

– che cresce e si accumula col tempo – sono modesta cosa e abortiscono tutti. Occorrerà attendere la fine del secolo XIX perché, nel generale movimento codificatorio in tutto il mondo, per ovviare a grossi problemi di certezza normativa, si pensi a un Codice anche per il diritto canonico.

## 2. «*Aequitas canonica*»

Nella prima parte, nel tentativo di dar conto di come nasce e si sviluppa nel primo millennio il diritto canonico come creatura giuridica tutta peculiare, sulla scorta di Ivo di Chartres nella funzione di riassuntore d'un lungo itinerario, noi abbiamo centrato lo sguardo su una dialettica di contrarii che caratterizza lo *ius ecclesiae*: da un lato, una sorta di diritto 'costituzionale' immobile e perpetuo, il diritto 'divino'; dall'altro, il mobilissimo, elasticissimo diritto 'umano', pronto ad adeguarsi, per motivi pastorali, in forza della sua strumentalità, a quanto luoghi, tempi, motivazioni e circostanze diversi richiedevano. E nelle pagine del *Prologus* iviano e nelle tante fonti sparse da lui citate è un rimbaltar continuo di termini-concetti come *temperantia* e *relaxatio*, segni d'una norma che deve servire agli uomini peccatori nel cammino verso la salvezza, a costo di arrivare perfino a vanificarsi.

Un simile atteggiamento è una costante del diritto canonico di sempre, legato alla sua pastoralità e, quindi, alla sua strumentalità; e lo ritroviamo intatto per tutto il diritto canonico classico, in Graziano, nel martellio delle nuove decretali, nelle riflessioni scientifiche di decretisti e decretalisti. Con questa particolarità: i richiami alla *temperanza* e all'affievolimento della norma lasciano il vago di nozioni appena abbozzate e divengono qualcosa di più preciso, di più tecnicamente preciso; divengono *aequitas, aequitas canonica*<sup>14</sup>.

Prendiamo ad esempio Graziano, che raccoglie con cura un

<sup>14</sup> Utile come inventario di testi il volume vecchio e invecchiato di E. Wohlhaupter, *Aequitas canonica. Eine Studie aus dem kanonischen Recht*, Schönningh, Paderborn 1931. Non è particolarmente perspicuo il capitolo che vi dedica Lefebvre, in *L'age classique*, cit., pp. 406 sgg.

foltissimo numero di testi autorevoli dal contenuto spiccatamente 'rilassante'<sup>15</sup> e che fissa con precisione in due *dicta* i piani diversissimi in cui si articola la giuridicità ecclesiale. Ascoltiamolo:

Naturale ius ab exordio rationalis creaturae incipiens [...] manet immobile<sup>16</sup>.

Valet ergo [...] Sancta Romana Ecclesia quoslibet suis privilegiis munire et extra generalia decreta quedam speciali beneficio indulgere, considerata tamen rationis equitate, ut que mater iusticiae est in nullo ab ea dissentire inveniatur<sup>17</sup>.

Dialettica di contrarii: il diritto naturale instillato da Dio stesso fin dal principio dei secoli nel profondo della coscienza umana e identificantesi in una scelta squisitamente razionale, pertanto immobile perpetuo inattaccabile dalle forze storiche; il diritto umano, che la Santa Chiesa non irrigidisce in regole assolutamente generali ma varia a seconda di quanto esiga la *ratio aequitatis*, principio supremo da cui essa non può discostarsi perché è garanzia di effettiva giustizia. La Chiesa, che è madre di giustizia, deve serbar fedeltà all'equità che è strumento indispensabile di giustizia<sup>18</sup>.

E di *aequitas* si parlerà ossessivamente in tutte le grandi decretali dell'età classica, che nascono da casi pratici, da quesiti empirici degli operatori ecclesiastici, e nei quali la elasticità e versatilità della regola canonica trovano verifiche puntuali. Sarà già Onorio II (1124-1130), nel momento immediatamente post-gregoriano a contrapporre la rigida costrizione delle norme civili al-

<sup>15</sup> Si veda soprattutto la *distinctio XXIX* della *prima pars* interamente dedicata alle variazioni della *regula* a seconda delle diversità di tempi, luoghi, persone e cause.

<sup>16</sup> («Il diritto naturale, che ha inizio con l'apparire sulla terra della creatura razionale, [...] resta immobile») *Decretum magistri Gratiani*, ed. Friedberg, prima pars, distinctio VI, can. III, dictum.

<sup>17</sup> («La Santa Romana Chiesa può riservare un trattamento speciale a persone e valutare taluni fatti in modo particolare al di là delle norme generali positive; ciò non per arbitrio ma per l'attenzione che essa porge alle ragioni dell'equità, cosicché essa – che è madre di giustizia – da questa non si discosta per niente») Ivi, secunda pars, causa XXV, quaestio I, can. XVI-dictum, § 4.

<sup>18</sup> Cfr. J. Gaudemet, *Équité et droit chez Gratien et les premiers décrétistes* (ed. or. 1966), ora in Id., *La formation du droit canonique médiéval*, Variorum Reprints, London 1980.

la *aequitas* dei sacri canoni<sup>19</sup>; e Alessandro III, il giurista, ammonirà di «iuxta iuris aequitatem procedere» giacché *aequitas* è la considerazione ragionevole delle peculiarità dei singoli casi<sup>20</sup>; e Innocenzo III (1198-1216), il campione della teocrazia papale, non si stancherà di invitare ad agire «aequitate suadente»<sup>21</sup>, a pesare tutto alla luce dell'equità («aequitate pensata»)<sup>22</sup>; e si gloriierà di percorrere sempre «il sentiero dell'equità»<sup>23</sup>; Onorio III (1216-1227) additerà l'*aequitas* come criterio sicuro per ogni superiore ecclesiastico e la confermerà autorevolmente quale fonte formale del diritto nella sua veste di strumento colmatore delle eventuali lacune della legge positiva:

In his vero, super quibus ius non invenitur expressum, procedas aequitate servata, semper in humaniorem partem... declinando secundum quod personas et causas, loca et tempora videris postulare<sup>24</sup>.

Quindi, richiami continui all'*aequitas*; l'*aequitas* come modello d'azione proposto a chiunque abbia poteri nella Chiesa, per l'esercizio corretto di quei poteri.

Tutto questo non è una novità e, nella prima parte, abbiám visto il grosso spazio della dimensione equitativa nella società ecclesiale del primo medioevo. Qui però tutto si intensifica, si specifica e anche si tecnicizza: l'*aequitas*, da vago ideale di giustizia effettiva diventa principio generale e istituto cardine di un ordine giuridico, diventa addirittura fonte formale di diritto.

Non v'è dubbio che sia forte l'influsso di quella scuola civilistica bolognese che fin dai primi glossatori, fin dallo stesso Irnerio, aveva individuato nell'*aequitas* una valvola di sicurezza e un mezzo dinamico di adeguamento; né v'ha dubbio che proprio l'*ae-*

<sup>19</sup> «non ex legum districtione, sed ex canonum aequitate» (*Decretales*, ed. Friedberg, 2, 7, 2).

<sup>20</sup> «[iudex] debet tamen rationabiles exceptiones admittere et in causa iuxta iuris aequitatem procedere» (*Decretales*, I, 29, 13).

<sup>21</sup> *Decretales*, I, 29, 24.

<sup>22</sup> *Decretales*, I, 41, 6.

<sup>23</sup> «nos autem per aequitatis semitam incedentes» (*Decretales*, I, 29, 26).

<sup>24</sup> («Laddove il diritto positivo non prevede espressamente alcunché, dovrà procedersi sempre nel rispetto dell'equità, sempre propendendo per la soluzione più benevola, tenendo conto di quanto richiedano le diversità delle persone e delle cause oggettive, dei luoghi e dei tempi») *Decretales*, I, 36, 11.

*quitas* così come i bolognesi l'avevan costruita, con quei caratteri di decisa fattualità, fosse suadente per il legislatore canonico.

I fatti, i fatti particolari, che avevan tanta forza da piegare la rigidità dello *strictum ius*: questo era congenialissimo a un diritto canonico umano che era stato da secoli strutturato come materiale pieghevole. I glossatori parlavano lo stesso linguaggio: bastava soltanto dare un contenuto spirituale ai fatti invocati dai civilisti, inquadrare norme e fatti nell'ottica squisitamente pastorale d'una società religiosa, e l'*aequitas* poteva prestarsi ad essere la chiave di volta, la cifra secreta, la costituzione materiale di tutto l'ordinamento della Chiesa.

Così fu: l'equità canonica è l'edificio che nasce dalle pietre accumulate dai bolognesi, pietre però cementate e composte in una architettura complessiva che completamente le trasfigura. L'equità canonica assume per la sua costruzione stimoli e materiali provenienti dalla analisi giuridica laica ma li snatura secondo le sue finalità tipicissime. È la *ratio peccati vitandi*, è il *periculum animae* che – non dico – legittimano ma addirittura esigono l'*aequitas*<sup>25</sup>; che la impongono come principio costituzionale non scritto del diritto canonico; che la costituiscono non come potere discrezionale per il giudice e per il superiore, ma come elementare e imprescindibile dovere. In questa veste, l'equità canonica – realtà impalpabile, che può talora emergere alla superficie delle norme ma che più spesso è latente, sottostante a ogni norma canonica, invisibile ma presentissima – è vera fonte di diritto, la prima fonte di diritto in quanto voce stessa della divinità. Infatti «*nihil aliud est aequitas quam Deus*»<sup>26</sup>.

Più sopra abbiamo citato una famosa decretale di Onorio III che addita l'equità canonica come fonte integrativa. Essa è però fonte anche in altro senso, un senso che può sembrare suicida e scandaloso a chi vi guardi con occhi imbevuti di coscienza laica: il giudice, se *aequitas suadet*, mosso dall'equità e in grazia dell'equità, colma le lacune della legge positiva; ha però anche il potere-dovere di non applicare la legge positiva se, nel caso specifico che gli è

<sup>25</sup> Chiarificatrici le pagine di P. Fedele, voce *Equità canonica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, Milano 1966.

<sup>26</sup> Id., *Nihil aliud est aequitas quam Deus*, in *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Sirey, Paris 1965.

sottoposto, la ritiene *peccati enutritiva*, ossia motivo di un rischio o di un nocimento spirituali per i soggetti che ha di fronte<sup>27</sup>.

È l'uomo peccatore, è la sua salvezza eterna, è la ragione fondamentale di evitare l'occasione di peccato, che premono e costringono l'ordinamento canonico a scelte che, dall'esterno, possono anche parere eversive. Il diritto canonico umano ha nella elasticità il suo connotato primo; la sacra gerarchia – cui compete il momento applicativo – applicherà o dispenserà, attenuerà o rigorizzerà, a seconda delle circostanze in cui la regola generale si cala e si concretizza, a seconda di quanto esige la *ratio aequitatis*.

### 3. All'estremo limite del 'sentiero' equitativo: «*dissimulatio*» e «*tolerantia*» canoniche

Il 'sentiero dell'equità' non è una nostra immagine felicemente letteraria, ma viene, come abbiám visto un poco più sopra, dalla cancelleria di Innocenzo III. L'immagine del sentiero è felice perché sottolinea che la dimensione dell'equità canonica è un territorio vasto dove, addentrandoci, ci si imbatte in manifestazioni equitative sempre più intense. È al suo estremo limite che troviamo la *dissimulatio* e la *tolerantia*, due istituti esclusivi e tipici del diritto canonico, che rappresentano il confine ultimo a cui si spinge il principio della *aequitas* perseguendo una giustizia che ha fondamenti squisitamente pastorali e che, ad occhi laici, può apparire una ripugnante mostruosità.

Ma vediamo subito che cosa si intenda, quando, nel diritto canonico classico, si parla appunto di *dissimulatio* e *tolerantia*: il comportamento elusivo di un superiore ecclesiastico di fronte a un illecito al fine di evitare un illecito maggiore<sup>28</sup>.

E corroboriamo la definizioncella con un esempio chiarificatore: Alessandro III, il grande giurista, uno dei protagonisti più vivaci del nuovo diritto canonico come diritto di decretali, interpellato dal vescovo di Exeter sul comportamento da seguire di fronte a taluni suddiaconi che avevano osato contrarre dei matri-

<sup>27</sup> Vi insiste meritoriamente – documentando – Fedele, *Equità canonica*, cit., p. 151.

<sup>28</sup> Cfr. G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano 1953.

moni in contravvenzione della legge ecclesiastica sul celibato di tutti gli ordinati *in sacris* (e quindi anche dei suddiaconi), così risponde: occorre indagare da parte del prelato la qualità della vita di costoro prima delle incriminate unioni matrimoniali; se essi risultano aver tenuto una vita castigata, tanto da far prevedere che, se obbligati a lasciare la compagna, osserveranno la castità, allora dovranno a questo esser costretti; se la loro vita precedente risulterà scostumata, tanto da far intravedere il rischio che, senza la compagna, vi sarà una maggiormente scandalosa frequentazione con più donne, allora «tu id dissimulare poteris et pro graviori lapsu vitando, quod insimul mancant sustinere»<sup>29</sup>, cioè il prelato potrà tenere un comportamento elusivo, dissimulatorio, e tollerare quelle unioni, certamente con l'unico scopo di evitare una situazione peccaminosa di maggiore gravità.

Non condanne generali né applicazioni generalizzate della regola canonica, ma un'applicazione duttile calata nelle circostanze specifiche, aliena da un rigore formalmente egualitario, commisurata alle fragilità dell'*homo viator*, rispetto alle quali – per finalità pastorali di cui è arbitra la sacra gerarchia – può arrivare fino ad elidersi.

Non si elide – beninteso – la norma, si elide la applicazione rigorosa della norma, se del caso. L'illecito resta, e può trovare applicazione sanzionatoria severa in un caso vicino, giungendo a una violazione apparentemente ripugnante della uguaglianza formale, come nell'esempio dei suddiaconi inglesi deciso da Alessandro III; i casti riceveranno un trattamento rigorista, mentre si opererà in modo lassista nei riguardi degli scostumati. Nell'economia dell'ordine pubblico della Chiesa resta la lacerazione rappresentata dall'illecito; il *periculum animae* e la *ratio peccati vitandi* – sempre in rapporto al fine supremo e impellente della salvezza eterna –, ossia le fondazioni pastorali dell'equità canonica, impongono la disuguaglianza formale e lo scandalo apparente del peccatore 'tollerato' e del giusto 'punito'.

La *dissimulatio* è l'estrema applicazione sul terreno del diritto della scelta del Cristo, segnata nell'Evangelio, che trascura i novantanove giusti e si occupa della sola pecorella smarrita. In questa ottica, nella ottica della Chiesa, il peccato, l'illecito non sono

<sup>29</sup> Il testo è riportato ivi, p. 31.

delle astrazioni che comportano punizioni astratte. Esiste piuttosto il peccatore da condurre in salvo nel Regno non dimenticando per un solo istante tutto il suo carico di umane fragilità.

Certamente, *dissimulatio* e *tolerantia*, come comportamenti della sacra gerarchia, consentendo il permanere di un illecito nel tessuto sociale della Chiesa, rappresentano davvero l'estremo limite a cui la visione equitativa può condurre in una ottica squisitamente canonica e l'estrema applicazione del principio di elasticità.