



Marta Tigano

(ordinario di Diritto canonico nell'Università degli Studi di Messina,
Dipartimento di Giurisprudenza)

Brevi riflessioni sul principio di legalità in un ordinamento "a misura d'uomo" *

SOMMARIO: 1. La difficoltà di rintracciare nel diritto canonico i tratti fisionomici del "principio di legalità" declinato in senso formalistico ... - 2. ... e la contestuale necessità di un'applicazione di tale principio anche nell'ordinamento della Chiesa - 3. Esame di un istituto idoneo a scandagliare la presenza nel diritto canonico del suddetto principio e della sua prevalente declinazione - 4. La "giusta e ragionevole causa" della dispensa canonica - 5. "La causa pastorale della dispensa" - 6. Altre ipotesi di *derogatio*: la dispensa intesa "in senso ampio" (*rectius*: "in senso pieno") - 7. Le violazioni dei "*generalia iuris et aequitatis canonicae principia*" - 8. Un'invalidità "deontologica"?

1 - La difficoltà di rintracciare nel diritto canonico i tratti fisionomici del "principio di legalità" declinato in senso formalistico

Sono noti i dubbi e le perplessità che suscita l'integrale applicazione nell'ordinamento canonico del principio di legalità declinato come necessaria e formale corrispondenza dell'attività amministrativa a norme di relazione e di azione stabilite in forma preventiva per fattispecie tipiche, con il rigoroso modellamento dell'atto amministrativo agli schemi predisposti così dalla legge e, quindi, con la ineluttabile qualificazione di invalidità per gli atti che si discostano dal relativo schema legale¹.

* Il contributo, sottoposto a valutazione, è destinato alla pubblicazione nella *Raccolta di scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*, con il titolo *Dalle riflessioni di Antonio Romano Tassone sulla "devianza" del potere alla difficile traslazione del principio di legalità in senso formale in un ordinamento "a misura d'uomo"*.

¹ Sul principio di legalità, com'è noto, la letteratura è vastissima. Ci si limita, pertanto, a segnalare, tra i più recenti, l'autorevole contributo di **G. CORSO**, *Il principio di legalità*, in **M.A. SANDULLI**, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 31 ss., e la bibliografia ivi contenuta. Interessanti spunti in **F. MANGANARO**, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. I. Profili critici e principi ricostruttivi*, Edizioni Scientifiche Italiane (collana Università di Catanzaro "Magna Graecia"), Napoli, 2000.



Nella prospettiva eminentemente formale, infatti, il principio di legalità tende a ridursi a un coacervo di principi e di regole meramente descrittivi che riflettono gli orientamenti positivamente stabiliti dall'ordinamento circa il grado di conformità alle norme superiori imposto all'attività amministrativa. La corrispondenza alla legge finisce così per riguardare i requisiti estrinseci di esistenza degli atti, l'"essere" come atto giuridicamente rilevante e non il "dover essere" rispetto a determinati ideali di giustizia.

Senonché, come è stato osservato², un principio di legalità interpretato nel senso sopra descritto, cioè come garanzia di prevedibilità e di certezza dell'attività amministrativa, connessa con i presupposti democratici della sovranità popolare a tutela della parità di trattamento di tutti i cittadini di fronte alla legge, appare difficilmente conciliabile con un'esperienza qual è quella dell'ordinamento canonico, concepito come un ordinamento che mal si presta a essere intessuto di schemi rigidi e cristallizzati, di regole fisse e immutabili, a causa di alcune "note tipiche" che lo caratterizzano in modo peculiare, individuate dalla dottrina nella sua dinamicità, flessibilità ed elasticità³.

Stando così le cose, il principio di legalità, declinato nel senso descritto, deve fare i conti con la stessa essenza del diritto canonico, alla cui base e fondamento vi è il diritto divino, con la sua intrinseca incompatibilità alla costrizione in rigide regole di conformità formale. Il sistema ecclesiale, nel proporsi come continuamente vivo e dinamico, si presta a un perenne rinnovamento e superamento dei propri contenuti normativi, al fine di realizzare, già nell'esperienza giuridica "terrena", il disegno salvifico che Dio ha predisposto per l'uomo⁴.

Il comandamento evangelico della carità cristiana, posta a fondamento dell'ordinamento canonico ed "*espressione irrinunciabile della sua stessa essenza*"⁵, fa sì, invero, che in tale ordinamento via sia una prevalenza degli interessi alla "partecipazione" dell'uomo (alla missione edificatrice della Chiesa), rispetto agli interessi alla prevenzione, e che, pertanto, gli elementi di elasticità, flessibilità e adattabilità abbiano il

² I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, in *Ius Ecclesiae*, 8, 1996, p. 37.

³ S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 60 ss.

⁴ Il carattere di perenne rinnovamento e incessante perfezionamento del sistema giuridico ecclesiale per il tramite dell'auto-superamento dei propri contenuti normativi, viene esaminato, in modo particolarmente approfondito, da S. BERLINGÒ, *La tipicità dell'ordinamento canonico*, in *Ius Ecclesiae*, I, 1989, p. 95 ss.

⁵ BENEDETTO XVI, Enciclica *Deus caritas est*, 25 dicembre 2005.



sopravvento rispetto agli elementi di stabilità e certezza che, normalmente, tendono a contraddistinguere le altre forme ordinamentali.

In questa prospettiva, l'ordinamento canonico risulta essere assolutamente peculiare, tipico e "originale" in quanto connotato da un particolare dinamismo dovuto al precetto fondamentale della carità che esige un continuo processo di sviluppo di tutte le sue possibili esplicazioni e attuazioni; reclama un'"apertura" a sempre nuovi contenuti normativi e impone una perenne ricerca della "giustizia del caso concreto" come specchio, riflesso e realizzazione storica della giustizia divina⁶.

Tutto ciò fa sì, come è stato autorevolmente rilevato⁷, che la tipicità del diritto canonico consista nell'essere il più possibile "atipico": nel cercare, cioè, di far coincidere al massimo il *typos* (che rappresenta la costanza, la certezza, la stabilità), con il *kairòs* (il singolare, il sempre nuovo); l'elemento "soggettivo" con quello "oggettivo"; la "forma" con il "contenuto"; il "dover essere" con l'"essere".

L'ordinamento della Chiesa, cioè, si sforza di far fronte al potenziale divario tra autorità del diritto e libertà dell'uomo - che costituisce la tensione perenne propria di ogni esperienza giuridica -, condensando la sua logica in una regola che tende di continuo a superare se stessa attraverso il *dia-logo*, ovverossia la disponibilità e capacità di andare oltre il *logos*.

In altri termini, la peculiarità del diritto canonico risiede nel fatto che, in virtù delle esigenze di salvezza di ciascun uomo (fine ultimo cui tende l'ordinamento ecclesiale), le "ragioni prime" poste a fondamento della Chiesa conducono a una continua e radicale messa in discussione delle singole disposizioni normative.

Laddove, infatti, l'applicazione rigida della regola dà vita non a una *summa iustitia*, bensì a una *summa iniuria*, ecco che il diritto canonico interviene rinnovando la propria realtà normativa, dando vita al dispiegarsi di un antiformalismo difficilmente riscontrabile in altre esperienze⁸.

Può accadere, infatti, che, per quanto ampia e generale possa essere la previsione normativa, questa non riesca a ricomprendere tutte le

⁶ Lo stesso fatto storico costitutivo dell'ordinamento della Chiesa non è correttamente assimilabile a un puro e semplice atto fondazionale umano, ma è il riflesso nella storia di una dinamica progettuale scaturente dal "processo" trinitario; il fondamentale precetto in cui si trascrive questo progetto di Dio per l'uomo non è identificabile con un *a priori* normativo dal quale siano deducibili, in virtù di una semplice operazione ermeneutica, tutti gli altri precetti dell'ordinamento.

⁷ S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1991, *passim*.

⁸ S. BERLINGÒ, M. TIGANO, *Lezioni di Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 51 ss.



contingenti vicende umane: si rende allora necessario un intervento nella fase di applicazione della legge, tale da consentire, all'autorità preposta alla esecuzione della stessa, di sospenderne l'osservanza, derogarla, disapplicarla, quando occorra salvaguardare determinati interessi ritenuti "meritevoli di tutela", ovvero sia quando è necessario soddisfare un'esigenza di salvezza che la rigida applicazione della norma stessa non soddisferebbe.

Ciò è consentito proprio dalla *regola aurea* della carità evangelica alla luce della quale si comprendono alcuni istituti tipici di questo ordinamento - quali l'*epikeia*, la dispensa, la consuetudine *contra legem* -, finalizzati ad adeguare il diritto scritto alle concrete esigenze di salvezza dell'uomo, imprimendovi un congruo realismo.

Com'è stato affermato, infatti, il limite intrinseco proprio di ogni forma di diritto, vale a dire la impossibilità di una piena e assoluta coincidenza del diritto (o "giusto") in senso *oggettivo*, con ciò che si ritiene il diritto (o "giusto") in senso *soggettivo*, diventa ancora più pressante per una esperienza giuridica, come quella della Chiesa, che si fonda sulla rivelazione di un Dio secondo cui non "*l'uomo è fatto per il sabato*" (che rappresenta la legge), bensì "*il sabato è fatto per l'uomo*".

2 - ... e la contestuale necessità di un'applicazione di tale principio anche nell'ordinamento della Chiesa

Tuttavia, anche nell'ambito dell'esperienza giuridica della Chiesa, soprattutto in seguito alle riflessioni scaturite dai lavori del Concilio Vaticano II, è stata avvertita l'esigenza di introdurre un "principio di legalità" della funzione amministrativa⁹ - intesa come complesso di attività eterogenee e molteplici finalizzate alla realizzazione del bene della comunità -, in modo tale da conseguire un duplice fine: da un lato, disciplinare in modo sicuro e puntuale l'esercizio del potere esecutivo; e,

⁹ Diverse sono le formulazioni del principio di legalità rinvenibili nella normativa canonica più recente. L'affermazione esplicita di questa regola "in senso stretto", ovvero sia come subordinazione dell'attività amministrativa alla legge e alle fonti di diritto a essa equiparate, si trovava già nel can. 74, § 1, del progetto di *Lex Ecclesiae Fundamentalis* e viene ripresa dal nuovo Codice di diritto canonico latino nei canoni 33, § 1 (decreti generali esecutivi); 34, § 2 (istruzioni), e 38 (atti amministrativi singolari). Un'enunciazione più ampia, equivalente alla sottomissione al diritto come ordine superiore di giustizia, è contenuta, invece, nell'art. 15 della Costituzione apostolica *Pastor Bonus*, e nell'art. 124 del Regolamento generale della Curia Romana.



dall'altro lato, proteggere efficacemente i diritti dei fedeli per il tramite della predisposizione di un controllo di legittimità¹⁰.

Per tale motivo, il nuovo Codice di diritto canonico, entrato in vigore nel 1983, si è allineato con le soluzioni giuridiche elaborate dagli Stati più moderni, formulando, per la prima volta in modo esplicito, il principio della sottomissione alla legge dell'attività amministrativa¹¹.

La conformità dell'azione della gerarchia a parametri giuridici prestabiliti non rappresenta solo un'istanza di "buon governo" comune a tutte le organizzazioni sociali, ma risponde anche alla esigenza ecclesiale di tradurre in forma giuridica l'intrinseca ordinazione diaconale di ogni attribuzione di potere nella Chiesa¹².

¹⁰ Il vincolo della funzione all'osservanza dei principi di giustizia impone anche il riconoscimento delle situazioni giuridiche che i fedeli vantano nei confronti dei pubblici poteri, secondo il diritto naturale o positivo, e conduce, di conseguenza, a un cambiamento nell'impostazione dei rapporti tra "governanti" e "governati", non più nel senso unilaterale di dominio-soggezione, ma in quello bilaterale di diritto-dovere, con responsabilità e aspettative reciprocamente esigibili. Cfr. I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità*, cit., p. 38, secondo la quale, dall'esame dei *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant*, si evidenzerebbe la stretta correlazione esistente tra il riconoscimento di veri diritti soggettivi dei fedeli e la necessità di regolare in modo non arbitrario l'esercizio della potestà di giurisdizione della Chiesa (*Communicationes*, I, 1969, 82, n. 6).

¹¹ Come si evince, infatti, dalla lettura "in combinato disposto" dei cann. 33, 34, 35, 47, CIC, gli atti esecutivi appaiono subordinati alla legge, e l'attività dell'amministrazione risulta espressamente disciplinata attraverso la previsione di norme procedurali. L'esercizio della potestà esecutiva, oltre a essere strutturato in procedimento, è altresì modellato secondo categorie formali tipiche, sottoposte a una specifica normativa delineata nei cann. 29-95 CIC. Tali canoni costituiscono, rispettivamente, i titoli III, IV e V del libro I del Codice di diritto canonico. In particolare, il titolo III è dedicato alla configurazione e disciplina degli atti normativi dell'Amministrazione (cann. 29-34), chiaramente distinti dagli atti legislativi e a questi subordinati; il titolo IV, alla configurazione e disciplina dell'atto amministrativo singolare, quale categoria formale delineata nei suoi elementi costitutivi (cann. 35-47); il titolo V, infine, è dedicato alla configurazione e disciplina degli statuti e regolamenti (cann. 94-95), norme amministrative indipendenti che si differenziano sia dagli atti amministrativi singolari, sia dai decreti generali, sia dalle istruzioni. La conformità alla legge da parte degli atti dell'autorità è, poi, garantita da appositi istituti di giustizia amministrativa, mentre il richiamo espresso alla responsabilità dell'Amministrazione ecclesiale per i danni illegittimamente causati dalla sua attività rende evidente l'esistenza di limiti che l'Amministrazione stessa non può superare senza che a ciò siano ricollegabili alcune conseguenze.

¹² La previsione espressa del principio di legalità nel nuovo Codice di diritto canonico si trova, invero, inserita nel quadro della generale rielaborazione degli istituti di diritto amministrativo al fine di migliorarli secondo criteri di maggiore razionalità e certezza, per il tramite dell'applicazione di alcune tecniche di organizzazione tratte dalla moderna teoria dello Stato di diritto. Pur senza aderire ai postulati ideologici di questo regime, ne



In altre parole, le scelte tecniche introdotte dal nuovo *Codex* hanno trovato il loro modello nei sistemi amministrativi dell'Europa occidentale, sebbene esse rispondano a esigenze squisitamente ecclesiali in quanto finalizzate a rivestire di forma giuridica la relazione gerarchia–fedeli così come risulta delineata dalla dottrina del Concilio Vaticano II, fortemente incentrata sull'autorità (e sul potere) come “servizio” e sulla eguaglianza dei battezzati nella dignità e nella azione¹³.

La natura di potere di governo quale “ministero”, finalizzato alla salvezza dei fedeli – e, dunque, quale *potestas-functio* secondo la comune definizione della dottrina –, postula, invero, la subordinazione di tale potere a una normativa certa, che ne assicuri un esercizio costantemente conforme al suo fine¹⁴.

A ben guardare, il configurarsi di questa esigenza manifesta nella Chiesa la presenza della medesima dinamica dalla quale trae origine l'atteggiarsi del diritto positivo negli ordinamenti secolari, riconducibile al timore che una regolamentazione non predeterminata dei comportamenti dia luogo a ingiustificate disequaglianze e abusi dovuti a una libertà tramutatasi in arbitrio.

Senonché, la scelta di costruire il diritto amministrativo canonico mutuando gli strumenti tecnici dagli Stati di democrazia liberale – secondo una *ratio* solo apparentemente simile, quale quella della tutela dei singoli e della correttezza delle azioni di governo – ha riprodotto, in ambito ecclesiale, lo stesso problema posto dal modello di origine e dalla sua evoluzione, vale a dire quello di individuare i limiti della discrezionalità amministrativa.

Quest'ultima questione, a ben guardare, nell'ordine ecclesiale si complica ulteriormente rispetto al modello originario dal quale è stato “importato” il principio di legalità, in quanto la sua soluzione deve fare i

sono stati utilizzati i congegni formali, tra loro intimamente correlati, per assicurare l'“ordine” dell'amministrazione.

¹³ Per quanto riguarda le nozioni di potere, dovere e funzione nel diritto canonico, si rinvia a **S. BERLINGÒ**, *Funzione amministrativa ed uffici ecclesiastici*, ora in **ID.**, *Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, il Mulino, Bologna, 2015, pp. 383-401.

¹⁴ Il ricorso al principio di legalità, come strumento di disciplina giuridica del *munus administrandi*, esprime una significativa evoluzione nel modo di considerare l'esercizio dell'autorità, in quanto segna il passaggio dall'idea soggettiva e paternalistica di “potestà”, assoluta e illimitata nei contenuti, all'idea oggettiva e garantistica di “funzione”, condizionata rispetto di determinati valori. Tale nozione sottolinea l'aspetto teleologico e deontologico delle mansioni pubbliche, quale complesso qualificato di istituzioni, attività e posizioni giuridiche preposte e coordinate ad attuare i fini prestabiliti dall'ordinamento. Così **I. ZUANAZZI**, *Il principio di legalità*, cit., p. 38, e la bibliografia ivi contenuta.



conti col delicato equilibrio fra la necessità di limitare la libertà amministrativa, e la contemporanea necessità di non eliminare del tutto tale libertà, strumento indispensabile affinché l'amministrazione possa perseguire il bene pubblico nelle sempre nuove e imprevedibili circostanze del caso concreto. Nell'ordinamento canonico, peraltro, il raggiungimento di questo equilibrio è reso ancora meno agevole dalla circostanza che il c.d. "bene pubblico" coincide con la *salus animarum*, fine ultimo dell'ordinamento della Chiesa istituita da Cristo.

Ora, poiché la gerarchia opera per la salvezza dei fedeli, quale segno visibile dell'azione di Cristo, essa gode, in tale operare, di un'autonomia decisionale amplissima e strutturale, riconosciuta come prerogativa irrinunciabile e apparentemente inconciliabile con qualsiasi limitazione.

Dunque, l'esigenza di stabilire il confine tra discrezionalità e arbitrio¹⁵ - ravvisata non solo dalla dottrina ma anche dagli stessi titolari della potestà di governo -, dovrebbe giovare di alcuni criteri, (oltre ai vincoli esterni offerti dalla norma positiva), che possono segnare la direzione del potere discrezionale in modo tale che la discrezionalità stessa, nel suo concreto esplicarsi, non degeneri ma conservi la propria essenza e funzione.

L'importanza di evitare una "devianza"¹⁶ della discrezionalità emerge, fra l'altro, dalla osservazione di un dato empirico, ovverossia dalla circostanza che la maggior parte degli atti di esercizio della funzione amministrativa, per il tramite dei quali si realizza la vita giuridica della comunità ecclesiale, sono atti discrezionali che incidono direttamente e notevolmente sulle sfere giuridiche dei fedeli.

Fra questi spicca, senza ombra di dubbio, la dispensa, quale atto amministrativo discrezionale per eccellenza, con il quale si consente di non osservare la legge in un caso particolare, e, dunque, in modo più emblematico rispetto ad altri, si "amministra" "l'economia" della Chiesa, realizzando le "ragioni prime" poste a fondamento dell'ordinamento stesso¹⁷.

¹⁵ Sull'argomento si segnala il lavoro di **B. SERRA**, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, Jovene Editore, Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Napoli, 2007.

¹⁶ Il termine è mutuato dal titolo di un lavoro di **A. ROMANO TASSONE**, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in **AA. VV.**, *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 1117 ss.

¹⁷ Le espressioni sono riprese da **S. BERLINGÒ**, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa*, cit.



3 - Esame di un istituto idoneo a scandagliare la presenza nel diritto canonico del suddetto principio e della sua prevalente declinazione

Analogamente al privilegio, la dispensa¹⁸ costituisce il contenuto sostanziale tipico del rescritto¹⁹, ma si differenzia dal primo in quanto il nuovo Codice la considera atto amministrativo in senso stretto²⁰, rilasciato

¹⁸ La prima definizione giuridica della *dispensatio*, che mette in risalto l'essenza dell'istituto rispetto ad altri fenomeni di adattamento del diritto, viene formulata da Rufino: "*Est itaque dispensatio iusta causa faciente ab eo, cuius interest, canonici rigoris casualis facta derogatio*". Nonostante le imprecisioni contenute nella trattazione del decretista, ciò che preme sottolineare in questa definizione, che sarà accolta in seguito come *communis opinio*, è innanzitutto la delimitazione della generica applicazione equitativa della regola in un'attività di *derogatio* a una legge riconosciuta dispensabile. Si specifica poi come la *relaxatio legis* possa essere fatta per sovvenire alle esigenze particolari delle diverse circostanze del caso concreto (*casualiter*), e abbia come presupposto fondamentale la ricorrenza di una *iusta causa*, quale emerge da una prudente valutazione di preminenza tra *l'utilitas vel necessitas Ecclesiae* a concedere la dispensa dalla norma, rispetto alla *enormitas rei vel personae* conseguente alla violazione della norma stessa. Di fondamentale importanza per uno studio dell'istituto della dispensa canonica, rimane l'opera di S. BERLINGÒ, *La causa pastorale della dispensa*, Giuffrè, Milano, 1978.

¹⁹ Analogamente al decreto singolare, il rescritto si configura come atto-contenitore, ma se ne differenzia in quanto, normalmente, ha la struttura tipica di *responsum scriptum* dato dall'autorità alle *preces* degli interessati. L'attuale normativa attribuisce a questo mezzo di azione tradizionale una configurazione giuridica innovativa, in quanto lo inquadra nella categoria degli atti amministrativi singolari. Per quanto concerne la disciplina di dettaglio compresa nel capitolo specifico *de rescriptis*, non si registrano modifiche rilevanti rispetto alla legislazione precedente, ma soltanto gli aggiustamenti necessari per semplificare la regolamentazione e definire i concetti con maggiore precisione terminologica. Ciò non toglie, tuttavia, che la nuova qualifica codiciale incida profondamente sul regime giuridico dell'istituto. Com'è stato affermato, infatti, si tratta di un ulteriore passo nel processo di oggettivazione tendente a restringere progressivamente la portata di uno strumento nato in origine con una vocazione versatile. Nella sistematica del nuovo Codice, invero, il rescritto viene ricondotto alla competenza della potestà esecutiva; risulta caratterizzato dalla natura amministrativa e sottoposto allo statuto degli atti amministrativi singolari; ne viene accentuata l'indole formale idonea a sottolinearne il profilo di atto-contenitore per il rilascio di benefici individuali. Cfr. I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonìa della Chiesa*, Memorie del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Torino, Jovene Editore, Napoli, 2005, pp. 521-522.

²⁰ Sulla base del presupposto teorico che i provvedimenti che hanno un destinatario preciso o riguardano casi determinati sono considerati atti tipici dell'amministrazione, il nuovo Codice ha inquadrato unitariamente nella categoria degli atti amministrativi singolari tutti i mezzi di azione di natura particolare utilizzati dalla gerarchia nei compiti di amministrazione, in quanto i caratteri della concretezza e puntualità sono ritenuti maggiormente congrui con un potere di tipo esecutivo.



dall'autorità che, nella Chiesa, è titolare di potere esecutivo o dai soggetti ai quali la competenza è attribuita da norme di diritto o da apposita delega²¹.

La legislazione giovanneo-paolina, cioè, ha conservato la nozione tecnica di *relaxatio legis in casu particulari*²² della dispensa, ma ha capovolto l'impostazione del Codice piano-benedettino per quanto concerne i criteri di definizione della competenza a rilasciare il provvedimento di deroga.

Dal punto di vista dei rapporti tra la Sede apostolica e le autorità locali, infatti, in conformità alla dottrina conciliare, ha esteso la capacità del vescovo diocesano di dispensare nell'ambito della propria giurisdizione (la diocesi, appunto), non solo dalle leggi proprie, ma anche dalle leggi pontificie, ogni qualvolta sia richiesto dal bene spirituale dei fedeli, sostituendo così il sistema precedente della concessione specifica di limitate facoltà con quello dell'attribuzione ordinaria di un potere generale, fatte salve solo le ipotesi riservate espressamente agli organi supremi.

Sotto il profilo della natura del potere di concessione, inoltre, a differenza della normativa anteriore che considerava la dispensa come espressione del potere legislativo, la disciplina vigente dichiara apertamente che la *facultas dispensandi* rientra nelle attribuzioni della *potestas executiva*²³.

²¹ Il can. 85 CIC, dispone, infatti, che "La dispensa, ossia l'esonero dall'osservanza di una legge puramente ecclesiastica in un caso particolare, può essere concessa da quelli che godono di potestà esecutiva, entro i limiti della loro competenza, e altresì da coloro cui compete la potestà di dispensare esplicitamente o implicitamente sia per lo stesso diritto sia in forza di una legittima delega".

²² Nella sua tradizionale accezione di "*derogatio casualis*", la dispensa propone per il diritto canonico il medesimo tema che, anche nei diritti secolari, sorge a fronte di ogni atto in deroga: come si possono conciliare le esigenze di una disciplina uniforme e generale con il rilievo da assegnare alla sorte di una persona o di una comunità individua ovvero di una fattispecie singola. Mentre, però, negli ordinamenti laici, l'atto in deroga, ove non voglia assumere esso stesso carattere normativo, deve esser consentito da un'ulteriore astratta previsione (atto derogante), invece nel diritto della Chiesa ciò non è necessario. In esso è tipico il prevalere degli interessi alla partecipazione su quelli alla prevenzione e quindi tutte le norme, tranne quelle assolutamente immutabili, risultano sottoposte di per sé, anche a prescindere da previsioni espresse, all'incidenza delle varie forme di potere dispensativo; si presentano, cioè, come norme derogabili, evidenziando così la nota essenziale dell'ordinamento canonico, definita come elasticità, flessibilità, provvisorietà e simili. Cfr. S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa*, cit, p. 181.

²³ Durante i lavori di revisione del Codice latino, la nuova qualifica della dispensa è stata giustificata anzitutto con l'evoluzione storica dell'organizzazione dei poteri di governo nella Chiesa, che ha portato a introdurre la distinzione tra la funzione legislativa e quella esecutiva, prima inesistente. Ne deriva che la dispensa, in quanto *actus particularis*, venga ricondotta quasi automaticamente all'attività amministrativa. Com'è stato notato, di fronte alle obiezioni di chi rilevava la contraddizione dell'inserire tra i provvedimenti



La dispensa, invero, si configura come atto in deroga, in deroga a quanto la legge prescrive: capace, cioè, di svincolare dall'osservanza di una legge in un caso particolare. Con tale provvedimento, dunque, si consente a un singolo individuo di non osservare la legge, in considerazione delle circostanze del caso concreto che rendono opportuno un trattamento "speciale e diverso" da quanto previsto dalla norma generale dispensata²⁴.

Ciò spiega, tra l'altro, come mai al potere di dispensa siano stati imposti alcuni limiti, escludendo che essa possa essere adottata nei confronti di leggi che fissano gli elementi costitutivi essenziali degli istituti o degli atti giuridici, o nei confronti di disposizioni in materia processuale o penale emanate dall'autorità suprema²⁵.

Nelle ipotesi eccezionali in cui gli ordinari del luogo possono concedere la dispensa anche nei casi riservati alla Sede apostolica, le fattispecie e le circostanze per il rilascio del provvedimento devono, comunque sia, corrispondere alla prassi degli organismi centrali²⁶. Dal

applicativi del diritto un atto che reca un *vulnus legis*, l'orientamento della maggioranza della dottrina sottolineava, al contrario, come gli atti amministrativi non siano sempre di applicazione della legge e come la funzione della dispensa non debba essere considerata solo negativamente alla stregua di un attentato alla legge, in quanto è diretta propriamente a mitigare il rigore della stessa norma per corrispondere nel caso concreto alle esigenze dei fedeli. Cfr. I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis*, cit., p. 544.

²⁴ Può accadere, infatti, che l'applicazione rigorosa della legge comporti il sacrificio di interessi ritenuti meritevoli di tutela e attinenti al bene della comunità: tale inconveniente può essere evitato o, quanto meno, limitato, in fase di emanazione della legge, cioè per il tramite di una previsione quanto più generale ed elastica possibile, idonea a ricomprendere tutte le più diverse situazioni; oppure, in fase di applicazione della stessa, per il tramite di un provvedimento che autorizzi la sua inosservanza. Tale *modus operandi* è ampiamente utilizzato nell'ordinamento della Chiesa che, essendo caratterizzato da una particolare flessibilità, non si sovrappone alla realtà ma si adatta a essa cogliendone le specifiche esigenze.

²⁵ Secondo quanto dispone il can. 86 CIC "Non sono suscettibili di dispensa le leggi in quanto definiscono quelle cose che sono essenzialmente costitutive degli istituti o degli atti giuridici".

²⁶ A tale proposito, il can. 87 § 1, CIC, dispone quanto segue: "Il Vescovo diocesano può dispensare validamente i fedeli, ogniqualvolta egli giudichi che ciò giovi al loro bene spirituale, dalle leggi disciplinari sia universali sia particolari date dalla Suprema autorità della Chiesa per il suo territorio o per i suoi sudditi, tuttavia non dalle leggi processuali o penali, né da quelle la cui dispensa è riservata in modo speciale alla Sede Apostolica o a un'altra autorità".

Il § 2, invece, dispone: "Quando sia difficile il ricorso alla Santa Sede e insieme nell'attesa vi sia pericolo di grave danno, qualunque Ordinario può dispensare validamente dalle medesime leggi, anche se la dispensa è riservata alla Santa Sede, purché si tratti di una dispensa che la stessa Santa Sede nelle medesime circostanze solitamente concede, fermo restando il disposto del can. 291".



complesso della normativa vigente, emergerebbe, dunque, una nozione ristretta della dispensa, circoscritta a materie e condizioni predefinite dalle norme, al pari di uno strumento di carattere esecutivo che deve trovare fondamento e legittimazione in disposizioni che lo autorizzino previamente²⁷.

Senonché, proprio l'inquadramento della dispensa negli atti della potestà esecutiva ha sollevato diverse perplessità.

Analogamente al privilegio, infatti, la dottrina si è posta il problema di come sia conciliabile l'efficacia *contra legem* di questo provvedimento con il principio di subordinazione alla legge, comune a tutti gli atti amministrativi.

La tesi che considera gli atti particolari contrari all'ordine giuridico preconstituito norme singolari di competenza del legislatore, ritiene che la dispensa possa essere considerata atto amministrativo solo quando venga rilasciata con un rescritto dell'autorità esecutiva per cause già predefinite e dichiarate sufficienti da leggi, consuetudini o prassi consolidate²⁸. Per contro, l'opinione che reputa atti amministrativi tutti i benefici concessi per rescritto, afferma che l'antinomia con il principio di legalità è solo apparente, dato che la dispensa promana, comunque sia, da un provvedimento *secundum legem* se il potere di concederla trova fondamento legale in una previa disposizione abilitante²⁹.

Risolvere il problema della compatibilità con il principio di legalità riducendo la dispensa a un provvedimento di applicazione di statuizioni predeterminate significa, come è stato sottolineato³⁰, snaturare l'essenza della *relaxatio legis*, tanto se il rapporto di "dipendenza" dal diritto viene configurato in senso materiale, come realizzazione di cause tipizzate e

²⁷ Per una critica a tali restrizioni, si veda **S. BERLINGÒ**, *Dispensa (dir. can.)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Treccani, Roma, 1989, pp. 1-2.

²⁸ **P. LOMBARDIA**, *Legge, consuetudine e atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, in **AA. VV.**, *Il nuovo Codice di diritto canonico, Aspetti fondamentali della codificazione post-conciliare*, a cura di S. Ferrari, il Mulino, Bologna, 1983, pp. 98-99. L'Autore, cioè, afferma che a norma del can. 87, par. 1, CIC, la facoltà del vescovo di dispensare dalle leggi universali non è vincolata a cause individuate dalla legge o dalla consuetudine, per cui si configurerebbe, con tale disposto, un vero e proprio potere legislativo di adattare il diritto universale alle circostanze concrete della comunità.

²⁹ **E. LABANDEIRA**, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, edizione italiana a cura di L. Graziano, L. Del Giudice, (collana Ateneo romano S. Croce – Trattati diritto), Giuffrè, Milano, 1994, pp. 359-381. Secondo quest'altro Autore, cioè, sia per il privilegio che per la dispensa, l'effetto derogante è da ricondurre in via mediata alla norma che abilita l'autorità a concederli nel caso concreto.

³⁰ **I. ZUANAZZI**, *Praesis ut prosis*, cit., p. 548.



vincolanti, quanto se viene impostato in senso formale, come attuazione di norme abilitanti.

In realtà, la caratteristica propria della *derogatio casualis*, è precisamente quella di produrre, per una situazione particolare, un effetto divergente dal sistema normativo, un esonero dal rispetto della prescrizione altrimenti vincolante, che non necessita di una preventiva legittimazione da parte dell'ordinamento poiché nel diritto canonico tutte le norme, tranne quelle assolutamente immutabili, sono suscettibili di interventi dispensatori idonei ad adeguare la disciplina generale, astratta e uniforme, alle esigenze peculiari del caso concreto³¹.

Non si può, pertanto, negare la forza innovatrice della dispensa anche su fonti del diritto gerarchicamente superiori, ma occorre, piuttosto, definire in forma più flessibile ed elastica, rispetto alla concezione formalistica del principio di legalità importata dai modelli secolari, i criteri per valutare la congruenza degli atti di *ius singulare* con le esigenze di giustizia.

4 - La "giusta e ragionevole causa" della dispensa canonica

L'elemento decisivo che consentirebbe di armonizzare l'effetto derogatorio della dispensa con il rispetto dell'ordine costituito, è stato individuato nel necessario collegamento funzionale del beneficio con la sussistenza di una *causa iusta et rationabilis*³².

Quest'ultima, invero, pur non essendo espressamente richiamata nell'ambito del can. 85 CIC, viene tuttavia esplicitamente richiesta dal successivo can. 90, § 1, CIC: costituisce, infatti, una interessante e originale eredità della tradizione canonistica la precisazione che il provvedimento di *relaxatio legis* debba trovare una giustificazione oggettiva nel "prudente apprezzamento" delle specifiche circostanze che inducono a sospendere l'osservanza della norma, rispetto alla conseguenze connesse alla violazione della stessa³³.

³¹ S. BERLINGÒ, *Dispensa*, cit., p. 3.

³² E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Pontificia Università Santa Croce – Monografie giuridiche, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 261-272; S. BERLINGÒ, *Dispensa*, cit., p. 2.

³³ In conformità alla tradizione, infatti, la nozione di dispensa si fonda sul presupposto della causa, che non si trova espressamente indicato nel can. 85, ma risulta richiamato in altre norme dello stesso capitolo, come, ad esempio: il can. 87, par. 1, in cui si richiede che la dispensa giovi al bene spirituale dei fedeli; il can. 88, in cui si fa riferimento al bene dei fedeli; il can. 90, in cui si prescrive che "*a lege ecclesiastica ne dispensentur sine iusta ac*



Il requisito della “giusta e ragionevole causa”, cioè, rappresenterebbe il criterio di consonanza, di coerenza tra gli effetti (derogatori) della dispensa e la *ratio* della legge (derogata)³⁴, in modo tale che l’atto singolare introduce un adattamento della fattispecie astratta al caso concreto, senza tuttavia alterare o sovvertire l’intima coerenza del sistema legislativo. In questa maniera, si consente di mitigare il rigore della legge in un caso particolare, facendo sì che si realizzi la *ratio legis* più di quanto non avverrebbe con un’applicazione rigida della norma stessa³⁵.

In casi particolari, infatti,

«l’applicazione pedissequa del disposto normativo, anziché evidenziarne la “*ratio*”, può addirittura offuscarla e comprometterla nella sua più generale vigenza, sicché la “*relaxatio*”, per quella determinata e concreta ipotesi (o altre analoghe), finisce con l’*attuarla* e anzi rafforzarla, favorendone il coerente sviluppo e la piena realizzazione, al pari della rigorosa imposizione della legge in tutti gli altri casi»³⁶.

A tale proposito, il Codice del 1983 riporta la regola, già contenuta nel Codice piano-benedettino, che sancisce la presenza di una “causa legittima” ai fini della validità della dispensa, senza peraltro richiedere che corrisponda di fatto a una delle *causae canonicae* cristallizzate dalla prassi dell’amministrazione³⁷, purchè risulti, comunque sia, *iusta et rationabilis*.

rationabili causa, habita ratione adiunctorum casus et gravitatis legis a quo dispensatur”. (Non si dispensi dalla legge ecclesiastica senza giusta e ragionevole causa, tenendo conto delle circostanze del caso e della gravità della legge dalla quale si dispensa). La definizione contenuta nel can. 1536 del Codice dei canoni orientali, dal canto suo, riprende quella del Codice latino, ma in modo più completo, tant’è che inserisce nel testo del medesimo canone la prescrizione sulla necessità della *iusta et rationabilis causa*.

³⁴ Per Berlingò, la dispensa è un atto *contra legem*, ma non *contra tenorem rationis*. Se, al contrario, fosse portatrice di una nuova *ratio* sarebbe qualificabile come atto legislativo. Cfr. S. BERLINGÒ, *Dispensa*, cit., p. 3.

³⁵ “La finalità caritativa non annulla la norma ma, al contrario, la presuppone e la rende coerente con le esigenze dell’uomo, destinatario della norma medesima”. Così S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell’economia della Chiesa*, cit., *passim*.

³⁶ Così S. BERLINGÒ, *La dispensa dagli impedimenti matrimoniali*, in *Diritto matrimoniale canonico*, a cura di P.A. Bonnet, C. Gullo, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002, p. 383, nota n. 13.

³⁷ Poiché il Motu proprio *De episcoporum muneribus*, si riferisce a “*causa vera legitima dispensationis est spirituale fidelium bonum*”, non si è ritenuto più necessario, per il retto espletamento della *facultas dispensandi* del vescovo, il ricorso di altre *causae legitimae*: “*causae canonicae non requiruntur*”. In altri termini, il *De episcoporum muneribus*, n. VIII, lascia chiaramente intendere che se pure, in concreto, nessuna delle *causae canonicae* un tempo individuate dallo *stylus* e dalla prassi della Curia come *iustae et rationabiles causae* fosse



Tuttavia, la norma contenuta nel can. 90 § 1 CIC, appare alquanto ambigua soprattutto con riferimento alle conseguenze riconducibili alla concessione di una dispensa *sine causa*, poiché sancisce che essa “è illecita e, se non fu data dal legislatore stesso o dal suo superiore, è anche invalida”.

È evidente che il nuovo Codice riproduce, quasi pedissequamente, il dettato contenuto nel vecchio Codice del 1917, nonostante la legislazione precedente si riferisse a un contesto storico/teologico/concettuale molto diverso e, soprattutto, recependo le ultime elaborazioni della decretalistica, riconducesse la dispensa all’ambito legislativo.

Nel Codice attuale, invece, come già detto, i presupposti dell’attribuzione della *potestas dispensandi* appaiono capovolti, per cui il riconoscimento della competenza propria dei vescovi diocesani a rilasciare la dispensa e, *a fortiori*, l’inquadramento dell’atto di concessione tra i provvedimenti amministrativi, fanno venire meno le ragioni che, in passato, inducevano a differenziare il regime della dispensa *sine causa* in base al soggetto agente. Com’è stato sottolineato³⁸, infatti, se si tratta, *in tutti i casi*, di una espressione del potere esecutivo, la disciplina dovrebbe, a rigor di logica, essere unitaria, sia che l’abbia elargita il *legislator eiusve superior*, sia che l’abbia data l’*inferior*³⁹.

Non si può, tuttavia, non rilevare la persistente ambiguità della normativa dovuta alla sovrapposizione di due impostazioni concettuali diverse in merito al fondamento della *potestas dispensandi* e sulla nozione stessa di *causa*, suscettibile di essere interpretata con un duplice significato⁴⁰: nel senso di *causa formalis seu finalis*, indica la necessaria rispondenza della *relaxatio* con la *ratio aequitatis*, in quanto finalizzata ad

ricontrabile, deve essere, comunque sia, presente, quale *causa legitima dispensationis*, un presupposto di fatto tale da evidenziare obiettivamente la ricorrenza di quello *spirituale fidelium bonum*, indispensabile perché non risulti arbitrario l’esercizio del potere. Cfr. S. BERLINGÒ, *La causa pastorale della dispensa*, cit., p. 398.

³⁸ Cfr. I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis*, cit., p. 551, secondo la quale il precedente Codice, recependo la concezione volontaristica dell’*emendatio legis*, riteneva la sola *voluntas del conditor legis* idonea a giudicare la *relaxatio*, anche *sine causa*. In altri termini, nel can. 84 del precedente Codice, si distingueva a seconda che la *dispensatio sine causa* fosse rilasciata dal legislatore *in lege propria* o dall’inferiore *in lege aliena*, e, pur essendo entrambe illecite, era sanzionata l’invalidità solo di quest’ultima.

³⁹ Inoltre, il riconoscimento del potere di dispensa come proprio dei vescovi, prima ancora di rendere a essi irriferribile la disciplina dell’*inferior*, di cui al can. 84 del Codice piano-benedettino, spiazza completamente tutta la sistematica sottesa a questa norma, la quale supponeva un rigido riparto di attribuzioni fra Pontefice e vescovi che il Concilio – almeno da questo punto di vista –, ha riconosciuto non consentaneo con la matrice originaria e la fine struttura del potere. Così S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità*, cit., p. 187.

⁴⁰ S. BERLINGÒ, *La causa pastorale*, cit., p. 397.



assicurare la salute spirituale della singola persona nel quadro del bene dell'intera comunità; nel senso, invece, di *causa motiva seu impulsiva*, designa il corredo di presupposti e di requisiti, non intrinseci al provvedimento ma basati esternamente sulle circostanze contingenti del caso concreto, che rendono opportuna la sua concessione. A quest'ultimo genere di motivi corrispondono i cataloghi di *causae canonicae* che sono stati elaborati dalla prassi della Curia romana e che si trovano compendiate nell'espressione "*causa iusta et rationabilis*" contenuta nella norma in esame.

In definitiva, occorre riconoscere che la dispensa del legislatore, pur in assenza di una *causa iusta et rationabilis*, debba essere almeno conforme ai criteri di *rationabilitas* intrinseca che costituiscono i presupposti imprescindibili per la correttezza di qualsiasi atto di governo ecclesiale⁴¹. Pertanto, la dispensa *sine causa*, considerata valida dal Codice, non può essere un atto contrario ai principi superiori di giustizia, ma una *derogatio casualis* che, pur risultando priva del collegamento di subordinazione funzionale alla norma, dato dal rapporto di proporzione tra il beneficio della sospensione dell'obbligo e le conseguenze della sua violazione, tuttavia risponde a un nuovo (ma, comunque sia, *ragionevole*) ordine di interessi determinato autonomamente del legislatore⁴².

In questa prospettiva, la dispensa non si dimostra contraria al fondamento sostanziale del principio di legalità, perché quest'ultimo viene garantito proprio dal criterio della *rationabilitas*, ossia dalla "ragionevolezza" della dispensa medesima che diventa strumento di "perfezionamento" dell'ordinamento.

5 - "La causa pastorale della dispensa"⁴³

Rimane tuttavia l'incongruenza (quanto meno formale) dei canoni che definiscono illecita, benché valida, la dispensa *sine causa* rilasciata dal legislatore⁴⁴.

⁴¹ Per Berlingò, occorre recuperare una esigenza di *rationabilitas* della dispensa, soprattutto per far fronte a quegli Autori che intendono prospettare la dispensa medesima come atto "grazioso" o, comunque sia, eminentemente rimesso all'insindacabile volontà di una potestà suprema. Così S. BERLINGÒ, *La causa pastorale*, cit., p. 360.

⁴² Cfr. I. ZUANAZZI, *Praesis ut prosis*, cit., p. 555.

⁴³ Il riferimento è, ancora una volta, al fondamentale lavoro di S. BERLINGÒ, *La causa pastorale della dispensa*, cit.

⁴⁴ A ben vedere, questa norma appare poco felice nella sua formulazione per diversi ordini di motivi: innanzitutto, perché mortifica la funzione pastorale del vescovo che viene a essere ridotto a mero esecutore delle norme pontificie e tenuto a uniformarsi alla prassi



La distinzione, nell'ambito della valutazione della responsabilità del *conditor legis*, evidentemente maturata nell'alveo della concezione volontaristica tipica del vecchio Codice, in realtà non avrebbe più senso di essere mantenuta. Invero, se la concessione (della dispensa) è valida perché data dall'autorità competente nell'ambito della propria giurisdizione, in modo non arbitrario e per un fine coerente con la *salus animarum*, quantunque eccezionale, non può che essere anche lecita. Del resto, il *bonum spirituale fidelium* è sempre *causa legitima dispensationis*⁴⁵.

Né sembra più opportuno riesumare vetuste distinzioni tra *superior* e *inferior* per sostenere la semplice illiceità (anziché la invalidità) di un provvedimento *sine causa* del primo, se si accetta di abbandonare il requisito puramente estrinseco e meramente legale della *iusta et rationabilis causa* per dare ingresso a un requisito, di tipo sostanziale, individuato dalla dottrina nella *causa pastoralis*⁴⁶.

Quest'ultima non può certo concepirsi come l'aggiunta di una ulteriore figura rispetto al lungo catalogo di *iustae causae* apprestato tanto dalla più tradizionale dottrina canonistica, quanto dalla prassi amministrativa; al contrario, essa deve intendersi come il preciso sintomo di un indirizzo che mira a superare il formalismo degli schemi legali, per introdurre, nell'esperienza giuridica della Chiesa, parametri di valutazione il più possibile "sostantivi".

Ciò deve spingere a ritenere che un vescovo fa un corretto uso del potere a lui attribuito quando, ad esempio, in vista del bene spirituale del "gregge" affidato alle sue cure, rilascia una dispensa da un impedimento matrimoniale anche se non ricorra una di quelle precise cause che risultano consolidate dalla tradizione canonistica; viceversa, deve ritenersi che vi sia un uso "scorretto" del potere qualora il rilascio avvenga senza il ricorso di alcun presupposto di fatto che lo giustifichi.

Invero, la presenza di un presupposto, sia pure "di tipo diverso" da quelli tradizionalmente enucleati, è condizione imprescindibile per una

della Curia romana quando, per il bene spirituale dei fedeli, ritenga di dovere dispensare dalle stesse leggi pontificie, in quanto corre il rischio di vedere invalidare i propri atti; poi, perché non precisa quali sarebbero le sanzioni cui andrebbe incontro il legislatore emanando dispense "illecite"; infine, perché non si capisce bene chi possa essere il "superiore" del legislatore. Risulta incerto anche il significato da attribuirsi alla nozione stessa di illiceità, in quanto non è chiaro quali conseguenze giuridiche siano riconducibili a un tale qualificazione. Cfr. S. BERLINGÒ, M. TIGANO, *Lezioni di Diritto Canonico*, cit., p. 104.

⁴⁵ Paolo VI, Motu proprio *De episcoporum muneribus*, VIII: "*Causa vero legitima dispensationis est spirituale fidelium bonum*".

⁴⁶ S. BERLINGÒ, *La causa pastorale della dispensa*, cit., p. 398.



dispensa “legittima”, perché serve a evidenziare, nel caso di specie, il ricorrere di una concreta ipotesi di quello *spirituale fidelium bonum*, la cui effettività deve essere l’esito di una valutazione obiettiva, se non vuole ridursi a una illazione ingiustificata del *dispensator* o, peggio, se non vuole fare apparire come arbitrario l’esercizio del potere.

In quest’ultima ipotesi, infatti, se anche si riuscisse a far fronte a una singola vicenda spirituale, vi sarebbe il rischio concreto di provocare, *ratione scandali*, un danno incommensurabile alla intera comunità di fedeli, con ben evidenti svantaggi per il *bonum spirituale* affidato alle cure del vescovo.

In altri termini, il richiamo alla *causa pastoralis*, auspicata dalla dottrina come contenuto sostanziale della *iusta et rationabilis causa*⁴⁷, non può significare altro che l’esigenza di un uso sempre più attento (ai presupposti di fatto) e più oculato (nelle valutazioni degli stessi) della *facultas dispensandi* da parte dei vescovi al fine di dare attuazione a quella causa che travalica, senza peraltro renderle vane, le singole *cause legitimae*, e che consiste, dunque, non in un requisito estrinseco, anche se necessario, ma in una modalità intrinseca al retto esercizio della funzione. Il richiamo alla *causa pastoralis*, perciò, in questa prospettiva, non solo non rappresenta un allentamento o una vanificazione delle esigenze di legittimità dell’azione del vescovo, ma, anzi, è sintomo di un appello a un senso di responsabilità ancora maggiore.

In definitiva, dunque, la *causa iusta et rationabilis*, come stereotipo di una prassi tradizionale può pure mancare; non può difettare, tuttavia, la causa *finalis* della dispensa, e cioè una causa, quale che sia dal punto di vista della connotazione del fatto, purché obiettivamente apprezzabile e tale da giustificare la sospensione del precetto nel caso di specie. In caso contrario, il vescovo non agirà né da *fidelis*, né da *prudens*; non realizzerà una *causa pastoralis*, bensì esorbiterà dalla sua funzione; il suo agire non potrà essere qualificato come *dispensatio*, bensì come *dissipatio*.

In questa ipotesi, come anche nell’ipotesi opposta di ricorso di una causa pastorale obiettivamente apprezzabile e di rifiuto di concessione della dispensa, non si potrà più parlare semplicemente di illiceità, ma di vera e propria invalidità della stessa.

6 -Altre ipotesi di *derogatio*: la dispensa intesa “in senso ampio” (*rectius*: “in senso pieno”)

⁴⁷ S. BERLINGÒ, *La causa pastorale*, cit., p. 399.



Quest'ultima interpretazione, - che ha, senza alcun dubbio, il merito di conciliare la prescrizione "anomala" del can. 90 § 1 CIC, con il quadro normativo complessivo del Codice nonché con i principi del diritto canonico -, costituisce una riprova ulteriore dell'ampiezza e della poliedricità del fenomeno dispensatorio nella Chiesa⁴⁸.

Invero, il nuovo Codice ha conservato altre forme di *derogatio* tratte dalla risalente tradizione canonistica che oltrepassano i margini della tipologia descritta nel capitolo specifico *de dispensationibus*, in quanto sono idonee a incidere su leggi definite "indispensabili" (nel senso di non dispensabili) dall'autorità esecutiva.

Del resto, gli stessi limiti posti dalla legislazione giovanneo-paolina alla dispensa dalle leggi processuali e penali valgono soltanto a sottrarre la competenza alle autorità inferiori, ma lasciano impregiudicata la facoltà della Sede apostolica di disporre deroghe anche in tali materie. E ancora, eventuali clausole di indispensabilità poste a rafforzare la precettività di determinate norme ecclesiastiche escluderebbero soltanto interventi derogatori degli organi esecutivi, mentre il legislatore che le ha disposte conserverebbe inalterato il potere di esonerare dall'osservanza in casi particolari, così come potrebbe pur sempre abrogare la legge medesima.

Il fenomeno dispensatorio, cioè, pare conservare, nella Chiesa, contorni più ampi e versatili rispetto al modello tipizzato nel capitolo (codicistico) a ciò dedicato: invero, la flessibilità intrinseca del sistema canonico, che richiede la perenne congruenza delle norme al bene concreto delle persone, giustifica l'esistenza di modalità duttili e polivalenti di *relaxationes legum*, che non rientrano necessariamente nella categoria dell'atto amministrativo "in senso stretto", e si sottraggono, quindi, alla disciplina prevista dai relativi canoni⁴⁹.

⁴⁸ Com'è stato osservato, infatti, il can 85 CIC, si riferisce alla forma, per così dire "minimale" di applicazione del potere di dispensa, che non può certo risultare sufficiente per integrarne una completa ed esauriente definizione come quella che occorre invece ricavare da un esame sistematico di tutte le norme codiciali (ed extracodiciali) aventi a oggetto questo potere. Da esse si deduce che continuano a essere annoverate sotto il *nomen iuris* di dispensa ipotesi che attingono norme di diritto divino, sia pure non assolutamente immutabili. S. BERLINGÒ, *La dispensa dagli impedimenti matrimoniali*, cit., p. 381.

⁴⁹ Se quella che è stata descritta finora è la dispensa "in senso stretto", la stessa può essere vista sotto un aspetto più generale, come atto amministrativo in senso ampio. In altre parole, la dispensa è un atto tipico del diritto canonico perché attraverso di essa si realizza uno dei misteri fondamentali della Chiesa stessa. La dispensa canonica è, infatti, come già detto, un atto in deroga alle previsioni di legge, cioè un atto che può contrastare con le prescrizioni della legge anche quando non vi sia una previa norma derogante. La sola condizione assolutamente necessaria e insita nella funzione stessa della dispensa canonica è che sia autenticamente rispettosa della *ratio* della legge derogata (*secundum*



Si pensi, per fare un esempio, alle dispense pontificie di scioglimento del matrimonio per “inconsumazione”, (c.d. *dispensa super rato*, cann. 1142 e 1697), o per “*privilegium fidei*” (can. 1144, § 2), tradizionalmente configurate come veri e propri provvedimenti di “grazia” attraverso i quali “l’*administratio* realizza il ministero tipico dell’economia della chiesa”.

Si tratta, invero, di ipotesi eccezionali nelle quali, pur in presenza di una giusta causa, il rilascio del provvedimento è riservato esclusivamente alla discrezionalità del Sommo pontefice⁵⁰.

Certamente, non è semplice, per queste specifiche ipotesi di *dispensatio* (pontificia), immaginare ed, eventualmente, valutare in che termini possano essere affette da “invalidità”, proprio perché, sebbene emesse con le forme dell’atto amministrativo (rescritto), il loro contenuto ha ben altra portata⁵¹.

Anzi, in questa prospettiva, l’utilizzo della categoria dell’*administratio* sembra ancora più opportuno, in quanto riesce a fornire il fondamento unitario alle molteplici forme di dispensa; nel suo significato più “pieno”, infatti, travalica, esonda, traccina gli angusti limiti dell’atto

tenorem rationis) più di quanto non lo sarebbe una rigorosa applicazione del dettato legislativo. È noto, infatti, che a volte l’applicazione rigida di una legge o di una norma di legge può realizzare una *summa iniuria* anziché una *summa iustitia*, e, quindi, la disapplicazione di quella prescrizione anziché contrastare con la sua *ratio*, paradossalmente la realizza, perché proprio l’esonazione, la disapplicazione, la sospensione di una norma di legge, nell’ipotesi precisa, determinata e concreta in cui si realizzerebbe una palese ingiustizia, ne preserva il mantenimento in vigore per tutti gli altri casi, più di quanto non avverrebbe con una sua forzata applicazione lesiva delle giuste esigenze di libertà dei fedeli. Dunque, la dispensa serve a realizzare, laddove vi sia la necessità di derogare alla legge, le ragioni prime dell’ordinamento canonico. In definitiva, la *ratio* della norma finisce con l’essere soddisfatta attraverso la non applicazione della norma stessa, come a dire che l’eccezione conferma la regola.

⁵⁰ Nel primo caso, infatti, non essendosi realizzata, dopo la celebrazione del matrimonio, la consumazione del rapporto coniugale “*humano modo*”, il matrimonio stesso non avrebbe avuto ancora pieno compimento e, pertanto, non avrebbe potuto esprimere il dono della grazia insito nel sacramento e dalla quale i coniugi risultano “corroborati”. Nel secondo caso, invece, il matrimonio è stato celebrato tra “infedeli” (vale a dire tra coloro che non sono battezzati), e, quantunque valido, non è considerato dalla Chiesa un sacramento ed è, pertanto, dissolubile.

⁵¹ Sul problema particolare della sindacabilità degli atti pontifici, la dottrina canonista risulta divisa. Non manca, tuttavia, chi osserva che l’insindacabilità degli atti pontifici, sia pure specificamente confermati, non esclude l’assoggettamento di questi a un controllo e a una verifica attraverso i noti meccanismi del *mandatum apostolicum* o *oris aperiatio* e del *beneficium novae audientiae*, proprio perché si riconosce la possibilità di una loro invalida emanazione e la conseguente necessità di un loro ritiro. Di questo avviso è S. BERLINGÒ, *La causa pastorale*, cit., pp. 401-402.



amministrativo, per iscriversi nel più ampio e comprensivo orizzonte dell'attuazione (o attualizzazione) delle norme del diritto *lato sensu* intesa.

Dunque, non è più in gioco la liceità o illiceità della dispensa, secondo i vecchi paradigmi normativi, quanto piuttosto la legittimità o illegittimità della stessa, alla stregua delle nuove regole sulla procedura di giustizia amministrativa che, anche grazie all'attività posta in essere dalla *sectio altera* della Segnatura apostolica, cominciano a incidere sull'ordine giuridico della Chiesa.

Di certo, ancora meno si attaglia rispetto a queste ulteriori ipotesi di dispensa, il can. 90 CIC, in cui, come è emerso, risulta pressoché trascritto il vecchio can. 84 del 1917. Non viene tenuto abbastanza in conto, infatti, che nello stesso nuovo Codice, la dispensa è inequivocabilmente collocata fra gli atti amministrativi; fra gli atti, cioè, che possono anche essere *contra legem*, ma mai *contra tenorem rationis*, perché dovendo promanare da una potestà "*executiva*" e non da una potestà sovrana, non possono farsi portatori di una nuova *ratio* rispetto a quella della norma cui derogano. La dispensa, dunque, anche in questi casi eccezionali, non dovrà né potrà mai essere emanata *sine causa*, cioè senza il riferimento a specifici presupposti di fatto che, pur imponendo un adattamento (ridimensionamento) della norma, nel caso concreto, non sono tali da revocarne generalmente in dubbio la *ratio*⁵².

Perde, di conseguenza, gran parte della sua utilità il dibattito sulla illiceità e/o invalidità a proposito della dispensa emanata *sine iusta causa*. Se tali categorie potevano avere un senso fino a qualche tempo addietro, cioè sino al tempo in cui l'evoluzione giuridica della Chiesa induceva a ricostruire le forme di attività degli organi costituzionali canonici in termini meramente volontaristici e, si potrebbe dire, quasi privatistici; oggi che, anche nella Chiesa, il principio di legalità sembra voler trovare spazio maggiore rispetto al passato e gli interessi dei singoli fedeli reclamano la possibilità di interpellare a loro difesa sempre più efficaci e adeguate istanze di giustizia, il ricorso ai parametri della liceità e/o validità si appalesa vieppiù insufficiente per una idonea qualificazione dell'attività

⁵² Anche quando, come nelle procedure per le dispense *super rato* e per quelle dall'obbligo del celibato, a una preliminare *cognitio* segue un provvedimento di emanazione pontificia, bisogna ricordare che, nella pratica, le implicazioni del brocardo "*prima sedes a nemine iudicatur*" non sono di tale ampiezza da giustificare una formula così apodittica. Il principio che anche gli atti promananti dalla Sede Apostolica debbano informarsi a parametri di legittimità, risulta svolto con tutta evidenza nell'art. 125 del Regolamento generale della Curia romana. Vedi pure S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità*, cit., p. 188.



amministrativa ecclesiastica, mentre, contemporaneamente, emerge e si afferma il nuovo parametro della legittimità. In altre parole, dinanzi a una dispensa *sine iusta causa*, seppure concessa dalla suprema autorità della Chiesa, il problema da porsi non è quello della sua illiceità o invalidità, se non nei termini in cui l'una o l'altra comportino anche una *violatio legis*⁵³.

7 - Le violazioni dei “*generalia iuris et aequitatis canonicae principia*”

Invero, l'introduzione di una nuova procedura di giustizia amministrativa operata con la riforma della Curia e con la creazione di un organo apposito - la *sectio altera* della Segnatura apostolica, cui compete pronunciarsi sull'illegittimità di qualsiasi atto *potestatis administrativae ecclesiasticae* inficiato da una *violatio legis* -, hanno fatto sì che l'emanazione di dispense senza il ricorso di un preciso requisito normativo - sia pure inteso nel senso ristretto di una delle stereotipe *causae canonicae* - comportasse l'illegittimità del provvedimento ai sensi del n. 106 della Costituzione *Regimini ecclesiae universae*.

È stato pure acutamente sostenuto - contrariamente a chi ritiene che la *iusta causa* stia a indicare la causa motiva o impulsiva (e non già la causa *finalis* o *formalis*), in quanto non si sostanzierebbe in un elemento che investe la struttura del provvedimento ma che sta fuori, o, se si vuole, prima (presupposto) del momento deliberativo dell'atto, coinvolgendo, pertanto il merito, e non già la legittimità del provvedimento stesso - che, in realtà, la sfera dei presupposti-motivo (*iustae causae* in senso canonico), è pertinente al merito quando si tratta di commisurare l'adeguatezza dei medesimi al rilascio del provvedimento, ma non quando è in gioco la stessa loro obiettiva ricorrenza o la correttezza dei criteri di valutazione adoperati.

In altri termini, l'ambito di discrezionalità dell'organo che delibera, se è da considerare insindacabile quanto al giudizio di adeguatezza, non è libero, ma rigorosamente vincolato, in primo luogo dalla esistenza in sé del fatto in cui consiste il presupposto e, poi, dall'impiego dei criteri corretti (da

⁵³ S. BERLINGÒ, *La causa pastorale*, cit., p. 407; P. CIPROTTI, *La patologia del provvedimento amministrativo*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1971, p. 107; P. MONETA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità amministrativa nell'ordinamento canonico*, I, *Profili di diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 169; P.V. PINTO, *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 208; A. SABATTANI, *Iudicium de legitimitate actuum administrativorum a Signatura Apostolica peractum*, in *Ius can.*, 32, 1976, p. 238 ss.; L. SPINELLI, *Note sulla giustizia amministrativa nel vigente ordinamento canonico*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1976, p. 854.



un punto di vista tecnico e di giustizia materiale) nel compimento delle vere e proprie valutazioni di merito⁵⁴.

Ciò comporta, come conseguenza, che ci si trova dinnanzi a un difetto di legittimità (e non a un vizio di merito) nel caso, ad esempio, in cui l'organo competente, travisando i fatti, consideri come reale un presupposto che nella realtà non esiste; ovvero nel caso in cui, per valutare un presupposto di fatto pure esistente, lo stesso organo impieghi criteri palesemente inidonei a fondare un congruo giudizio di adeguatezza: o, ancora, quando si verifichi un'ipotesi di errore di diritto, di vero e proprio sbaglio, o di intenzionale sviamento del potere dai suoi fini istituzionali⁵⁵.

Inoltre, la tendenza di alcuni episcopati a rivendicare una maggiore sfera di discrezionalità per compensare l'eccessivo contenimento delle competenze loro attribuite dal Codice, ha fatto sì che, in sede di riforma della procedura di giustizia amministrativa, venisse criticata l'espressa inclusione, fra i casi di *violatio legis*, legittimanti un ricorso giurisdizionale, delle violazioni dei "*generalia iuris et aequitatis canonicae principia*"⁵⁶.

In realtà, l'espresso richiamo a una serie indefinita di *principia aequitatis canonicae* non è affatto superflua in quanto proprio l'equità canonica costituisce lo *spirito conformatore*, la *norma normans* dei principi generali del diritto canonico; è, pertanto, un criterio che dovrebbe presiedere alla ponderata amministrazione di tutte le direttive pastorali e include il rispetto per quei criteri elementari di giustizia, temperati da uno spirito di adattamento al caso concreto e da una considerazione misericordiosa e caritativa dei bisogni spirituali ("*iustitia dulcore misericordiae temperata*").

Il mancato uniformarsi a un modo di agire improntato a tali criteri da parte di qualsiasi *moderator ecclesiae*, è da considerare foriero di provvedimenti illegittimi proprio perché estranei al fine della Chiesa; se, infatti, la Chiesa è "apostolica", al Pontefice, in quanto Vicario di Cristo e successore di Pietro, e ai vescovi, in quanto successori degli apostoli,

⁵⁴ Così S. BERLINGÒ, *La causa pastorale*, cit., p. 408.

⁵⁵ Si potrebbe anzi dire, a questo proposito, che l'autorità che dispensasse compiendo volontariamente un errore sulla sussistenza e/o sulla consistenza dei presupposti, sarebbe da considerare *infidelis*; mentre andrebbe qualificata come *imprudens* se operasse sulla base di un errore dovuto a inavvertenza o poca diligenza. Cfr. S. BERLINGÒ, *La causa pastorale*, cit., p. 409.

⁵⁶ In argomento si rinvia a S. BERLINGÒ, "*Generalia iuris principia*" (c. 19), ora in ID., *Nel silenzio del diritto*, cit., pp. 259-273, nonché ID., *La competenza di legittimità e di merito della Segnatura Apostolica secondo la "Lex propria"*, in "*Iustitia et iudicium*". *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, a cura di J. Kowal, J. Llobell, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, pp. 2279-2299.



devono essere riconosciuti tutti i poteri necessari e sufficienti per continuarne la missione al servizio della comunità dei fedeli e nel rispetto delle finalità del Fondatore.

Non appare, dunque, certamente lesiva della discrezionalità dei ministri sacri, nell'esercizio della loro funzione pastorale, una verifica dell'osservanza dei principi di giustizia da applicare con equità, in quanto un potere esercitato senza l'osservanza di questi parametri, devierebbe, *natura sua*, dai fini istituzionali e non gioverebbe allo spirituale *fidelium bonum*, vera "causa" giustificatrice dell'agire funzionale.

8 – Un'invalidità "deontologica"?

Le riferite (felici) intuizioni sull'invalidità dell'atto amministrativo per "devianza" rispetto al fine proprio dell'ordinamento, ricavate dall'esame, seppure sintetico, di un istituto tipico del diritto canonico, qual'è la dispensa, appaiono ulteriormente avvalorate da una rilettura dei lavori di Antonio Romano Tassone, sempre sensibile nei confronti di temi delicati e complessi come quelli concernenti l'irregolarità (ma, in realtà, più in generale l'invalidità) degli atti amministrativi⁵⁷, l'autorità degli atti dei pubblici poteri⁵⁸ o, ancora, la contrapposizione tra forma e sostanza nel provvedimento amministrativo⁵⁹.

Si potrebbe, anzi, affermare che le conclusioni cui l'Autore giunge negli approfonditi studi su "Vizi formali e procedurali"⁶⁰, e "Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo"⁶¹, consentono di "riscoprire" alcuni aspetti dell'ordinamento canonico, in cui la costante dialettica tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo, forma e contenuto, autorità della legge e fine salvifico, è vissuta come autentico "dilemma" da risolvere il più possibile con *aequitas*.

⁵⁷ A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993.

⁵⁸ A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Diritto e Società*, 1991, p. 51 ss.

⁵⁹ Interessante la rilettura che ne offre Michele Trimarchi, in cui l'Autore mette in risalto, tra i temi portanti delle riflessioni di Antonio Romano Tassone, la presunta alternativa tra "elogio della forma" e "rilevanza del risultato": M. TRIMARCHI, *L'(in)validità nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Diritto amministrativo*, 2014, p. 555 ss.

⁶⁰ In www.giustamm.it, 2005.

⁶¹ In AA. VV., *Studi economico-giuridici (2003–2004). In memoria di Franco Ledda*, Università di Cagliari, Facoltà di Giurisprudenza, Serie Giurisprudenza, Giappichelli, Torino, vol. II, 2004, p. 1035 ss.



Invero, nella ricostruzione di Antonio Romano Tassone, - che è, innanzitutto, “opera di disvelamento delle ragioni profonde delle costruzioni giuridiche”⁶² -, i concetti di validità e invalidità di un atto, non sono “soltanto” possibili qualificazioni (di ordine logico) dell’atto giuridico in relazione all’ordinamento di riferimento, ma espressioni di precise istanze assiologiche e, si potrebbe dire, quasi ideologiche.

Per Antonio Romano Tassone, cioè, validità e invalidità non rappresentano qualificazioni ideologicamente neutre, attestanti rispettivamente la conformità o difformità dell’atto rispetto a uno schema prefigurato a livello normativo, ma recano con sé, inevitabilmente, l’esaltazione del valore del soggetto di diritto nei processi dinamici dell’ordinamento, finendo così per costituire il risultato di una “scelta” che sta all’origine stessa dell’ordinamento.

Se, infatti, nel tempo si è andata affermando, per l’atto giuridico, la qualificazione in termini di validità-invalidità, ciò si deve a una precisa intenzione di evidenziare il ruolo primario del soggetto (concepito in modo antropomorfo), all’interno dell’ordinamento: per l’insigne studioso, cioè, vi sarebbe un legame tra la nozione di invalidità e la soggettività giuridica, da cui discenderebbe, quale primo e necessario corollario, che risulta

“vano, oltre che metodologicamente sbagliato, pretendere di costruire una nozione pura (*wertlos*) di concetti quali quelli indagati, la cui genesi - e la cui stessa utilità - non rispondono a esigenze di mera logica, ma si riportano a un preciso retroterra ideologico”⁶³.

Secondo questa impostazione, cioè, le nozioni di validità-invalidità muterebbero a seconda che il soggetto venga concepito come realtà preesistente al diritto (che l’ordinamento ha solo il compito di riconoscere), o piuttosto come risultato di un processo di definizione normativa⁶⁴.

Senza eccessive forzature, si potrebbe, dunque, affermare che la nozione di invalidità dipenda sostanzialmente dalla formula legittimativa

⁶² M. TRIMARCHI, *L’(in)validità nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, cit., p. 557.

⁶³ A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità*, cit., p. 21

⁶⁴ “Il prevalere della normatività, intesa quale unica matrice dei fenomeni giuridici, fa sì che il valore giuridico dei comportamenti umani non sia più geneticamente riconducibile, neppure in parte, al valore intrinseco del soggetto che vi si esprime, ma appunto e soltanto alla norma che li definisce e costruisce. La validità dell’atto tende dunque a coincidere integralmente con la sua conformità a norma, perché è a quest’ultima - e solo a essa - che può riportarsi la giuridicità”. Così A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità*, cit. p. 30.



del potere, che Antonio Romano Tassone distingue in due tipologie: una a base oggettiva, e una a base soggettiva⁶⁵.

È evidente che, mentre nell'ordinamento statale, il potere ha prevalentemente una base di legittimazione oggettiva⁶⁶; l'ordinamento canonico, invece, fonda il potere su una legittimazione soggettiva⁶⁷.

Da tale diversa base legittimante discende che, anche se in entrambi i tipi di ordinamenti la decisione, in quanto espressione del potere, viene rispettata e osservata per la sua provenienza da un soggetto dotato di una particolare investitura (nascita; natura; scelta divina; elezione popolare)⁶⁸, è

⁶⁵ L'ultimo scritto dell'Autore si intitola *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, e si trova pubblicato in *Diritto amministrativo*, 2014, p. 560 ss.

⁶⁶ Con riferimento al fondamento (legale) del potere, si veda **A. ROMANO TASSONE**, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*. I. *Teoria e storia. Diritto amministrativo generale*, a cura di A. Romano, E. Casetta, G. Scoca, Cedam, Padova, 2007, p. 257 ss.

⁶⁷ Fin dai primi tempi dopo la scomparsa degli apostoli, infatti, le comunità cristiane hanno manifestato la tendenza a disporsi sotto la guida di un presidente, chiamato *episcopo*. Per convinzione unanime, l'investitura di vertice del pastore trovava fondamento non tanto nella designazione da parte della comunità, quanto da un'origine direttamente divina, che si legittimava per la trasmissione ininterrotta dei poteri di legare e di sciogliere conferiti da Cristo ai primi discepoli. Risalgono anche ai tempi iniziali le tracce dell'usanza dei vescovi di rivolgersi alla guida eminente del titolare della sede di Roma per risolvere i problemi dottrinali e disciplinari, e per sanare i dissidi sorti nelle singole comunità. In epoca successiva, divennero sempre più frequenti i ricorsi al pontefice, sia per la più insistente necessità di chiedere chiarimenti sulle regole da applicare nelle questioni controverse, sia per la graduale consolidazione della dottrina teologica del primato, intervenuta a legittimare l'attribuzione del potere superiore che i pontefici stavano di fatto esercitando in ambiti e con modalità via via più estese. Sempre più decise e perentorie divennero le affermazioni del potere superiore di decisione del papa, in qualità di garante dell'ortodossia della fede e come tutore dell'osservanza della disciplina. La sede romana venne a imporsi come l'istanza decisionale più alta sulla chiesa universale, mentre la piena e incontrastata affermazione del primato petrino si raggiunse con il pontificato di Gelasio I, assertore della tesi della separazione e della reciproca non ingerenza tra le due spade del *regnum* e del *sacerdotium*. Cfr. **J. GAUDEMET**, *Storia del diritto canonico, Ecclesia et Civitas*, trad. it. di A. Ruzon, T. Vanzetto, Ed. San Paolo, Cinisello Balsamo (Milano), 1998, p. 157.

⁶⁸ Il requisito di "legalità", come svolgimento corretto del potere, risulta così strettamente connesso al presupposto di legittimità del titolo di investitura, dato che l'abilitazione all'esercizio della funzione da parte dell'autorità viene a essere giustificata dall'essenziale corrispondenza tra quanto disposto e i valori riconosciuti dalla società e dall'ordinamento. Tale congruenza con i fini della funzione è ciò che legittima, sotto il profilo della retta argomentazione logica e giuridica, l'emanazione di un particolare provvedimento. L'elemento strutturale che rivela questa corrispondenza teleologica tra il contenuto del dispositivo e l'assetto di interessi predeterminato dall'ordinamento è la causa dell'atto amministrativo, intesa come "rapporto di relazione" tra lo scopo concreto perseguito e il fine tipico previsto dalla legge. Così già **O. GIACCHI**, *La causa degli atti*



da ravvisare nei due distinti ordini una fondamentale differenza: mentre nell'ordinamento statale, il soggetto dotato di potere deve *necessariamente* uniformarsi allo schema legale da cui trae oggettivamente (e/o estrinsecamente) origine la sua stessa legittimazione⁶⁹; per il diritto canonico, il titolare del potere – concepito come “servizio” o “*diaconia*”⁷⁰ – è, al tempo stesso, fonte del diritto, e ha, come *munus*⁷¹, quello di “normativizzare” l'ordinamento⁷², “riempiendo di contenuto” la regola

amministrativi canonici, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, vol. IV, Cedam Padova, 1940, pp. 260-263; E. GRAZIANI, *La “causa” del provvedimento canonico come limite agli effetti civili di esso*, in *Il diritto ecclesiastico*, LXVII, 1975, pp. 32-45.

⁶⁹ La tesi che afferma come necessario un fondamento ontologico del diritto, considera valida la norma che coincide (o non contrasta) con l'ordine naturale della realtà, e rispecchia “la verità” della persona. In questa prospettiva, tutti gli atti autoritativi, impositivi di regole o di comportamenti, devono trarre una legittimazione intrinseca dal contenuto delle proprie decisioni. Per la tesi, invece, che sostiene una genesi volontaristica del diritto, la norma è valida come comando riconducibile formalmente all'organo detentore di potestà nell'ordinamento. Gli atti autoritativi ricevono, pertanto, una legittimazione estrinseca, che prescinde dalla sostanza del dispositivo e deriva, piuttosto, dalla corrispondenza esteriore ai requisiti giuridici che disciplinano la competenza e le procedure a emanarli. A quest'ultima “visione” del diritto, si ricollega il principio di legalità in senso formale elaborato nel secolo scorso dagli Stati dell'Europa continentale, con ordinamento c.d. di diritto amministrativo.

⁷⁰ Sul carattere diaconale dei *munera* ecclesiali, si veda S. BERLINGÒ, *Dal “mistero” al “ministero”: l'ufficio ecclesiastico*, in *Ius Ecclesiae*, V, 1993, pp. 91-120 e, più di recente, ID., *Il ministero pastorale di governo: titolari e contesto*, in ID., *Nel silenzio del diritto*, cit., pp. 367-381.

⁷¹ Si è già sottolineato come nel concetto di *munus* ecclesiale sia insita una dimensione di intrinseca doverosità, in dipendenza dal mandato divino di provvedere al servizio del Popolo di Dio, a imitazione di Cristo Buon Pastore. In forza di questo carattere diaconale, colui che è titolare di potestà pubbliche non è un *dominus* dei mezzi di grazia, quanto piuttosto un *fidelis dispensator* di un patrimonio di salvezza donato da Dio alla Chiesa e di cui sono beneficiari tutti i fedeli, secondo il monito evangelico di Lc 12, 42. Cfr. anche CONCILIO VATICANO II, Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, nn. 18, 24 e 27; Decreto sull'ufficio pastorale dei vescovi nella Chiesa *Christus Dominus*, n. 16.

⁷² In questo si misura la differenza di fondo tra l'ordinamento canonico e quello statale, vale a dire nella diversa impostazione del rapporto tra i concetti di conformità legale, legittimità del potere e giustizia sostanziale dell'atto. Mentre, infatti, nello Stato, l'organizzazione delle funzioni pubbliche viene disciplinata in una prospettiva eminentemente formalistica, per cui il rispetto delle regole e delle garanzie poste dalla legge costituisce l'unico e imprescindibile criterio di legittimità dell'autorità, e, di conseguenza, della validità delle disposizioni adottate; nella Chiesa, al contrario, la legittimità dei provvedimenti della gerarchia discende non solo dalla corrispondenza letterale alle norme positive ma, soprattutto, dalla congruenza assiologica di quanto deciso con i valori fondamentali che presiedono, secondo il disegno che Dio ha predisposto per l'uomo, al bene della comunità e delle singole persone. Pertanto, com'è stato affermato, la stessa applicazione delle norme prestabilite dal legislatore ecclesiastico non si limita alla



primigenia dell'amore salvifico, nella fedeltà al *mandatum apostolicum* che gli è stato soggettivamente (e/o vocazionalmente) conferito⁷³.

Del resto, proprio alla luce della fondamentale ordinazione al principio di comunione deve leggersi la riforma del diritto amministrativo introdotta dalla legislazione giovanneo-paolina che ha sottoposto gli atti amministrativi al rispetto di condizioni di legittimità e al vaglio di procedure di controllo, nonostante i limiti di applicazione delle norme formali conseguenti all'elasticità intrinseca dell'ordinamento canonico o – come è stato affermato⁷⁴ – in forza di un'attuazione più flessibile che esprime l'esigenza di perseguire concretamente i fini dell'istituzione salvifica, tesa a promuovere, nei contenuti oggettivi e nelle modalità operative, rapporti inter-personali di autentica solidarietà e rispetto tra gerarchia e fedeli.

Il senso profondo dell'"*administratio*" nella Chiesa, in definitiva, "non consiste nel porsi al di sopra della norma, ma nell'impegno a farne propria e a metterne a frutto l'essenza, in modo da garantire sempre in concreto l'attuazione di una superiore forma di giustizia"⁷⁵.

Se questa è la *ratio* del sistema, che costituisce pure il criterio *deontologico* circa il modo e il senso di applicazione degli strumenti di garanzia predisposti dal Codice per rendere la funzione amministrativa maggiormente conforme ai fini dell'ordinamento⁷⁶, è possibile immaginare che Antonio Romano Tassone avrebbe condiviso l'opinione di chi ravvisa⁷⁷,

mera osservanza teorica, ma richiede una "concretizzazione" del comando nella situazione reale, per il tramite di un'opera di "mediazione" tra la fattispecie tipica e le circostanze specifiche, per metterne pienamente a frutto il precetto e garantire davvero la "bontà" del provvedimento in ordine alla salute spirituale delle persone. Così **I. ZUANAZZI**, *Il principio di legalità*, cit., p. 51-52.

⁷³ Per il diritto canonico, il modello di dispensa è costituito dall'*oeconomia Filii* che, conformandosi all'azione dello Spirito, in una prospettiva di fedeltà alla missione del Padre, si realizza e si amministra per mezzo di un'attività spontanea e liberamente orientata, senza esaurirsi in una funzione meccanicamente e aridamente esecutrice. Cfr. **S. BERLINGÒ**, *Privilegi e dispense: dibattito aperto*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, Roma, 1979, p. 93.

⁷⁴ Così **I. ZUANAZZI**, *Praesis ut prosis*, cit., p. 700.

⁷⁵ **S. BERLINGÒ**, *Privilegi e dispense: dibattito aperto*, cit., p. 96.

⁷⁶ In questa prospettiva, la sottomissione dell'attività amministrativa a parametri superiori di validità risponde a un'istanza assiologia sempre costante nell'esperienza giuridica, in base alla quale si esige la "*rationabilitas*" delle disposizioni dell'autorità come rapporto di conformità sostanziale (o "coesione") tra quanto stabilito e i principi intrinseci di giustizia che attengono al bene delle persone e dell'intera comunità nella concretezza delle composite relazioni umane.

⁷⁷ Il riferimento è, ancora una volta, a **S. BERLINGÒ**, *La causa pastorale della dispensa*, cit.



nel diritto “tipico” e “carismatico” della Chiesa, un principio di legalità sostanziale, declinato nel senso di “legalità di risultato”, ove il “risultato” coincide, necessariamente e doverosamente, con lo “*spirituale fidelium bonum*” (un “*bonum commune*” sia al “*fidelis administrator*”, sia al “*fidelis administratus*”).