

LA PORTATA DELLA FUNZIONE NOMOPOIETICA DELLA GIURISPRUDENZA ROTALE

Sommario: 1. Breve cenno sul concetto della giurisprudenza ecclesiale. – 2. Il valore e la funzione della giurisprudenza rotale *vetus*. – 3. Il valore giuridico e il problema della funzione nomopoietica della giurisprudenza rotale nella vigente legislazione.

1. Breve cenno sul concetto della giurisprudenza ecclesiale

Nell'ambito del problema generale riguardante la legittimazione e i limiti degli ordinamenti giuridici, comprensivo anche di quello dell'ordinamento canonico, continua ancora a suscitare vivo interesse, nel campo canonistico, la questione inerente alla portata della funzione nomopoietica della giurisprudenza rotale, ossia della sua funzione di fonte, o quanto meno di fattore giurisprudenziale del diritto ecclesiale. Prima di affrontare tale problema, sembra utile soffermarci sul concetto della giurisprudenza canonica o ecclesiale, di cui la giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana fa parte.

Seguendo l'indirizzo della semantica giuridica romano-canonica *de verborum significatu*¹ o *de verborum*

¹ Cf. SEXTUS POMPEIUS FESTUS, *De verborum significatu quae supersunt cum pauli epitome*, ed. W.M. Lindsay, Hildesheim 1965, Praefatio, XI.

*significatione*², rispetto al termine polisemo della “*iurisprudentia*”, si deve constatare che esso nella legislazione ecclesiale vigente³, non conserva il suo significato originale acquisito dall’esperienza giuridica romana come l’arte o scienza del diritto (*scientia iuris*)⁴.

Infatti nella vigente normativa canonica il significato della giurisprudenza si conforma al concetto moderno di essa. Tale significato presente nei sistemi giuridici attuali aperti (*case law method*) e chiusi (codificazioni civili)⁵, denota «l’attività dei tribunali nel loro *ius di-*

² Cf. D. 50, 16: “*De verborum significatione*”; VI° 5, 12: “*De verborum significatione*”.

³ Cf. can. 19 CIC: «*iurisprudentia Curiae Romanae*»; can. 1501 CCEO: «*iurisprudentia ecclesiastica*»; art. 126 della cost. ap. *Pastor bonus*: «*unitati iurisprudentiae*» (AAS 80 [1988] 892); artt. 35 §3; 216 §2 dell’Istr. *Dignitas connubii*: «*iurisprudentia Rotae Romanae*»; artt. 9 §2; 36, n. 1 delle *Normae Romanae Rotae Tribunalis* (=NRRT, AAS 86 [1994] 512, 518): «*iurisprudentia rotalis*»; art. 111 §§1, 3 della Lex propria Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae (AAS 100 [2008] 535-536: «*recta iurisprudentia*»).

⁴ Cf. S. RICCOBONO, *Profilo storico del diritto privato romano*, Palermo 1977, 93. La definizione della giurisprudenza, tramandata da Ulpiano: «*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*» (*I Reg.*; D. 1, 1, 10, 2; cf. Inst. 1, 1), nella prima parte, riferendosi all’età antichissima, indica la fusione del diritto divino e umano (*fas* e *ius*), nella seconda, invece, ha il significato specifico e tecnico di scienza del diritto (*scientia iuris*). Secondo alcuni «essa è assolutamente priva di valore, particolarmente come caratterizzazione della giurisprudenza romana». F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, tr. it., Firenze 1968, 242. Sulla paternità ulpianea della definizione cf. G. NOCERA, “*Iurisprudentia*”. *Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma 1973, 9; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 1989, 141.

⁵ M.J. GARCIA GARRIDO, *Diritto privato romano* (tr. it.), Padova 1996, 42.

cere, o le decisioni che ne risultano o gli stessi tribunali come soggetti di quell'attività»⁶, e ciò in base alla funzione pubblica che svolgono i giudici dotati di giurisdizione e di speciale preparazione giuridica per decidere le contese e le cause deferite al loro giudizio⁷.

D'altra parte la *iurisprudentia ecclesiastica* o *canonica* così intesa diverge da un altro significato della *giurisprudenza* secolare o civile, adoperato in *un senso generico*, nell'ambito della teoria generale del diritto, in cui designa non solo «l'attività di chiunque si occupi di diritto in modo continuo e professionale», cioè dei giuristi intesi nel senso più largo, come delle persone «dotate di conoscenze specializzate e comunque impegnate specificamente a trattare con il diritto», ma anche «il prodotto di questa attività» che consiste nell'insieme dei diversi tipi di discorsi *sul diritto*, differenziati ovviamente dai discorsi *del diritto*⁸.

Invece, il significato della *giurisprudenza canonica* coincide con quello della *giurisprudenza secolare*, adoperato in un *senso specifico* o più ristretto, e cioè per designare – come si è fatto cenno poc'anzi – l'attività dei giudici nell'applicazione del diritto, ossia la *giurisprudenza giudiziaria* prodotta da questi magi-

⁶ G. GORLA, «Giurisprudenza», in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milano 1970, 490; ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, 263. Sulla recezione di questo concetto della giurisprudenza nel campo canonistico cf. P.A. BONNET, «Giurisprudenza: II) Giurisprudenza canonica», in *Enciclopedia Giuridica*, XV, Roma 1988, 1; G.P. MONTINI, «La giurisprudenza dei Tribunali Apostolici e dei Tribunali delle Chiese particolari», in *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano 1996, 122.

⁷ M.J. GARCIA GARRIDO, *Diritto privato romano* (cf. nt. 5), 42.

⁸ M. JORI – A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino 1988, 103.

strati giudicanti, la quale non è meramente conoscitiva come la *giurisprudenza dottrinale* o accademica, elaborata da quegli esperti studiosi di diritto, che non rivestono particolare autorità istituzionale giuridica⁹.

In questa accezione, quindi, si è soliti definire “giurisprudenza” le decisioni dei giudici e dei tribunali, ma soprattutto le sentenze definitive dei tribunali che giudicano in appello le sentenze dei giudici e dei tribunali inferiori¹⁰.

Per questo motivo, nell’esposizione dell’argomento riguardante la funzione normativa della giurisprudenza rotale, si prescinde dalle ulteriori partizioni del diritto giurisprudenziale di carattere dottrinale, e in modo particolare dalla giurisprudenza topica o retorica e dalla giurisprudenza degli interessi e dei valori¹¹.

⁹ M. JORI – A. PINTORE, *Manuale* (cf. nt. 8), 104. Cf. L. LOMBARDI VALLAURI, «Giurisprudenza: I) Teoria generale», in *Enciclopedia Giuridica*, XV, Roma 1988, 1: «Giurisprudenza designa in questa voce (la giurisprudenza come *scienza giuridica pratica*) i giuristi, gli esperti di diritto: siano essi legislatori, amministratori pubblici o privati, giudici, avvocati, notai, consulenti, docenti, scrittori, operatori qualificati».

Contro il concetto di giurisprudenza come scienza pratica cf. E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova 1984, 12-13: «Meno pertinente sembra l’asserzione che si tratti di una “scienza pratica” [...], giacché tutte le scienze sono “pratiche”, cioè strumentali rispetto alla prassi. [...] Per la parte in cui è scienza, la “giurisprudenza” si può ascrivere, volendo, al novero delle c.d. *scienze sociali* (che a loro volta costituiscono parte preponderante delle “scienze umane”, quand’anche non le esauriscono): purché si convenga ch’esse, non meno delle altre, si connotano quali “scienze pratiche”, nel senso, appena chiarito, che non si limitano al sapere, ma pervengono, suo tramite, all’operare».

¹⁰ M.J. GARCIA GARRIDO, *Diritto privato romano* (cf. nt. 5), 42.

¹¹ Cf. H.M. PAWLOWSKI, *Introduzione alla metodologia giuridica*, tr. it., Milano 1993, 67-154.

Anche se la dottrina canonistica con il termine di giurisprudenza designa solitamente la funzione giusdicente propria dei giudici, considerata *soggettivamente* «come apparato organicamente articolato per l'espletamento della funzione giudiziaria della Chiesa», e *oggettivamente* come le stesse definizioni o decisioni giudiziali delle controversie emanate dai tribunali ecclesiastici in materia della quale la Chiesa ha il diritto di conoscere¹², la portata della funzione nomopoietica della giurisprudenza rotale può essere valutata adeguatamente soltanto a partire dal suo aspetto oggettivo, ossia decisionale. Infatti, la giurisprudenza viene formata soltanto da una serie o da un'insieme¹³ di decisioni conformi o concordanti in determinata materia giuridica¹⁴. Pertanto, in

¹² Cf. Z. VARALTA, «De iurisprudentiae conceptu», *Periodica* 62 (1973) 40; P.A. BONNET, «Giurisprudenza» (cf. nt. 6), 1; V. DE PAOLIS, «La giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana e i Tribunali locali», *Quaderni dello Studio Rotale* 18 (2008) 142.

¹³ In tal senso cf. GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 26 gennaio 1984, *AAS* 76 (1984) 647, n. 6: «la forza interpretativa della *giurisprudenza*, cioè di *quell'insieme* delle sentenze concordanti».

Nella dottrina canonistica si parla anche di «quell'insieme di sentenze» (cf. J. LLOBELL, «Perfettibilità e sicurezza della norma canonica. Cenni sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana nelle cause matrimoniali», in *Ius in vita et in missione Ecclesiae. Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati*, Città del Vaticano 1994, 1247), come anche del «complesso delle decisioni conformi o uniformi» (cf. Z. VARALTA, «De iurisprudentiae conceptu» [cf. nt. 12], 40; V. DE PAOLIS, «La giurisprudenza» [cf. nt. 12], 141).

¹⁴ Sull'equivalenza dei termini: il giudicato – la giurisprudenza – il precedente cf. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli 1958, 267: «L'aspetto storico del *giudicato* è quello che si suol chiamare il valore *della giurisprudenza* o anche, secondo il

modo concreto, si tratta delle sentenze (can. 1607) e dei decreti decisori (can. 1617), emanati dal Tribunale della Rota Romana, che rappresentano ed esprimono la sua giurisprudenza sostanziale e processuale. Inoltre, queste pronunce giudiziali della Rota vengono pubblicate in modo ufficiale, ossia «*cura eiusdem Apostolici Tribunalis*»¹⁵, sotto la binomiale denominazione sinonimica delle «*decisiones seu sententiae*».

Con il suddetto accostamento di questi due termini si è voluto riaffermare l'identità istituzionale della Sacra Romana Rota, ricostituita da San Pio X con la Cost. *Sapienti consilio* del 29 giugno 1908¹⁶, con la Sacra Romana Rota *antiquior* o *vetus*, per cui le sue *sententiae*

modo di dire dei pratici il valore *del precedente*».

Nel campo canonistico sul concetto del precedente come la funzione propria della giurisprudenza cf. E. BAURA, «Riflessioni sul valore canonico della giurisprudenza», in J. KOWAL – J. LLOBELL (ed.), «*Iustitia et iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, III, Città dal Vaticano 2010, 1391.

¹⁵ M. LEGA, «Praefatio», in *S. Romanae Rotae decisiones seu sententiae quae [...] prodierunt anno 1909 cura eiusdem S. Tribunalis editae*, I, Romae 1912, V: «Magnopere vero opportunum visum est, ut hae in vulgum prodirent non industria privati cuiusdam doctoris, sed auctoritate eiusdem s. Tribunalis: et hoc praesertim quia ex nova eiusdem ordinatione, decisiones rotales diversam sortitae sunt formam, seu rationem (id est prout iudiciales sententiae), pro diverso processu iudiciali in earumdem prolatione servandae».

¹⁶ Pio X, Cost. Ap. *Sapienti consilio*, 29 giugno 1908, *AAS* 1 (1909) 15, II, 2°. Cf. A. JULLIEN, «Il beato Pio X e i tribunali della Segnatura Apostolica e della S. R. Rota», in *Romana Curia a beato Pio X sapienti consilio reformata*, Romae 1951, 157-163. Cf. anche S. KILLERMANN, «Die Rota Romana und ihre Rechtsprechung zu Beginn des neuen Jahrtausends», *De processibus matrimonialibus* 14 (2007) 27-74.

vengono considerate come la continuazione della stessa «series, parvo tempore interrupta» (1870-1908), cioè delle *decisiones veteres*, le quali – come scrisse il Card. Lega – «*Nostro Tribunali tantam laudem ubique gentium compararunt*»¹⁷, conseguendo perfino per la valenza giuridica delle loro argomentazioni «*tantam famam et laudem civili quoque in foro*»¹⁸.

Tuttavia, si deve tener presente che le *decisiones* della Rota Romana *antiquior* non erano le sentenze, ma le conclusioni motivate degli uditori, di carattere extragiudiziale, esposte in modo riassuntivo dal ponente (*decisiones coram*), sebbene preparate dal suo adiutore (segreto) *a studiis*¹⁹, e comunicate alle parti processuali per consen-

¹⁷ M. LEGA, «Praefatio» (cf. nt. 15), LIII: «Quare religiose servanda erat haec continuatio, etiam nomine tenus, in decisionibus Nostri Trib. quae *iurisprudentiam rotalem* constituunt et proseguuntur in nostram aetatem; unde hodierni Auditores veteres Auditores suspiciunt et reverentur, quasi suos Parentes et Magistros, quo fit ut tanta dignitas N. Ordinis accedat». Invece i decreti rotali vengono pubblicati dal 1983 sotto il titolo *Decreta*, sebbene nella prefazione al primo volume si legge: «Quam ob rem *decisiones seu decreta*, quae incidentales, praeiudiciales praeliminaresque definiunt quaestiones ad ius processuale tantum spectantes, quamvis magni ponderis iurisprudentiam de ritu amplectantur [...]» – *Decreta selecta inter ea quae anno 1983 prodierunt cura eiusdem Apostolici Tribunalis edita*, I, Romae 1996, III.

¹⁸ M. LEGA, «Praefatio» (cf. nt. 15), V.

¹⁹ Cf. E. CERCHIARI, *Capellani papae et apostolicae sedis auditores causarum sacri palatii apostolici seu Sacra Romana Rota ab origine ad diem usque 20 septembris 1870*, I, Romae 1921, 239. Cf. l'art. 7 §1 delle Norme della Sacra Romana Rota del 1934: «Quilibet Auditor potest sibi eligere duos suo studio adiectos, quos dicunt *secretos*, Decanus tres»; §2: «Ex his, accedente consensu Rotalis Collegii, potest unus adsumi in adiutorem, qui appellabitur *Secretus ab officio*, et erit ad nutum Auditoris amovibilis».

tire ad esse di produrre controdeduzioni, prima della pronuncia della sentenza²⁰.

Per attualizzare l'aspetto oggettivo della giurisprudenza rotale, insita nelle pronunce giudiziali della Rota Romana (*sententiae, decreta*), giova ricordare il noto testo dell'art. 35 §§2-3 dell'Istruzione *Dignitas connubii*, che trasforma il dovere deontologico dei giudici, dei difensori del vincolo e dei promotori di giustizia, nell'obbligo giuridico²¹ di applicarsi allo studio più approfondito non solo del diritto matrimoniale e processuale canonico, ma anche della giurisprudenza rotale.

La richiamata norma (art. 35), nella traduzione italiana, così recita:

²⁰ Cf. A. AUGUSTINI, *Praxis Rotae* et J. EMERIX, *Tractatus seu notitia S. Romanae Rotae*, ed. Ch. Lefebvre, Tournai – Paris – Rome – New York (s.d.), 98: «Decisiones rotales non sunt sententiae, ut erronee nonnulli, praesertim extra Curiam, exsistimant, sed tantum quaedam compilatio consiliorum dd. auditorum, quae per ponentem seu relatorem panditur utrique parti litiganti ante sententiam ad hoc, ut antequam ad illius prolationem deveniatur, deducant *in facto et in iure* quidquid pro illarum confirmatione vel revocatione respective deducenda habent, ita ut multoties, re melius dilucidata, ab illis recedatur; suntque *extraiudiciales*, et fiunt ad magis investigandam veritatem». Cf. A. STANKIEWICZ, «La Rota Romana e la giustizia nella Chiesa», in *La giurisprudenza della Rota Romana sul consenso matrimoniale (1908-2008)*, Città del Vaticano 2009, 21-23.

Soltanto quando sull'istanza dell'altra parte veniva emanato «decretum: “*Expediatur*”: quo decreto, data *decisio* fiebat definitiva, nempe executiva, nisi haec per legitimam appellationem impeteretur». M. LEGA, «Praefatio» (cf. nt. 15), VI. Circa gli *specimina* delle sentenze rotali cf. E. CERCHIARI, *Capellani papae*, III, Romae 1919, 179.

²¹ Sull'obbligo della formazione dei magistrati nell'ordinamento giudiziario italiano cf. P.G. MOROSINI, «La scuola superiore della magistratura», in *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, ed. D. Carcano, Milano 2009, 433.

§2: Per svolgere con competenza l'incarico loro affidato, i giudici, i difensori del vincolo e i promotori di giustizia debbono aver cura di acquisire una conoscenza sempre più approfondita del diritto matrimoniale e processuale. §3: Essi debbono particolarmente applicarsi allo studio (*studeant oportet*) della giurisprudenza della Rota Romana (cioè delle sentenze e dei decreti), poiché questa ha il compito di provvedere all'unità della giurisprudenza e di essere di aiuto, con le proprie sentenze, ai tribunali inferiori (cf. *Pastor bonus*, art. 126)²².

Senza entrare, in questa sede, nella questione dell'unità della giurisprudenza, affidata al Tribunale Apostolico della Rota Romana, si può affermare che la formalizzazione normativa del dovere deontologico dei ministri della giustizia dei tribunali ecclesiastici di studiare la giurisprudenza rotale, è stata disposta dal Legislatore canonico non per gli scopi accademici, cioè per conseguire un diploma di specializzazione in giurisprudenza rotale, ma all'uopo forense ecclesiale, cioè per renderli idonei di adeguare ad essa il tenore delle pronunce giudiziali locali e, *si casus ferat*, anche di correggere le distorsioni della prassi locale, secondo i criteri della giurisprudenza rotale. Pertanto, l'intento di questa norma presuppone la funzione *unificatrice*²³ e, direi anche, *correttiva* della giurisprudenza rotale, e non solo *armonizzatrice*, suggerita da alcuni canonisti²⁴, nei confronti delle

²² PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, *Instructio servanda a tribunalibus dioecesanis et interdioecesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii*, 25 gennaio 2005 (traduzione italiana nell'edizione bilingue), Città del Vaticano 2005, 45.

²³ Giustamente viene sottolineata l'unità giurisprudenziale come l'esigenza della certezza del diritto. Cf. J. LLOBELL, «Perfettibilità e sicurezza» (cf. nt. 13), 1231-1258.

²⁴ Cf. M.J. ARROBA CONDE, «Nuevas normas del Tribunal

decisioni dei tribunali locali, i quali sono chiamati a compiere una funzione indispensabile, nel rendere immediatamente accessibile l'amministrazione della giustizia, e nel poter indagare e risolvere i casi nella loro concretezza talvolta legata alla cultura e alla mentalità dei popoli²⁵.

Infatti, l'attuazione di queste funzioni si rende a volte urgente dinanzi al reale «rischio che si formino, *sensim sine sensu*, “giurisprudenze locali” sempre più distanti dall'interpretazione comune delle leggi positive e persino dalla dottrina della Chiesa sul matrimonio»²⁶.

2. Il valore e la funzione della giurisprudenza rotale “vetus”²⁷

Tenuto presente che l'ordinamento canonico per il suo legame con il diritto romano e il diritto comune, nel suo *iter* storico su questa terra, si accosta ai sistemi

apostólico de la Rota Romana», in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, XII, Salamanca 1996, 364-365; C. BEGUS, *L'armonia della giurisprudenza canonica*, Roma 2002, 130; ID., «Il ruolo della giurisprudenza nell'art. 126 della Costituzione Apostolica *Pastor bonus* e nelle Allocuzioni di Giovanni Paolo II al Tribunale della Rota Romana», *Apollinaris* 76 (2003) 521-522; C. IZZI, «I ministri di giustizia in genere (artt. 33-37 DC)», in P.A. BONNET – C. GULLO (ed.), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione 'Dignitas connubii'*, II, Città del Vaticano 2007, 126.

²⁵ BENEDETTO XVI, Allocuzione alla Rota Romana, 26 gennaio 2008, *AAS* 100 (2008) 86.

²⁶ BENEDETTO XVI, Allocuzione (cf. nt. 25), 87.

²⁷ Il significato moderno del termine “iurisprudentia” viene qui adoperato nei confronti delle “decisiones coram” che non erano le sentenze giudiziali (cf. nt. 20), e perciò il loro valore giuridico veniva valutato secondo i criteri dottrinali.

giuridici europei, sarebbe interessante verificare in esso, almeno in alcune materie, l'avverarsi della costatazione di Franz Horak riguardo alla funzione normativa della prassi giurisprudenziale secondo cui:

non è vero che solo il "Case Law" anglosassone sia un diritto di giudici; anche tutti i sistemi giuridici europei sono fino a un certo punto diritti di giudici. Se nei nostri libri di testo si afferma che fonte di diritto nel vero senso della parola è solo la legge, ed eventualmente il diritto consuetudinario, questa affermazione è pura ideologia [...] Non è tanto la legge che è veramente valida, quanto piuttosto la prassi giurisprudenziale, il diritto dei giudici che in circa 100 anni si è cristallizzato intorno alla parola della legge²⁸.

Tuttavia, il riferimento storico alla *maxima auctoritas*²⁹ delle *decisiones* del Tribunale della Sacra Rota Romana *antiquior* o *vetus*³⁰, elogiato dal Prof. Ermini come «vero e solo tribunale di diritto comune dell'età mo-

²⁸ F. HORAK, «Osservazioni sulla legge, la casistica e il "Case Law" nel diritto romano e nel diritto moderno», in *Legge, giudici, giuristi. Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, Milano 1982, 80.

²⁹ J. EMERIX, *Tractatus seu notitia* (cf. nt. 20), 100, tit. XXI: «Caeterum decisionum rotalium omni tempore *maxima fuit auctoritas*», citando I. TANAGLIA, *Urbis et orbis supremi tribunalis sive de s. Rotae auditorio eiusque decisionibus opusculum*, Liburnii 1654, cap. I, n. 34.

³⁰ Cf. S. SCACCIA, *Tractatus de iudiciis causarum civilium criminalium et haereticorum*, lib. I, cap. XXVI, n. 4, Venetiis 1663, 52: «Et quod Sacra Rota Romana sit totius orbis lumen» proveniva sia dal grandissimo prestigio giuridico degli uditori «electi, et deputati per summum Pontificem ad illud, quod dicitur esse Tribunal ipsius Pontificis Vicarii Christi in terris», e che si trattava del «Tribunal magistrale, quod in definiendis litibus habet tantam auctoritatem».

derna»³¹, dimostra che sullodata grande autorevolezza fu riconosciuta non per qualche atto normativo da parte dell'autorità universale della Chiesa, ma per il suo *valore dottrinale*, cioè intrinseco, inerente alle sue *decisiones*, le quali – come si è detto poc'anzi – conseguirono «*tantam famam et laudem civili quoque in foro*»³². Per questo motivo, infatti, le *decisiones* della Sacra Rota Romana, in quanto contenenti opinioni degli uditori come giuristi, potevano essere prese in considerazione nell'accertare il diritto da parte di qualsiasi tribunale, e «nessuno fu mai di contrario avviso quando si affermò l'importanza dell'autorità degli uditori rotali come dottori»³³. In specie, però, le decisioni rotali riguardavano non solo le cause *mixti fori*, ma anche per connessione o direttamente quelle dello stato pontificio in materia temporale, per cui accanto alla “giurisprudenza canonistica”, vi era anche «una giurisprudenza altresì civilistica»³⁴.

Per queste ragioni, quindi, veniva attribuito il massimo valore giuridico alle *decisiones* della Sacra Rota

³¹ G. ERMINI, *Corso di diritto comune. I. Genesi ed evoluzione storica, elementi costitutivi, fonti*, Milano 1962, 236. Cf. anche Id., «La giurisprudenza della Rota Romana come fattore costitutivo dello “ius commune”», in C. CYA (ed.), *Studi in onore di Francesco Scaduto*, I, Firenze 1936, 283-298. Secondo la consolidata opinione, «la giurisprudenza della Rota Romana va riconosciuta fonte *primaria* del diritto comune». R. SAVIANO, *Il «Corpus Iuris Canonici» e la giurisprudenza della Rota Romana come fonti dello «Ius commune»*, Napoli 1954, 66.

³² M. LEGA, «Praefatio» (cf. nt. 15), V. Id., *Coram Lega habitae S. R. Rotae decisiones sive sententiae cum praefatione*, Romae 1926, 9. Cf. S. KILLERMANN, *Die Rota Romana. Wesen und Wirken des päpstlichen Gerichtshofes im Wandel der Zeit*, Frankfurt am Main – al. 2009, 90-92.

³³ G. ERMINI, *Corso di diritto comune* (cf. nt. 31), 237.

³⁴ G. ERMINI, «La giurisprudenza» (cf. nt. 31), 287.

Romana, che contenevano le conclusioni (opinioni) degli uditori, in quanto erano «*virī doctissimi, et excellentissimi, electi et deputati per summum Pontificem ad illud Tribunal*»³⁵. Per le stesse ragioni alcuni autori sostenevano che una «*decisio [rotalis] cum plene discusso articulo processerit, in Statu Ecclesiastico tamquam lex servanda est*»³⁶. Anzi, talvolta veniva sottolineata perfino una più ampia estensione della valenza giuridica delle *decisiones rotales* con queste significative parole: «*[...] decisiones Rotae [...] tantae auctoritatis sunt, ut habeantur pro legibus apud omnes nationes, subiectas Romano Imperio*»³⁷. Invece, per gli altri autori le decisioni della Sacra Rota avevano la prevalenza sulla *communis opinio* dei dottori³⁸, o almeno il valore della *communis opinio*³⁹, in quanto, come si era solito affermare: «*opinio Rotae facit communem opinionem*»⁴⁰.

A proposito va ricordato che la *communis opinio* aveva già di per sé una forte presunzione di giuridicità per cui doveva essere seguita dal giudice, a meno che l'opinione diversa non venisse dimostrata come evidentemente più conforme alla legge, alla consuetu-

³⁵ S. SCACCIA, *Tractatus de judiciis* (cf. nt. 30), 52 (lib. I, cap. XXVI, n. 4).

³⁶ V. PETRA, *Commentaria ad constitutiones apostolicas*, III, Romae 1708, 47.

³⁷ S. SCACCIA, *Tractatus de judiciis* (cf. nt. 30), 52.

³⁸ J. EMERIX, *Tractatus seu notitia* (cf. nt. 20), 100-101 (tit. XXI): «ita ut multi insignes iurisconsulti, quos refert suprad. Tagnaglia, cap. 3, n. 1, voluerunt eas praevalere communi opinioni».

³⁹ Cf. G. ERMINI, *Corso di diritto comune* (cf. nt. 31), 237.

⁴⁰ G. DOLEZALEK – K.W. NÖRR, «Die Rechtsprechungssammlungen der mittelalterlichen Rota», in H. COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I, *Mittelalter*, München 1973, 852.

dine⁴¹ e alla sobria e grave ragione⁴². Per questo motivo a carico del giudicante *contra communem opinionem* si ammetteva «la responsabilità nel processo di sindacato, la presunzione di *imperitia*, il *facere litem suam*, e quindi l'obbligo di risarcire la parte lesa», mentre il giudicante *secundum communem opinionem* «andava esente da responsabilità»⁴³.

È interessante sottolineare che la Rota Romana *vetus*, come afferma il Prof. Ermini,

operava per conservare alle fonti canoniche integro il carattere di diritto a tutti comune; e, di riflesso, i diversi tribunali ecclesiastici, pur avendo ognuno il proprio *stylus iudicandi*, mantenevano però, almeno entro certi limiti, *uniformità* alla loro giurisprudenza, nei limiti cioè appunto indicati dalla giurisprudenza rotale⁴⁴.

3. Il valore giuridico e il problema della funzione nomopoietica della giurisprudenza rotale nella vigente legislazione

Diversamente dalla valutazione del valore giuridico della giurisprudenza della Sacra Rota Romana *vetus* o *antiquior*, che non scendeva sotto il minimo della *communis opinio doctorum*, attualmente, nell'ampio raggio delle diverse opinioni canonistiche si ravvisano

⁴¹ Il diritto comune non riconosceva il valore dei precedenti nella misura in cui i giudicati non avessero formato la consuetudine. Cf. L. LOMBARDO, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975, 178.

⁴² L. LOMBARDO, *Saggio* (cf. nt. 41), 178.

⁴³ L. LOMBARDO, *Saggio* (cf. nt. 41), 178.

⁴⁴ G. ERMINI, *Corso di diritto comune* (cf. nt. 31), 236.

anche i tentativi di uguagliare la valenza della giurisprudenza rotale al pari grado con tutte le giurisprudenze locali formate dai tribunali inferiori, e perfino di attribuirle un valore minore. Infatti, si pretende che nell'alveo della cosiddetta armonizzazione della giurisprudenza canonica anche il Tribunale Apostolico della Rota Romana avrebbe dovuto essere pronto e disponibile ad ascoltare ed accogliere – ove siano presenti fondate motivazioni e condizioni – quanto veniva proposto dai tribunali inferiori, adattandosi in tal modo anche alle giurisprudenze locali⁴⁵.

In una prospettiva del genere viene reclamato anche il diritto dei giudici ecclesiastici dei tribunali inferiori di andare perfino contro la giurisprudenza rotale in forza della loro legittima autonomia, indipendenza⁴⁶ e libertà di valutare tutte le fattispecie dedotte in giudizio secondo la coscienza (cf. can. 1608 §3). Questi rilievi – secondo la suddetta accezione – non sarebbero incompatibili con l'esortazione del magistero pontificio rivolta a tutti i tribunali diocesani e regionali di seguire «la costante giurisprudenza rotale», in quanto «è temeraria ogni innovazione di diritto, sia sostantivo sia processuale, che non trovi alcun riscontro nella giurisprudenza o prassi dei tribunali e dicasteri della Santa Sede»⁴⁷.

⁴⁵ Cf. O. FUMAGALLI CARULLI, «Le Allocuzioni di Benedetto XVI alla Rota Romana», in J. KOWAL – J. LLOBELL (ed.), *“Iustitia et iudicium”* (cf. nt. 14), III, 1367.

⁴⁶ Sull'indipendenza e l'autonomia dei giudici ecclesiastici cf. U. NAVARRETE, «Independencia de los jueces eclesiásticos en la interpretación del derecho: formación de jurisprudencias matrimoniales locales», *Estudios Eclesiásticos* 74 (1999) 661-695.

⁴⁷ GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione alla Sacra Romana Rota, 24 gennaio 1981, *AAS* 73 (1981) 230; 232; nn. 4-5.

Tuttavia si deve tener presente che sotto il profilo del magistero pontificio

precipua appare in questo ambito la funzione specifica della Rota Romana, quale operatrice di una saggia ed univoca giurisprudenza cui debbono, come ad autorevole esemplare, adeguarsi gli altri tribunali ecclesiastici, né diverso senso avrebbe – secondo il tenore del medesimo magistero – la ormai tempestiva pubblicazione delle decisioni giudiziarie, che riguardano materia di diritto sostanziale nonché problematiche procedurali⁴⁸.

Per questo motivo la giurisprudenza rotale nella prospettiva magisteriale offre anche «un validissimo punto di riferimento dottrinale agli altri tribunali ecclesiastici»⁴⁹.

Ma il discorso sulle mansioni funzionali della giurisprudenza rotale non può non rilevare un dato normativo riguardante le lacune legislative (*lacunae iuris vel legis*). Per colmare queste lacune tra le fonti di diritto suppletivo viene indicata dal can. 19 la giurisprudenza dei Tribunali della Curia Romana (can. 19), e quindi anche la giurisprudenza della Rota (cf. can. 360 collegato con cann. 1442-1444)⁵⁰. Pertanto sulla giurisprudenza rotale può essere fondata una norma sup-

⁴⁸ GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione alla Rota Romana, 17 gennaio 1998, *AAS* 90 (1998) 783, n. 4.

⁴⁹ GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione alla Rota Romana, 21 gennaio 1991, *AAS* 91 (1999) 623, n. 2.

⁵⁰ M.F. POMPEDDA, «La funzione della giurisprudenza nel diritto matrimoniale canonico», in S. GHERRO (ed.), *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Padova 1988, 11: «Se dunque il giudice non trova nella legge la norma da applicare al caso, necessariamente egli, incombendogli il dovere di giudicarlo e definirlo, dovrà creare da se stesso la norma da applicare e svolgere così il ruolo del legislatore di fronte al caso non previsto che egli si pone:

pletiva per dirimere la causa di natura contenziosa nel foro canonico. Anzi, nelle cause di nullità del matrimonio la giurisprudenza rotale diventa la fonte suppletiva di carattere esclusivo, come ha precisato lo stesso Giovanni Paolo II, «se poi restringiamo il significato di tale espressione», relativa alla giurisprudenza della Curia Romana, «alle cause di nullità del matrimonio, appare evidente che sul piano del diritto sostantivo e cioè in merito, per giurisprudenza deve intendersi, nel caso, esclusivamente quella emanata dal Tribunale della Rota Romana»⁵¹.

Giustamente, quindi, si afferma che Giovanni Paolo II «accogliendo il magistero di anteriori Pontefici – ha portato a termine un “salto qualitativo” nella considerazione del *valore normativo* della giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana»⁵² nell’ordinaria attuazione del suo «compito interpretativo-creativo»⁵³.

Sulla valenza giuridica della giurisprudenza rotale si è pronunciato anche Benedetto XVI, ribadendo con

tutto ciò comunque secondo criteri stabiliti dall’ordinamento, così che sia evitato qualunque eccesso da parte dello stesso giudice»; *ibid.* 33: «[...] entro questo ambito non sembra potersi negare una *forza nomopoietica* alla giurisprudenza della stessa Rota Romana».

⁵¹ GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione alla Rota Romana, 23 gennaio 1992, AAS 85 (1992) 142, n. 4.

⁵² Cf. J. LLOBELL, «Perfettibilità e sicurezza» (cf. nt. 13), 1248.

⁵³ Cf. J. LLOBELL, «Perfettibilità e sicurezza» (cf. nt. 13), 1247. Secondo questa autorevole opinione «il compito giudiziario della Rota può raggiungere – se si adempiono certe condizioni – carattere normativo, diventando vincolante non solo per le parti (e la fattispecie) in causa (cf. can. 16 §3), ma anche (senza porci il problema della retroattività di questa norma) per quelle fattispecie toccanti lacune di legge sulle quali esiste quell’insieme di sentenze capace di essere qualificato come “giurisprudenza rotale” (cf. can. 19)».

chiarezza che «il valore della giurisprudenza rotale non è una questione fattuale d'ordine sociologico, ma è *d'indole giuridica* al servizio della giustizia sostanziale», per cui «sarebbe improprio ravvisare una contrapposizione fra la giurisprudenza rotale e le decisioni dei tribunali locali»⁵⁴. Per questo motivo – secondo il Pontefice – «la giurisprudenza rotale va vista come *esemplare* opera di saggezza giuridica compiuta con l'autorità del Tribunale stabilmente costituito dal Successore di Pietro per il bene di tutta la Chiesa», in virtù della quale

nelle cause di nullità matrimoniale la realtà concreta viene oggettivamente giudicata alla luce dei criteri che riaffermano costantemente la realtà del matrimonio indissolubile, aperta ad ogni uomo e ad ogni donna secondo il disegno di Dio Creatore e Salvatore⁵⁵.

Tuttavia, il valore esemplare della giurisprudenza rotale per tutti i tribunali della Chiesa, come anche il punto di riferimento⁵⁶, di guida e di orientamento⁵⁷ nell'interpretazione applicativa delle leggi ecclesiali, a causa della collocazione e del mandato della Rota Romana esplicito nell'ambito della Sede Apostolica, non esaurisce ancora le altre sue funzioni integrative e di aiuto ai tribunali inferiori attraverso le proprie sentenze⁵⁸.

⁵⁴ BENEDETTO XVI, Allocuzione alla Rota Romana, 26 gennaio 2008, *AAS* 100 (2008) 86.

⁵⁵ BENEDETTO XVI, Allocuzione (cf. nt. 54), 87.

⁵⁶ PAOLO VI, Allocuzione alla Sacra Romana Rota, 28 gennaio 1978, *AAS* 70 (1978) 185.

⁵⁷ GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione alla Sacra Romana Rota, 26 febbraio 1983, *AAS* 75 (1983) 558, n.4.

⁵⁸ GIOVANNI PAOLO II, Cost. Ap. *Pastor bonus*, art. 126 (*AAS* 80 [1988] 892): «Hoc Tribunal instantiae superioris partes apud

Anche se nella dottrina canonistica si avverte la diversificazione delle opinioni sulla questione della relazione tra la giurisprudenza, intesa in modo tradizionale come «*auctoritas rerum similiter iudicatarum*»⁵⁹, e la consuetudine o l'*usus* che svolge la funzione importante nel sistema normativo canonico, non escluso il campo giurisprudenziale⁶⁰, nondimeno per non urtare il realismo giuridico dell'esperienza giurisprudenziale non si scorge la ragione per cui non si debba riconoscere la possibilità dell'assorbimento dei dettami giurisprudenziali o delle massime di decisione nello *ius consuetudinarium*⁶¹. Infatti, per quanto riguarda la Rota Romana come tribunale collegiale⁶², essa è la persona

Apostolicam Sedem pro more in gradu appellationis agit ad iura in Ecclesia tutanda, unitati iurisprudentiae consulit et, per proprias sententias, tribunalibus inferioribus auxilio est».

⁵⁹ D. 1, 3, 38 (Callistr. 1 quaest.); cf. A. RAVÀ, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*, Milano 1954, 170.

⁶⁰ Su questo argomento cf. K. MÖRSDORF, «Die Autorität der rotalen Rechtsprechung», *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 131 (1962) 432; Z. VARALTA, «De iurisprudentiae conceptu (cf. nt. 12), 47; G.P. MONTINI, «La giurisprudenza» (cf. nt. 6), 124-125; G. ERLEBACH, «Wokół pojęcia jurysprudencji rotalnej», in *Plenitudo legis dilectio. Księga pamiątkowa dedykowana prof. dr. hab. Bronisławowi W. Zubertowi OFM z okazji 65. rocznicy urodzin*, Lublin 2000, 261; V. DE PAOLIS, «La giurisprudenza» (cf. nt. 12), 150.

⁶¹ Sulla possibilità che la giurisprudenza può diventare la consuetudine anche nel diritto vigente cf. F. COCCOPALMERIO, «La Rota Romana e la sua funzione nell'interpretazione della legge canonica», *Quaderni dello Studio Rotale* 18 (2008) 120: «Pur essendo fonte suppletoria di diritto canonico, la giurisprudenza non raggiunge la forza di legge, a meno che, diventata consuetudine, essa abbia il consenso del legislatore».

⁶² Cf. can. 1598 §1 CIC 1917: «Sacra Rota Romana, quae est tribunal collegiale constans certo Auditorum numero». Art. 1

giuridica collegiale (can. 115 §2)⁶³, capace quindi di ricevere una legge (can. 25)⁶⁴ e, di conseguenza, di formare anche una consuetudine⁶⁵. Ciò nonostante, in tal caso, quando i dettami o le massime giurisprudenziali assumono il valore della consuetudine⁶⁶, la loro forza vincolante deriva direttamente dalla stessa consuetu-

NRRT: «Rota Romana est Tribunal Apostolicae Sedis ordinarium appellationis, constans certo Iudicum seu Praelatorum Auditorum numero qui [...] *collegium constituunt*». Cf. anche artt. 2; 15 §1 NRRT; L. DE LUCA, «La figura del Collegio dei Prelati Uditori ed i rapporti con il Decano», in P.A. BONNET – C. GULLO (ed.), *Le «Normae» del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano 1997, 103-112.

⁶³ Cf. G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Parisiis – Tornaci – Romae 1955, 430 – dove tra le “personae morales collegiales” vengono indicati i «Tribunalia S.R. Rotae, Signaturae Apostolicae et S. Poenitentiariae».

⁶⁴ Il Tribunale della Rota Romana nel corso della sua storia fino ad oggi (cf. can. 1402) ha esercitato sempre la sua “capacitas recipiendae legis” – cf. S. KILLERMANN, «La legislazione propria della Rota Romana prima delle norme vigenti», in P.A. BONNET – C. GULLO (ed.), *Le «Normae»* (cf. nt. 62), 23-45.

⁶⁵ G. MICHIELS, *Norme generales juris canonici*, II, Parisiis – Tornaci – Romae 1949, 70: «Curiae et Tribunalia enim sunt communitates legis recipiendae, atque proinde inducendae consuetudinis quae vim legis obtineat capaces. Si talis norma consuetudinaria inducta est a Tribunalibus Supremis S.R. Rotae et Signaturae Apostolicae vel a Congregationibus Romanis, vis eius [...] “etiam in tribunalibus inferioribus obliget, ita ut jus faciat quoad omnes et eam jurisprudentiam sequi teneantur iudices inferiores” (ita Maroto, I, n. 367)». Invece secondo l’opinione contraria «non è pensabile di ritenere i giudici [...] una comunità (almeno) capace di ricevere leggi...». G.P. MONTINI, «La giurisprudenza» (cf. nt. 6), 125.

⁶⁶ Cf. Z. VARALTA, «De iurisprudentiae conceptu» (cf. nt. 12), 47: «Iurisprudentia enim vim legis non habet ex se, nec de se consuetudinem inducere potest quae vim legis sortiatur, nisi accedat consensus legislatoris».

dine quale “*optima legum interpret*” (can. 27)⁶⁷, poiché nella prospettata ipotesi la giurisprudenza costituisce soltanto la causa materiale di essa.

Oltre all’ intreccio della giurisprudenza con la consuetudine, il riconoscimento del valore giuridico⁶⁸, ossia della forza giuridica⁶⁹ della giurisprudenza rotale, e non solo morale⁷⁰, in quanto quest’ ultima lascerebbe sempre la possibilità alla contestazione in virtù dell’ argomentazione più convincente⁷¹, fa emergere anche la questione di maggiore rilievo che si riferisce alla funzione nomopoietica o nomogenetica di essa e della sua portata. Si tratta, difatti, di «un valore derivato della giurisprudenza stessa», anziché di «una finalità principalmente e direttamente ricer-

⁶⁷ Cf. G.R. GIACOMAZZO, *La consuetudine nella dottrina canonistica classica*, Padova 1983, 13. Si tratta dello «*stylus iuris obligatorius vi consuetudinis*». A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae – Romae 1930, 337.

⁶⁸ Giustamente si afferma che il valore giuridico della giurisprudenza non si riferisce alla facoltà del giudice di creare una norma giuridica per definire un caso concreto dedotto in giudizio. Cf. E. BAURA, «Riflessioni» (cf. nt. 14), 1398.

⁶⁹ F. COCCOPALMERIO, «La Rota Romana» (cf. nt. 61), 126.

⁷⁰ Z. VARALTA, «De iurisprudentiae conceptu» (cf. nt. 12), 49: «Attamen, auctoritas iurisprudentiae non est auctoritas moralis tantum, sed auctoritas vere iuridica, quatenus iuridice et efficaciter influit in legis interpretationem et concretam applicationem». Riguardo all’ opinione contraria cf. V. DE PAOLIS, «La giurisprudenza» (cf. nt. 12), 152: «Nella prospettiva di questi principi, la giurisprudenza rotale acquista un valore morale di estrema importanza, con profonde ripercussioni nel campo del diritto, sia per il valore intrinseco che per il valore estrinseco, che deriva dal fatto che si tratta di un tribunale apostolico di appello, che presuppone le persone ben preparate provenienti dalle diverse parti del mondo e con un *curriculum* prestigioso di studi».

⁷¹ V. DE PAOLIS, «La giurisprudenza» (cf. nt. 12), 152.

cata», ossia della «giurisprudenza precedente» al caso dedotto in giudizio per la decisione definitiva⁷².

In realtà, la giurisprudenza rotale non adempie soltanto la funzione mediatrice nell'applicazione della legge canonica al caso concreto, ma anche – come si è accennato già in precedenza – la funzione suppletiva nel caso di mancanza della legge (*lacune iuris vel legis*) o della consuetudine (can. 19 CIC; can. 1501 CCEO)⁷³. In modo specifico si tratta delle lacune del diritto sia nel senso lato, che vengono assegnate esplicitamente o implicitamente all'integrazione della giurisprudenza rotale⁷⁴, sia nel senso ristretto e proprio, cioè nei casi di innavertita insufficienza dalla stessa potestà legislativa, o deficienza originale del sistema codiciale in determinata materia.

Tuttavia, nella sollevata questione nomopoietica della giurisprudenza rotale l'opinione dominante ritiene che in base alla legislazione canonica attuale i tribunali ecclesiastici, compreso anche quello della Rota Romana, non siano abilitati a creare o produrre una nuova norma

⁷² E. BAURA, «Riflessioni» (cf. nt. 14), 1398.

⁷³ Cf. F. FINOCCHIARO, «La giurisprudenza nell'ordinamento canonico», *Ius Canonicum* 14 (1975) 114; M.F. POMPEDDA, «La funzione della giurisprudenza» (cf. nt. 50), 33. Cf. J. LLOBELL, «Perfettibilità e sicurezza» (cf. nt. 13), 1248.

⁷⁴ In questo senso si è espresso Giovanni Paolo II nei confronti della formulazione dei canoni 1095, n. 2 e 1098: «Ma rimangono ancora canoni, di rilevante importanza nel diritto matrimoniale, che sono stati necessariamente formulati in modo generico e che attendono una ulteriore determinazione, alla quale potrebbe validamente contribuire innanzitutto la qualificata giurisprudenza rotale. Penso, ad esempio, alla determinazione del “defectus gravis discretionis iudicii”, agli “officia matrimonialia essentialia”, di cui al can. 1095, come pure alla ulteriore precisazione del can. 1098 sull'errore doloso, per citare solo due canoni». Allocuzione alla Rota Romana, 26 gennaio 1984, *AAS* 76 (1984) 648, n. 7.

giuridica. I giudici ecclesiastici, difatti, in virtù del potere giudiziale sono autorizzati ad esercitare nel modo stabilito dal diritto (can. 135 §3) soltanto la funzione applicativa ed interpretativa delle leggi già legittimamente promulgate dal legislatore. Per questo motivo essi non possono esercitare nel processo giudiziale la funzione legislativa⁷⁵, per cui i tentativi di avvalorare tale funzione al potere giudiziale nel foro canonico, sebbene limitata all'ipotesi prevista dal can. 19, vengono valutati negativamente come giuridicamente insostenibili⁷⁶.

Invero, secondo questa opinione, quando il Legislatore parla di *lacuna iuris* «non va in cerca della creazione di una norma suppletiva», bensì

afferma semplicemente un principio di diritto naturale: chi deve operare si rifaccia al diritto naturale e ai grandi principi ispiratori dell'ordinamento giuridico come essi vengono applicati e interpretati dalla giurisprudenza e dalla prassi e dalla dottrina⁷⁷.

Questa impostazione del problema viene percepita da suoi sostenitori «quanto mai confacente con il diritto canonico, che rifugge dal positivismo giuridico e

⁷⁵ Cf. A. RAVÀ, *Il problema delle lacune* (cf. nt. 59), 181: «[...] la giurisprudenza delle Congregazioni e dei Tribunali romani, non si comprende come essa potrebbe fornire la soluzione di una questione diversa da quella che si trarrebbe dalla analogia e dai principi generali del diritto, posto che i giudici della Curia Romana non sono creatori di diritto, ma sono interpreti, vincolati essi medesimi dalla disposizione del can. 20». Cf. A. STANKIEWICZ, «Interpretazione della legge con riferimento alle funzioni della potestà ecclesiastica», *Apollinaris* 52 (1979) 433.

⁷⁶ V. DE PAOLIS, «La giurisprudenza» (cf. nt. 12), 152-153.

⁷⁷ V. DE PAOLIS, «La giurisprudenza» (cf. nt. 12), 154.

non ha nulla da temere dal ricorso ai grandi principi del diritto, all'equità, alla dottrina degli autori»⁷⁸.

A questo proposito si avverte anche che il punto di partenza per risolvere il problema nomopoietico della giurisprudenza, segnato dal disposto codiciale sulle fonti suppletive (can. 19), può risultare «fuorviante, in quanto dipende dalla visione normativista del diritto propria del movimento codificatore»⁷⁹, mentre il diritto ecclesiale comprende anche i diritti senza un titolo normativo come quelli naturali in quanto «il loro titolo è la natura umana», o quelli fondamentali dei fedeli di cui il titolo è «lo stesso battesimo»⁸⁰. E proprio nei confronti di questi diritti, formalmente innominati, il compito del giudice «non potrà consistere, come vorrebbe il positivismo giuridico, nell'operazione *logica* di applicare una regola generale», compresa nella formula normativa astratta, ad una fattispecie concreta, «bensì nel giudizio *prudenziale* sullo *iustum* in un determinato caso», ovviamente «previa individuazione dei diritti coinvolti e dei loro relativi titoli», fondati anche sulle altre fonti, e non soltanto sui titoli legali⁸¹. Questa visione «porta a evidenziare le caratteristiche singolari di questa fonte suppletiva, che è al contempo, senza ombra di dubbio, criterio interpretativo della legge»⁸², e per questa ragione «deve seguire necessariamente l'alveo proprio di questa fonte senza pretendere di emulare il modo di operare delle altre fonti»⁸³.

Ovviamente la discrepanza tra le opinioni canonistiche sul valore della giurisprudenza della Rota Romana

⁷⁸ V. DE PAOLIS, «La giurisprudenza» (cf. nt. 12), 154.

⁷⁹ E. BAURA, «Riflessioni» (cf. nt. 14), 1395.

⁸⁰ E. BAURA, «Riflessioni» (cf. nt. 14), 1396.

⁸¹ E. BAURA, «Riflessioni» (cf. nt. 14), 1396-1397.

⁸² E. BAURA, «Riflessioni» (cf. nt. 14), 1403.

⁸³ E. BAURA, «Riflessioni» (cf. nt. 14), 1404.

e sulla sua funzione nomopoietica, trapassata dal periodo della legislazione precedente al periodo della normativa attualmente in vigore, non facilita la formazione di una convergente impostazione di questi due aspetti giurisprudenziali. Questa divergenza, però, riflette la diversità delle tendenze interpretative riguardanti sia il ruolo delle pronunce dei tribunali inferiori nell'amministrazione della giustizia ecclesiale, protese verso la conservazione delle proprie prassi locali in base all'autonomia e libertà decisionale dei giudici in foro canonico, sia le difficoltà oggettive nella realizzazione dell'effettiva comunicazione gerarchica tra la Rota Romana e i tribunali periferici delle Chiese particolari, che sono dettati anche dalla struttura attuale del procedimento rotale, sostanzialmente non molto differente dal procedimento comune di ogni tribunale d'appello.

Non entriamo, in questa sede, nella discussa questione circa il valore specifico della giurisprudenza rotale, se abbia la forza vincolante per tutti i tribunali del grado inferiore⁸⁴, oppure espliciti soltanto la sua forza intrinseca persuasiva⁸⁵, orientativa⁸⁶, di garanzia interpretativa⁸⁷, o

⁸⁴ Cf. P.V. PINTO, *I processi nel Codice di Diritto Canonico. Commento sistematico al Lib. VII*, Città del Vaticano 1993, 136.

⁸⁵ Cf. G.P. MONTINI, «La giurisprudenza» (cf. nt. 6), 133; ID., «L'unità della giurisprudenza: Segnatura Apostolica e Rota Romana», in *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, Quaderni della Mendola 6, Milano 1998, 228. Cf. anche V. DE PAOLIS, «La giurisprudenza» (cf. nt. 12), 151.

⁸⁶ Cf. J.I. BAÑARES, «La función orientador de la Rota Romana: la justicia "in casu" y la norma procesal en un supuesto de grave defecto de discreción de juicio», *Ius Canonicum* 33 (1993) 171-188.

⁸⁷ Cf. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma 2006, 170.

raggiunga anche l'autorevolezza della dottrina giuridica⁸⁸ o legale⁸⁹.

D'altra parte, la giurisprudenza formata dall'insieme delle decisioni conformi nel procedimento interpretativo giudiziario (can. 16 §3), esplica la sua forza dinamica intrinseca, o la sua autorità, diversa da quella della legge, nell'efficace influsso sulla determinazione e regolazione della retta interpretazione delle leggi e sulla loro uniforme applicazione da parte dei tribunali ecclesiastici⁹⁰.

È proprio tale forza o funzione dinamica della giurisprudenza della Rota Romana, esercitata a livello verticale, ossia nel grado superiore di giudizio (can. 1443), che talvolta viene considerata d'indole interpretativo-creativa⁹¹, o persino nomopoietica, capace quindi di formare le "nuove norme", soprattutto nel campo del diritto matrimoniale in cui essa è chiamata, secondo tale visione, «ad esplicitare, ad approfondire, a dilatare, a dichiarare il significato del diritto naturale»⁹².

Anche se l'opinione canonistica prevalente non ravvisa nella disposizione normativa attualmente in vigore

⁸⁸ Cf. C. DE DIEGO LORA, «I Tribunali della Sede Apostolica», in P.A. BONNET – C. GULLO (ed.), *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, 263.

⁸⁹ Cf. R. RODRIGUEZ-OCAÑA, «El Tribunal de la Rota y la unidad de la jurisprudencia», *Ius Canonicum* 30 (1990) 432; F. COCCOPALMERIO, «La Rota Romana» (cf. nt. 61), 127.

⁹⁰ Cf. Z. VARALTA, «De iurisprudentiae conceptu» (cf. nt. 12), 48; F. COCCOPALMERIO, «La Rota Romana» (cf. nt. 61), 121; V. DE PAOLIS, «La giurisprudenza» (cf. nt. 12), 143-144.

⁹¹ Cf. J. LLOBELL, «Perfettibilità e sicurezza» (cf. nt. 13), 1246.

⁹² M.F. POMPEDDA, «La giurisprudenza come fonte di diritto nell'ordinamento canonico matrimoniale», *Quaderni Studio Rotale* 1 (1987) 68 = «La funzione della giurisprudenza» (cf. nt. 50), 33.

alcun appoggio formale per l'attribuzione della forza propriamente nomopoietica alla giurisprudenza rotale⁹³, neanche nel campo del diritto matrimoniale, tuttavia, come giustamente si afferma, «talune esigenze di diritto naturale (e la loro valenza irritante) non sono di facile precisazione, lasciando quindi spazio ad interventi dichiarativi della giurisprudenza»⁹⁴. Ma la condizione indispensabile per tale intervento rimane sempre «l'esistenza di una lacuna di legge»⁹⁵, poiché soltanto nella fattispecie lacunosa, la norma o la massima fissata dalla consolidata giurisprudenza rotale, e non da qualche singola decisione del Turno, può assurgere al grado della fonte suppletiva del diritto. In realtà, però, neanche in tal caso si tratta *sensu proprio* di una creazione della nuova norma, ma di una integrazione di essa nell'ambito del sistema canonico⁹⁶ che comprende sia le componenti divine (positive e naturali) sia quelle umane⁹⁷. Il giudice ecclesiastico, difatti, deve attenersi ai criteri di valutazione, fissati dal legislatore nel can. 19, e pertanto rimane sempre vincolato da questa visione globale del sistema canonico.

S.E.R. Mons. ANTONI STANKIEWICZ

⁹³ Cf. J. OTADUY, «Ad can. 19», in J. MIRAS – R. RODRIGUEZ-OCAÑA (ed.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, I, Pamplona 2002, 395; F. COCCOPALMERIO, «La Rota Romana» (cf. nt. 61), 121; V. DE PAOLIS, «La giurisprudenza» (cf. nt. 12), 154.

⁹⁴ Cf. J. LLOBELL, «Perfettibilità e sicurezza» (cf. nt. 13), 1240.

⁹⁵ Cf. J. LLOBELL, «Perfettibilità e sicurezza» (cf. nt. 13), 1257-1258.

⁹⁶ Cf. A. STANKIEWICZ, «Interpretazione della legge» (cf. nt. 75), 437.

⁹⁷ Cf. C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000, 223.

