione naturale e norme positive di legge, ammettere che il giudice possa applicar quelli, significherebbe attribuirgli non la funzione di giudice, ma quella di legislatore, significherebbe, in altri termini, violare quel principio della divisione dei poteri, o meglio della distinzione delle attività dello Stato, che, come scrive il Del Vecchio "tende ad assicurare la supremazia della legge in confronto delle altre attività, giudiziaria e amministrativa dello Stato", (76).

(75) Come, per dare qualche esempio, spiegare il privilegio delle cause matrimoniali in ordine al non passaggio in giudicato delle sentenze, la regola "mala fides superveniens nocet", l'indeterminatezza delle pene, l'incondizionata supremazia della volontà privata nella costituzione del vincolo matrimoniale - a voler poi tacere di tanti altri temi ignoti ai diritti statuali -, se si volesse escludere dalla discussione dei problemi giuridici la ingerenza di questioni dogmatiche e moralistiche?

(76) Per questa obiezione, cfr. CHECCHINI, *op. cit.*, pag. 159 sg.; ASCARELLI, *op. cit. loc. cit.*

Ora, tale obiezione nell'ordinamento civile ha indiscutibilmente il suo valore, cosicchè noi non vedremmo il modo di superarla. Ma nell'ordinamento canonico essa non ne ha nessuno, perchè qui le cose stanno molto diversamente. È risaputo, infatti, che il principio della divisione dei poteri, sul quale, in sostanza, la suddetta obiezione si basa, mentre è fondamentale negli ordinamenti giuridici civili, non trova riscontro nel campo del diritto della Chiesa. In questo, per vero, la figura del giudice - legislatore supera anche quella del pretore romano. Tale affermazione non ha bisogno di ulteriori chiarimenti e precisazioni - il punto del resto non presenta per noi interesse diretto. Ma, per volerci limitare a qualche esempio più significativo, chi non sa che la decisione giudiziale epicheietica emanata dal giudice ecclesiastico costituisce di regola un atto materialmente legislativo e soltanto formalmente giurisdizionale (77)? Ancora: chi non sa quanto è ampio il concetto di iurisdictio nell'ordinamento canonico, così ampio da comprendere il potere giudiziale, il potere coattivo, il potere amministrativo ed esecutivo e, in fine, il potere legislativo, oltre poi la cosiddetta potestas magisterii (78)!

11. — Ma poi, l'obiezione, che stiamo considerando, presuppone la possibilità di un contrasto tra principi di diritto naturale e disposizioni positive particolari. Ora tale possibilità sussiste bensì nel campo

(77) Sintetica ed esatta espressione del DEL GIUDICE, *Privilegio*, cit., pag. 54.

(78) Lo JEMOLO, *Il nostro tempo ed il diritto*, estr. dall'Archiv. giurid., 1932, vol. CVII, pag. 17 sg., dopo aver accennato ad alcune caratteristiche del diritto della Chiesa, tra le quali la mancanza in essa del principio della divisione dei poteri, si è chiesto: "Ma perchè il diritto della Chiesa è tale?". E dopo aver considerato come elementi di spiegazione la naturale riluttanza della Chiesa ad accogliere principi dottrinali - a cominciare da quelli contenuti nella famosa opera sulle leggi del Montesquieu - ed ideologie politiche che hanno invece fortemente influenzato quasi tutte le legislazioni statali dalla fine del settecento e dell'ottocento, il rapporto tra il contenuto del diritto della Chiesa e quello del diritto dello Stato - esser cioè il diritto della Chiesa sostanzialmente per intero diritto pubblico -, giustamente trae l'elemento più notevole a spiegare le caratteristiche proprie del diritto della Chiesa dal substrato religioso di tutto questo diritto, "il quale - sono parole dello Jemolo - ha ognora a presupposto l'esistenza di beni sommi, certi, insostituibili; che non sono solo la conservazione e l'esaltazione della Chiesa (che può apparire bene parallelo a quello ch'è negli ordinamenti statali la conservazione a l'incremento dello Stato), ma sono altresì la salvezza delle anime, la conservazione nella loro integrità di tutte le virtù rivelate,

del diritto statale (79), ma è assolutamente da escludere in quello del diritto canonico. Qui non è addirittura pensabile un motivo di incongruenza, di discrepanza, o disarmonia tra lo ius naturale e le norme giuridiche positive. Sotto questo aspetto, il sistema giuridico canonistico rappresenta, si può dire, il prototipo dell'ordinamento giuridico unitario, unico e logico in ogni sua singola parte, in quanto costituisce una compagine unica ed omogenea, la cui intrinseca congruenza non può riferirsi ad altro se non all'afflato dello ius naturale, che tutta la pervade e la ispira nelle sue più umili come nelle sue più alte manifestazioni.

E perchè tale affermazione, la quale, nel nostro tema, ha una importanza essenziale, non sembri campata in aria, vediamo, se ci riesce, di documentarla, per così dire, arrecando, a sicura testimonianza di essa, qualche esempio più significativo, tra i cento che se ne potrebbero facilmente addurre. Va da sè che gli esempi, che qui intendiamo passare in rapida rassegna, sono peculiari al sistema giuridico ecclesiastico e valgono a dimostrare quanto diverso, per alcuni istituti, sia il fondamento e lo spirito dell'uno e dell'altro diritto; tanto diverso da generare, a volte, vere e proprie antinomie che rimarrebbero inesplicabili, se non se ne cercasse la ragione. Questa vedremo essere una ragione unitaria, riconducibile cioè sempre a precetti dello "ius naturale, quod in Lege et in Evangelio continetur,...

Occorre però avvertire anche che le considerazioni che seguono non vogliono costituire una trattazione e neppure una deliberazione di alcuni temi, che troveranno in un prossimo nostro lavoro tutti quegli

il mantenimento della integrità di tutti gli elementi che costituiscono i sacramenti: tutto ciò che rientra nel tesoro carismatico e nel deposito della Fede che la Chiesa deve conservare immutato. Nessun bene può giustificare la perdita di un'anima, nessun utile può compensarla: ecco un caposaldo che non ha riscontro nei diritti statali dove anche i più fondamentali tra i diritti dei cittadini debbono cedere a qualcosa, quanto meno alla esigenza di conservazione dello stato; dove questo può chiedere al cittadino la sua vita per la difesa militare del Paese, o può toglierla a titolo di pena. In un diritto, che ammette l'esistenza di beni assoluti, incalcolabili, insostituibili, non sacrificabili, la sicurezza dell'ordinamento giuridico non può essere considerata così come lo è in altri ordinamenti: la norma deve cedere di fronte a casi non previsti dal legislatore in cui la sua applicazione lederebbe quei beni; si rende così necessaria l'applicazione della epicheia „

(79) Cfr. gli esempi considerati dal GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Archiv. giurid.*, 1923, vol. LXXXIX, pag. 137 segg.

svolgimenti di cui sono capaci; qui noi vorremmo semplicemente accennare ad alcuni tratti caratteristici dell'ordinamento canonistico, ad alcuni motivi, cioè, che costituiscono il fondamento comune, la quintessenza, per così dire, delle creazioni canonistiche, riguardate nella continuità del loro storico svolgimento.

Le massime evangeliche “fa agli altri quello che vorresti fosse fatto a te”, “non fare agli altri quello che non vorresti fosse fatto a te”, (80), sono assunte da Graziano a fondamento e contenuto dello *ius naturale*: “*ius naturale est quod in Lege et Evangelio continetur, quod quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri, et prohibetur alii inferre quod sibi nolit fieri; unde Christus in Evangeliiis: Omnia quaecumque vultis ut faciant vobis homines, et vos eadem facite illis. Haec enim est lex prophetarum*” (81). In ogni dottrina del diritto naturale queste massime fondamentali sono implicite e da esse derivano, corollarii immediati o manifestazioni varie, numerosi altri principî, tutti riconducibili sotto la comune categoria dello *ius naturale* e tutti sostanzialmente penetrati nella legislazione canonica.

Non è possibile elencare ed analizzare, nei limiti di questo studio, codesti principî. Basterà dire che essi corrispondono ad altrettante manifestazioni di quella concezione generale del diritto, peculiare della dottrina, della legislazione e della prassi canonistiche,

(80) In più luoghi delle Sacre Scritture si trovano espresse tali massime, e nella formula positiva e in quella negativa: TOB., IV, 16: “Quod ab alio oderis fieri tibi, vide ne tu aliquando alteri facias”; MATTH. VII, 12: “Omnia ergo quaecumque vultis ut faciant vobis homines, et vos facite illis. Haec est enim lex et prophetarum”; LUC., VI, 31: “Et prout vultis ut faciant vobis homines, et vos facite illis similiter”. Non sarà fuor di luogo notare, sia pure di scorcio, che il THOMASIVS, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, lib. I, cap. VI, nn. XL-XLII, riassume le obbligazioni morali nella formula positiva “Fate agli altri quello che vorreste fosse fatto a voi”, e le obbligazioni giuridiche nella formula negativa “Non fate agli altri quello che non vorreste fosse fatto a voi”; e ricordare anche che nell’art. I della Dichiarazione dei doveri dell’uomo e del cittadino si ritrova la massima cristiana nelle due formule, positiva e negativa: “Tous les devoirs de l’homme et du citoyen sont dérivés de deux principes gravés par la nature dans tous les coeurs: “Ne faites pas à autrui ce que vous ne voulez pas que les hommes vous fassent”; “Faites costamment aux autres le bien que vous voulez recevoir d’eux”.

(81) DECRETUM, pars I, Dist. I. Sulla distinzione dello *ius naturale* in mandata, prohibitiones e demonstrationes, cfr. la *Summa* di MAGISTER RUFINUS, al c. I., D. I., ed. Singer, Paderborn, 1902, pag. 6.

concezione che si distingue da quella laica per segni inconfondibili, in quanto, laddove il giurista romanisticamente educato applica spesso il concetto che la mala fede, la frode, il delitto debbano giovare in modo qualsiasi ad alcuno, sia pure all'offeso e sempre considera come indebita l'invasione dell'etica nel campo del diritto, il canonista non soltanto considera contrario alla morale cristiana il trarre comunque qualche giovamento dalla mala fede, dalla frode e dal delitto, ma, in omaggio a tale morale, è naturalmente portato a combattere, ad es., l'interesse del denaro, la costituzione in mora, a favorire cioè, con ogni espediente, il debitore contro il creditore (82), il negligente contro il diligente, di guisa che "il prudens, il peritus, il diligens, prediletto dal diritto romano, è sacrificato senza più allo stultus, all'ignarus, al negligens, purchè immune da peccato.", (83), infine a proteggere il debole, secondo i principî della carità cristiana.

E da questa infiltrazione di criteri moralistici nel campo giuridico seguono nuovi concetti circa l'attribuzione del mio e del tuo, l'indebito arricchimento, la concezione stessa del commercio: altrettante determinazioni giuridiche, queste, autonome ed indipendenti dalle corrispondenti categorie civilistiche, spesso antitetiche ai criteri della logica giuridica. A voler dare una dimostrazione di tutto ciò, bisognerebbe estendere troppo i limiti di queste note; e noi già poc'anzi abbiamo rinunciato sia pure a delibare questi gravi argomenti, la cui importanza per conoscere il diritto della Chiesa non è stata forse troppo tenuta presente.

Ci accontentiamo dunque di spigolare qua e là. Così, nel campo dei diritti di credito, domina l'obbligazione nascente da nudo patto, (84) che trova il suo fondamento nelle parole bibliche del

(82) Gfr., per qualche cenno, suscettibile peraltro di molti sviluppi, RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione*, Torino, 1892, pag. 55; RICCOBONO, *Cristianesimo e diritto romano*, in Riv. di dir. civ., 1911, pag. 64; ID., *Corso di diritto romano*, 1834-35 *Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, pag. 418.

(83) Con queste parole il RUFFINI chiude il suo suggestivo saggio storico sulla teoria della buona fede nel diritto della Chiesa, citato nella nota precedente.

(84) Preziose illustrazioni ha fornito, su questo punto, il RUFFINI, *op. cit.*, pag. 163 sgg.; su questo tema, vedansi anche, oltre gli scritti del SEUFFERT e del KARSTEN, citati dal Ruffini, *op. cit. loc. cit.*, nota (3), SICILIANO-VILLANUEVA, *Leggi e canoni in materia di diritto privato*, in Studi in onore di V. Scialoja, Milano, 1905, vol II, pag. 421 sg.; SPIES, *De l'observation des simples conventiones en droit*

profeta: " quae procedunt de labiis meis non faciam irrita ., (85); e, ancora: " Quod autem semel egressum est de labiis tuis, observabis et facies sicut promisisti Domino deo tuo et propria voluntate et ore tuo locutus est ., (86); e, parallelamente, la non obbligatorietà dei patti (in senso lato), la cui osservanza, o originariamente o per circostanze sopraggiunte, comprometta la salvezza dell'anima (87). Le medesime cose valgono per quanto riguarda il giuramento (88). Altri temi importanti del diritto obbligatorio sono: la responsabilità generale per fatto illecito e il concetto dell'atto illecito (89), il concetto di colpa giuridica e di colpa morale, la teoria delle obbligazioni naturali (90), in relazione alla cosiddetta denunciatio evangelica (91); e nel campo più strettamente contrattuale, l'istituto della lesione e la repressione dell'usura (92). Nell'ambito della proprietà e

canonique, Paris, 1928; ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit de l'Eglise*, Paris, 1933, ROBERTI, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*, in Cristianesimo e diritto romano, Milano, 1935.

(85) DAVID, S. 88, v. 35.

(86) Deut., c. 23, v. 23.

(87) Cfr. c. 8, X, I, 35.

(88) Cfr. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, Romae, 1831, lib. II, tit. XXIV, pag. 403, n. 119 sgg.

(89) Per qualche cenno, cfr. RORONDI G., *Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 cod. civ.*, estr. dalla Riv. di dir. commerc. e del dir. delle obbligazioni, anno XIV, 1916, pagg. 51, 81.

(90) Per quanto riguarda i concetti di colpa, obbligazione naturale, come pure di buona fede, forse lo hiatus tra il diritto statale diverrà col tempo meno profondo, man mano che proseguirà l'evoluzione di questi concetti, che un insigne civilista ha voluto chiamare misti, cioè di diritto positivo e naturale combinati insieme (cfr. BRUGI, *I principi generali del diritto e il diritto naturale*, in Archiv. giurid.; 1923, vol. XC, pag. 166, nel quale studio, tra l'altro, si afferma, in generale, l'impossibilità di mantenere in tutto il suo rigore il concetto dell'atto illecito, come violazione di norme puramente giuridiche, e si insiste, sia pure in modo vago e larvato, su idee che bastano a far fede della tendenza poc'anzi accennata).

(91) Cfr. ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria primae partis in secundum Decretalium librum*, Venetiis, 1582, Commento al c. 13 Novit ille, X, De iudiciis, fol. 34, n. 1 sgg.; Ved. ROUSSIER, *op. cit.*, pag. 157 sgg.

(92) Cfr. PIRHING, *Jus canonicum*, Venetiis 1759, lib. III, tit. XVII, §§ V-VI; ZANCHI, *Tractatus de laesione*, Romae, 1771, soprattutto pars I, cap. II; nn. 145-146; MEYNIAL, *Quelques notes sur l'histoire de la rescission pour lésion des contrats*, in Studi in onore di V. Scialoja, Milano, 1905, vol. II, pag. 339 sgg.; LEOTARDO, *De usuris et contractibus usurariis coercendis*, Lugduni, 1662; HENDEMANN,

dei diritti reali, la tanto dibattuta questione degli atti di emulazione e, in genere, del cosiddetto abuso del diritto (93) nonchè l'importantissima teoria canonistica della buona fede in materia di prescrizione (94). Nei diritti di famiglia, la finissima elaborazione dei contraria voluntati, in materia matrimoniale, rappresenta una delle più tipiche affermazioni dello ius naturale, oltrechè dei principi dogmatici dominanti il contratto - sacramento (95). Nel campo del diritto successorio, ricorderemo la responsabilità dell'erede per il delitto del defunto e la validità dei patti successori (96). Nel diritto processuale, basterà richiamare la singolarità del sistema probatorio (97) e il privilegio delle cause matrimoniali in ordine alla cosa giudicata (98). Nel campo del diritto penale, infine, basti accennare alla mancanza, nel diritto della Chiesa, del principio "nulla poena sine lege", così com'è inteso negli Stati moderni, cioè come espressione del concetto di garanzia della libertà dei soggetti di diritto contro gli organi dotati di potere giuridico (99).

Studien in der romanisch-Kanonistischen Wirthschafts und Rechtslehre bis gegen Ende des siebzehnten Jahrhunderts, Berlin, 1874, vol. I, cap. I, pag. 9 sgg.; SALVIOLI, *La dottrina dell'usura secondo i canonisti e i civilisti italiani dei secoli XIII-XIV*, in *Studi giur.* in onore di C. Fadda, Napoli, 1906, II, pag. 253 sgg.

(93) Appena un cenno in SCIALOJA, *Studi giuridici*, vol. III, pag. 225; in RICCOBONO, *Corso*, cit., loc. cit.; cfr. anche ROTONDI, *L'abuso del diritto*, estr. dalla Riv. di dir. civ., 1923, pag. 84.

(94) Fondamentale, su questo tema, lo studio citato del RUFFINI.

(95) Ved. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1929, vol. I, pag. 334 sgg.; ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in Riv. ital. per le scienze giuridiche, 1927, pag. 489.

(96) Cfr. SALVIOLI, *La responsabilità dell'erede pei delitti del defunto*, in Riv. it. per le scienze giuridiche, II, 1886, pag. 177 sgg.

(97) Ci riferiamo soprattutto al processo matrimoniale, rispetto al quale più evidenti si manifestano le caratteristiche del diritto processuale della Chiesa; su tali caratteristiche, limitatamente alla materia matrimoniale, ha richiamato l'attenzione da ultimo, lo JEMOLO, in *Osservazioni e proposte sul progetto del libro primo* edite dal Ministero di grazia e giustizia, Roma, 1933, vol. II, pag. 300 sgg.

(98) Sulle ragioni che giustificano questo privilegio, cfr. FEDELE, *Osservazioni su una nota alla sentenza Aegypti 20 giugno 1922 coram Prior della S. Romana Rota*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1936, pag. 75 sgg.

(99) Basti ricordare il can. 2222 § 1 C. J. C. che suona: "Licet lex nullam sanctionem appositam habeat, legitimus tamen Superior potest illius transgressionem, etiam sine praevia poenae comminatione, aliqua iusta poena punire, si scandalum

Questa sommaria rassegna (con la quale, come già abbiamo avvertito, non si è certo inteso neppur di delibare i complessi temi che in ben più ampia e ordinata trattazione potrebbero trovare e troveranno presto, per parte nostra, il loro completo svolgimento) è sufficiente forse a mostrare l'unitarietà e l'omogeneità del sistema canonistico (100). Perocchè, tutti i motivi, che più sopra abbiamo rapidamente considerati in tutte le branche del diritto - e non sono che una minoranza di fronte alle manifestazioni diverse di un unico motivo, - dal primo all'ultimo, non solo ci rappresentano i principi fondamentali del diritto della Chiesa, storico e vigente, ma esprimono anche una forza immanente, ond'essi si atteggiavano non a categorie

forte datum aut specialis transgressionis gravitas id ferat...»; sulla quale disposizione, si sono dibattute tra i canonisti vivaci dispute (vedile riassunte in ROBERTI, *De delictis et poenis*, Romae, s. a., vol. I, pars. I, pag. 70 sgg.); ma, la si interpreti come la si vuole, una cosa è certa, che cioè essa trova il suo fondamento nelle finalità supreme della Chiesa (su queste finalità, in relazione al diritto penale ecclesiastico, cfr. HINSCHIUS, *Das Kirchenrecht der katholischen und Protestanten*, Berlin, 1895, pag. 895 sgg.), poichè essa rientra in tutte quelle peculiarità del diritto penale ecclesiastico "riconducibili - per usare le espressioni sintetiche ed efficaci dello JEMOLO, *Peculiarità del diritto penale ecclesiastico*, in Studi in onore di F. Cammeo, Padova, 1933, vol. I, pag. 732 sgg. - alla circostanza che il diritto della Chiesa è un diritto il quale persegue dei beni supremi: meglio quel bene della salvezza delle anime, che per il credente si distacca in modo fondamentale, per il suo valore incommensurabile, da ogni altro bene, non consentendo deroghe di sorta, in alcun caso, per alcun'altra finalità, a tutte le direttive atte a realizzarlo „. Notevole e da ricordare, è la considerazione dello Jemolo, *loc. cit.*, pag. 733, che, pur conservando sempre il diritto penale ecclesiastico delle caratteristiche sue peculiari, che lo distingueranno da quello degli Stati, non sembri tuttavia impossibile che nell'ora storica in cui siamo il distacco possa tendere a divenire meno ingente. Tendenza analoga a quella da noi rilevata nel campo privatistico per i cosiddetti concetti misti di diritto positivo e di diritto naturale (ved. nota 90) Del principio "Nullum crimen sine proevia lege poenali „, in relazione al diritto penale canonico, ci occuperemo in un prossimo studio, nel quale avremo occasione di esprimere i nostri dispareri su un recente lavoro in materia (GIACCHI, in *Studi in onore di F. Scaduto*, Firenze, 1936, vol. I, pag. 433 sgg.).

(100) Unitarietà ed omogeneità che si ricollegano al carattere di universalità del diritto canonico, ma che non importano certamente uniformità o unicità, poichè - come scrive il DEL GIUDICE, *Per lo studio del diritto canonico nelle Università italiane*, in studi in onore di F. Scaduto, cit., vol. I, pag. 233 - "omogeneità e varietà, centralità e autonomia, autorità e libertà locali (afferminate nel diritto particolare, in consuetudini e privilegi) sono forze che nell'ordine canonico armonicamente si contemperano in come nessun altro ordine giuridico „.

logiche, ma a dichiarazioni di un'idea eterna, ultraterrena. Quella forza e questa idea promanano da considerazioni che restano estranee a qualsiasi ordinamento giuridico secolare. Considerazioni facienti capo allo *ius divinum* ed al tema della salvezza dell'anima, che premono sulla struttura dei rapporti e dei fenomeni giuridici, costringendoli a modificarsi ed evolversi secondo immutabili principî etici e dommatici.

Ora, i precetti dello *ius naturale* si sostanziano appunto in codesti principî, i quali, pertanto, sono tutt'una cosa coi principî generali del diritto canonico. Da essi non può l'interprete prescindere anche nella interpretazione ed applicazione delle singole disposizioni positive, nelle quali essi sono trasfusi, giacchè solo in grazia di quelli è possibile intendere appieno il significato di numerose particolari disposizioni di legge.

Quando poi codeste disposizioni facciano difetto, il ricorso a quei principî diventa per l'interprete una assoluta necessità. Ed è appunto di questa necessità che il legislatore ecclesiastico ha voluto render solenne testimonianza, quando ha richiamato i "*generalia iuris principia*„ ed in essi ha riconosciuti i mezzi supremi per supplire al suo silenzio nel prevedere o nel regolare determinati rapporti. Che se poi la concreta struttura di questi rapporti variesse, in relazione a particolari circostanze o contingenze, in modo da rendere impossibile la pura e semplice applicazione di quei principî, ecco intervenire il concetto di *aequitas*, espressamente richiamata dal legislatore, accanto ad essi, con la sua funzione caratteristica di adeguare i precetti dello *ius naturale* alla concreta molteplicità di tutti i possibili casi.

12. La differenza della nostra interpretazione dalle altre si delinea ora in modo netto. Non le *regulae iuris* del *Corpus iuris civilis* o del *Corpus iuris canonici*, non le regole dottrinali, non i principî comuni all'uno ed all'altro diritto, non i principî del diritto romano, non, infine, la generalizzazione crescente delle norme particolari, secondo i criteri della cosiddetta *analogia iuris*, ma l'applicazione diretta dei precetti dello *ius naturale* secondo i criteri della *aequitas canonica*: questo, e non altro, vuol significare la formula del can. 20.

Tale affermazione sarebbe, forse, men che legittima, se noi, per sostenerla, si fosse costretti a ricorrere - come i fautori del ricorso

al diritto naturale nell'ordinamento civile - a un complesso di esigenze ideali, indipendenti da qualsiasi affermazione storica, da qualsiasi applicazione nell'esperienza, da qualsiasi riconoscimento positivo, variabili, secondo una vecchia ma sempre vera osservazione, quanto le teste dei filosofi, non applicabili se per avventura contrastino con determinate disposizioni positive, prive di ogni mezzo per essere adeguate a regolare la moltitudine dei casi occorrenti. Ma, rispetto all'ordinamento canonico, tutte queste considerazioni, le quali rappresentano altrettante gravi obiezioni mosse contro il ricorso al diritto naturale nel campo civilistico, non trovano posto: il formale richiamo del diritto naturale, da parte del legislatore, è contenuto, come sappiamo, nel can. 6, n. 6, onde il diritto naturale, oltre ad avere una affermazione storica, ha anche un riconoscimento positivo ed è un vero diritto vigente (101); la determinazione del concetto del diritto naturale è sicura, precisa e pienamente rispondente alla famosa definizione di Graziano, riguardata nei suoi sviluppi, attraverso le scuole canonistiche e teologiche, onde unica e fissa è l'idea dello *ius naturale*; all'applicazione del diritto naturale non può fare ostacolo un eventuale contrasto con la legislazione positiva, per la perentoria ragione che questa, in tanto è valida, in quanto è conforme ai dettami del diritto naturale, onde è eliminata la difficoltà di determinare fino a qual punto il diritto

(101) Il diritto naturale non è un *quid* esistente al di fuori del diritto positivo. Pertanto, non è necessario alcun mezzo perchè i principi di diritto naturale assumano il carattere di principi di diritto positivo. Quello che un nostro civilista il (PACCHIONI, in *Archiv. giurid.*, cit. pag. 140) ha chiamato "il battesimo della giurisprudenza", onde il giudice, in tanto potrebbe applicare un principio, secondo la sua opinione, di diritto naturale, in quanto questa sua opinione abbia il conforto della giurisprudenza, in quanto cioè sia in qualche modo giustificata e fondata con elementi desunti dalla giurisprudenza, intesa questa in senso ampio come scienza giuridica, non può aver luogo nell'ordinamento canonico, per due ordini di considerazioni: in primo luogo, perchè è reso inutile dal fatto che i principi di diritto naturale costituiscono vero diritto vigente che l'interprete ha il delicato compito di adattare, servendosi dei criteri forniti dalla *aequitas canonica*, in confronto alle varie particolarità dei singoli casi concreti; in secondo luogo, perchè la giurisprudenza o la cosiddetta scienza giuridica, che in sè riassume la prassi e la dottrina, costituiscono, ai sensi del can. 20 C. J. C., altre fonti formali del diritto autonome ed indipendenti dagli altri mezzi contemplati da questo canone.

positivo abbia accolto i principî del diritto naturale (102); finalmente, esiste un mezzo per adeguare i superiori ed astratti precetti del diritto naturale alla concreta e mutevole molteplicità di tutti i casi possibili, e questo mezzo consiste nella *aequitas canonica*, la quale serve appunto, secondo la mirabile concezione del Suarez, a realizzare l'adeguamento della legge naturale a tutti i possibili mutamenti della materia, che essa deve regolare, onde la legge naturale muta extrinsece tantum, ch  intrinsece e secundum se resta necessariamente immutabile.

Su quest'ultimo punto occorre aggiungere qualche chiarimento.

Gi  abbiamo avuto occasione di rilevare che il richiamo generico alla *aequitas canonica*, contenuto nel can. 20, non si pone, di fronte ai "generalia iuris principia", n  in un rapporto d'antitesi n  in un rapporto di identit , ma si pone in un rapporto di genere a specie, se cos    lecito esprimersi. I due concetti, insomma, esprimono la relazione tra quanto v'ha di pi  astratto, nel complesso di un ordinamento giuridico, e quanto v'ha di pi  concreto, sicch , rispetto ad essi, non si pu  parlare n  di subordinazione n  di conflitto. Si potr  dire soltanto che, in grazia della loro funzione concorrente, si attua la completezza dell'ordinamento giuridico positivo. Perocch , il concetto generale di equit  si esplica non soltanto subordinatamente alle norme esistenti, ma anche nel senso di operare, in difetto di una norma positiva, l'addattamento concreto delle supreme direttive dettate dallo *ius naturale*, in confronto delle molteplici e mutevoli particolarit  dei singoli casi, quanto dire la perfetta corrispondenza di quelle supreme direttive con tutte le singole fattispecie.

Ora, la realizzazione di questo contatto tra la generalit  e la astrattezza dei precetti immutabili ed eterni dello *ius naturale* e gli innumerevoli dati della empiria, che nella loro concretezza conti-

(102)   nell'essenza stessa del diritto della Chiesa l'impossibilit  di qualsiasi antinomia tra il diritto positivo e i principî del diritto naturale; "il diritto divino, naturale e positivo (cos  il FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, Padova, 1933, vol. I, pag. 33) ha valore assoluto,   immutabile, non pu  essere n  abrogato, n  modificato dal legislatore; sotto l'aspetto giuridico e costituzionale questo significa che la suprema autorit  ecclesiastica interpreta e dichiara quali norme sieno da considerare fondamentali e inderogabili e costituiscono un limite all'attivit  legislativa degli organi della Chiesa ...

nuamente sfuggono al comando dell'astratta e fissa legge naturale, costituisce il punto critico della tesi, che, nel diritto statale, sostiene il ricorso ai principî del diritto naturale, in quanto tutta la difficoltà sta appunto in ciò, che l'interprete non ha il mezzo per poter compiere quell'opera di adattamento tra i principî del diritto naturale e i casi che la cangiante molteplicità della vita gli sottopone. Questa difficoltà, che rende molto problematica, se non addirittura illegittima, nell'ambito degli ordinamenti civili, l'istanza di quegli scrittori, che affermano essere i principî generali di diritto tutt'una cosa coi principî di diritto naturale, nell'ordinamento giuridico ecclesiastico non esiste. E ciò non potrebbe risultare più chiaramente che da quel porre che fa il legislatore canonico, accanto ai "generalia iuris principia", il concetto generale della *aequitas canonica*, cioè a dire, da quel suo volere che, attraverso questa, l'interprete desuma da quelli il criterio giuridico rispondente alla natura del caso concreto, che l'inesauribile ed infrenabile germinare della esperienza empirica gli presenta.

PIO FEDELE

*Prof. inc. di Diritto ecclesiastico
nella Università di Urbino*

Direttore responsabile: Luigi Renzetti

Coi tipi dello Stabilimento Tipografico Editoriale Urbinato - Urbino

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
URBINO
Biblioteca Bo

Inventario: B.5.5418