

Atto amministrativo e limitazione dei diritti*

SOMMARIO: 1. *Il diritto e i suoi limiti*: a) Il diritto quale *suum* delimitato; b) Il potere di delimitazione dei diritti da parte delle autorità.— 2. *L'attività amministrativa e la limitazione dei diritti*: a) Il principio di legalità; b) Il principio *pro libertate*.— 3. *Gli atti amministrativi gravosi*: a) Diniego di permisioni; b) L'attività amministrativa sanzionatoria; c) Limitazioni all'esercizio del ministero sacerdotale.

Nei celebri affreschi trecenteschi della sala dei Nove del Palazzo Pubblico di Siena, Ambrogio Lorenzetti ha voluto raffigurare il buon governo mediante la sembianza di un anziano — rappresentante la saggezza — affiancato a sinistra dalla virtù della giustizia, mentre nella parete dedicata al malgoverno risalta un'immagine indicativa della “*iustitia afflicta*”. Nell'opera d'arte è possibile ammirare l'originalità dell'artista e tanti particolari caratteristici della vita del Comune all'epoca, ma l'idea portante delle iconografie, manifestata con la chiarezza, quasi ingenuità, della didattica pittorica medioevale, appartiene in realtà al patrimonio culturale risalente all'antica Grecia. Il buon governo, infatti, è frutto della saggezza, la virtù principale che si richiede nel governante è la prudenza, il governo di una società mira a condurre la comunità verso il suo bene; tuttavia, è presupposto ineludibile dell'azione di governo che essa rispetti la giustizia, e l'effetto più deleterio del malgoverno è proprio che vengano calpestati i diritti dei membri della comunità.

Appare, dunque, quanto mai opportuno che, volendo trattare dell'atto prudente di governo, ci si interroghi circa il suo rapporto con il diritto e, più concretamente, sull'eventualità che l'atto di governo limiti i diritti. Per affrontare il tema dell'atto amministrativo in quanto possibile fattore della limitazione dei diritti si rende necessario innanzitutto definire bene i termini del rapporto, cioè l'atto amministrativo e la nozione di limiti del diritto. L'avvertenza non è banale, in quanto la scienza del diritto amministrativo canonico è ancora recente e si è sviluppata alla stregua del diritto amministrativo statale, il quale a sua volta è stato fortemente condizionato sin dalle sue origini dai presupposti ideologici della Rivoluzione francese e dalla concezione liberale e positivista del diritto, tipica dei due ultimi secoli.

Articolerò quindi la mia esposizione in tre parti, cercando anzitutto di chiarire, a mo' di premessa, il concetto di diritto e dei suoi limiti, poi passerò ad analizzare la funzione dell'atto amministrativo rispetto alla limitazione dei diritti, e concluderò con l'analisi di alcuni tipi di atti amministrativi che possono suscitare maggiori perplessità in relazione con il loro rapporto con il diritto, tanto sotto il profilo teorico quanto sotto quello della prassi, come alcune vicende recenti della vita della Chiesa hanno dimostrato.

1. *Il diritto e i suoi limiti*

a) Il diritto quale *suum* delimitato

Stando alla classica nozione ulpiana di giustizia, il diritto, il *ius*, sarebbe l'oggetto della giustizia, ciò che bisogna dare a ciascuno perché è il *suum* di ognuno¹. Questo *suum*, il *iustum*, non è qualcosa di indeterminato. Il diritto, infatti, quale realtà appartenente ad un soggetto e perciò dovutagli in giustizia, ha dei contorni ben precisi. La rappresentazione tradizionale della giustizia in

* Pubblicato in *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, a cura di J.I. Arrieta, Venezia 2008, pp. 187-213.

¹ «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*» (*Dig.*, 1.1.10).

forma di bilancia riecheggia l'idea dell'uguaglianza, proprio perché si tratta di dare a ciascuno esattamente ciò che è suo: dare più del dovuto è aggiungere all'atto giusto un gesto di liberalità, mentre l'azione di rispettare, dare o restituire al titolare di un diritto meno del dovuto costituisce comunque un atto ingiusto. Ne segue che non è possibile pretendere che un taglio al diritto possa avvenire in maniera giusta allegando che la lesione è stata solo parziale: ciò non sarebbe altro che una *contradictio in terminis*. Non è quindi pensabile il diritto come composto di un nocciolo intaccabile, da una parte, e, dall'altra, di una sorta di periferia dipendente dalle circostanze e disponibile da parte di terzi, siano pure essi costituiti in autorità. Invero i limiti dei diritti sono i contorni determinanti il *suum* di ognuno, ma non sottrazioni al *ius* causate da interventi estrinseci.

Ne segue l'importanza di saper individuare i precisi limiti dei diritti se si vuole ottemperare al dovere di giustizia. Proprio l'operazione di indicare quale sia il diritto di ognuno e fino a che punto esso arrivi costituisce l'arte del giurista. Sulla base di queste idee basilari e classiche sul diritto, sulla giustizia e sul ruolo dei giuristi è opportuno rilevare alcune precisazioni.

Anzitutto, conviene riflettere sul significato di alcune categorie tecniche, ricorrenti soprattutto in campo amministrativista, riguardanti certe posizioni giuridiche che non costituirebbero diritto in senso stretto, come sarebbero l'aspettativa di diritto, l'interesse legittimo, i diritti affievoliti, ed altre. A ben guardare, proprio perché tali categorie riflettono una posizione dei soggetti che ben può qualificarsi come giuridica (relativa, cioè, al *ius*), i titolari di tali posizioni hanno in realtà un *suum*, un diritto nel senso ontologico del termine, sebbene con tali categorie si pretenda di mettere in risalto che il titolare non ha invece un altro diritto. Per esempio, colui che gode dell'aspettativa di un diritto non ha quel diritto a cui si riferisce l'aspettativa, ma ha il diritto consistente nella posizione di aspettativa, la quale deve essere rispettata in virtù della giustizia. Analoga osservazione si potrebbe proporre rispetto all'interesse legittimo, il quale segna la via che deve seguirsi per la sua tutela, diversa appunto di quella prevista per la difesa del diritto soggettivo, ma in realtà il titolare dell'interesse ha sostanzialmente un diritto che va rispettato. E' noto, infatti, come la stragrande maggioranza della dottrina canonistica si pronunciò in senso contrario all'eventualità di mutuare o meno dal diritto italiano la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo², e, di fatti, il sistema canonico vigente prevede la protezione dei diritti e di ciò che si potrebbero chiamare interessi legittimi mediante l'unico processo contenzioso amministrativo dinanzi al Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica³. Le distinzioni in parola, insomma, servono per classificare i diritti e attribuire alle diverse categorie delle precise conseguenze sul piano della loro tutela o della modalità di esercizio, fermo restando il dovere di rispettare comunque il *ius* di ognuno.

A proposito delle distinte categorie tecniche di diritto, occorre fare un richiamo speciale, sia pure brevemente, alla natura del c.d. diritto soggettivo. Si intende per tale la facoltà o l'insieme di

² Cfr., per esempio, R. COPPOLA, *Riflessioni sulla istituzione della seconda sezione della Segnatura Apostolica*, in *Apollinaris*, 43 (1970), pp. 361-362; I. GORDON, *De iustitia administrativa ecclesiastica tum transacto tempore tum hodierno*, in *Periodica*, 61 (1972), pp. 350-367; P. MONETA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità amministrativa nell'ordinamento canonico*, I: *Profili di diritto sostanziale*, Milano 1973, p. 247; G.P. MONTINI, *Il risarcimento del danno provocato dall'atto amministrativo illegittimo e la competenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano 1991, pp. 196-198. In senso contrario, P. CIPROTTI, *La giustizia amministrativa nella Revisione del "Codex Iuris Canonici"*, in *De iustitia administrativa in Ecclesia*, Roma 1984, pp. 130-131. Vedi da ultimo un'analisi dello *status quaestionis* a partire da una concezione realistica del diritto in M. DEL POZZO, *Spunti di riflessione ed elementi di confronto sull'interesse legittimo nel contenzioso amministrativo canonico*, in *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa Il contenzioso amministrativo*, a cura di E. Baura e J. Canosa, Milano 2006, pp. 435-458.

³ Cfr. can. 1445 § 2, art. 123 §§ 1 e 2 della cost. ap. *Pastor Bonus* e artt. 96 e ss. delle *Normae speciales in Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae ad experimentum servandae*, 25 marzo 1968, (apparso su diverse pubblicazioni; si possono vedere, per esempio, in *Enchiridion Vaticanum*, Bologna, 1984, vol. 8, pp. 522-587).

facoltà posseduto da un soggetto rispetto ad un ambito determinato della realtà⁴. Dalla prospettiva della teoria del diritto soggettivo, la *res* sarebbe l'oggetto sul quale ricade il diritto, ma non il diritto stesso, il quale consisterebbe sostanzialmente nel potere di un soggetto. Il contenuto del diritto soggettivo sarebbe le facoltà di cui gode il titolare, mentre l'oggetto sarebbe un elemento esterno al diritto stesso. E' innegabile che se una cosa (nel senso ampio del termine, comprendente anche le realtà immateriali) appartiene ad un soggetto, questi gode di un complesso di facoltà rispetto a tale cosa, anzi si può dire che tali facoltà sono diritto perché sono anche esse oggetto della giustizia, in quanto devono essere rispettate dagli altri. Tuttavia la costruzione di un sistema giuridico a partire dalla nozione del diritto soggettivo rischia di cadere in un formalismo vuoto, se si identifica il *ius* con il diritto soggettivo, la giuridicità con il potere o la facoltà, spostando l'oggetto della giustizia non alla cosa che appartiene al soggetto ma al potere che egli ha su di essa, soddisfacendo così il dovere di giustizia con il rispetto e la tutela delle facoltà soggettive, indipendentemente dal risultato materiale, il quale esulerebbe dall'ambito giuridico per rientrare esclusivamente in quello tecnico, economico o politico⁵. Tale schema di pensiero può provocare delle situazioni sostanzialmente ingiuste, qualora si offrisse una garanzia legale e giudiziale al diritto soggettivo, ma non si desse di fatto il *suum* ad ognuno. La giustizia richiama invece che venga rispettato tutto il *ius*: e le facoltà del soggetto e la cosa⁶.

A partire dalla categoria tecnica di diritto soggettivo si è creato un corpo dottrinale che distingue il diritto dall'esercizio del diritto. Nulla da eccepire in quanto si tratta di una distinzione rispondente alla realtà e utile a determinare le conseguenze giuridiche delle diverse situazioni, ma penso che si debba avere molta cautela allorché la si invoca per affermare che, sebbene venga limitato o impedito l'esercizio di un diritto, il diritto stesso rimane intatto, come ha fatto peraltro la dottrina amministrativista civile per fondare la teoria delle limitazioni amministrative di diritti. Qui appare di nuovo opportuno il richiamo ad una visione realistica della giustizia per far notare che i limiti (forse legittimi) all'esercizio dei diritti sono pur sempre limiti al diritto stesso (inteso come il *suum* di ognuno) in una situazione concreta.

Esula dagli intenti di questo lavoro la proposta di una teoria generale circa i limiti dei diritti, le loro classificazioni (limiti intrinseci ed estrinseci) e il loro fondamento (i diritti altrui nell'ambito del diritto privato, come vorrebbe una visione di stampo liberale, o la prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato, come si suole affermare nella dottrina pubblicistica, o altre spiegazioni

⁴ Le conclusioni che in questo lavoro si traggono circa la necessità di non identificare l'oggetto della giustizia con il diritto soggettivo non cambierebbero anche se si considerassero altre concezioni del diritto soggettivo, per esempio quelle molto legate alla legge, come la teoria di Ihering che intende il diritto soggettivo come l'interesse (del soggetto) giuridicamente protetto o, addirittura, come quella di stampo kelseniano, che giunge alla negazione del diritto soggettivo con entità propria, in quanto esso viene identificato con la stessa norma oggettiva, della quale non sarebbe che un'espressione soggettiva.

Sembra che la teoria del diritto soggettivo abbia le sue origini in Guglielmo di Ockham. L'idea del diritto soggettivo ha anche avuto eco nella canonistica, tra l'altro perché è stata assunta da Suárez. A partire dal secolo XVII la tendenza ad identificare il *ius* con il diritto soggettivo è ricorrente negli autori e predominante a partire dal secolo XIX, poiché combacia bene con il liberalismo. Cfr. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 1975, pp. 230 e ss. (ed. italiana: *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano 1986, pp. 195 e ss.).

⁵ Giova notare come Suárez, autore di grande influsso nella canonistica, pur presentandosi come tomista, abbia abbandonato la dottrina del Dottore Angelico sul diritto e la giustizia, proprio per identificare l'essenza del *ius* nel potere, anziché nella «*ipsa res iusta*» (TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1). Scrive, infatti, il Suárez: «...*actio seu moralis facultas, quam unusquisque habet ad rem ad se aliquo modo pertinentem, et illud proprie videtur esse obiectum iustitiae*» (F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus, Conimbricæ* [1612=Madrid 1968], I.2.6).

⁶ Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona 1992, pp. 237-244 e la bibliografia ivi citata. Per una visione dei diritti fondamentali del fedele in chiave realistica, vale a dire superando la teoria del diritto soggettivo, cfr. J.I. ARRIETA, *I diritti dei soggetti nell'ordinamento canonico*, in *Persona y Derecho. Suplemento Lex nova de derechos fundamentales del fiel*, 1 (1991), pp. 9-46.

possibili)⁷. Invero, parlare dei limiti dei diritti e del loro fondamento equivale a trattare del diritto stesso e della sua fondazione, di modo che la materia è pressoché sconfinata. Naturalmente, una teoria sul fondamento dei diritti nella Chiesa deve comunque basarsi su una antropologia coerente con la Rivelazione e su una concezione della Chiesa in consonanza con quanto essa afferma di se stessa attraverso il Magistero⁸. In questa sede basta partire dal presupposto dell'esistenza di veri diritti nella Chiesa, vale a dire di realtà che appartengono veramente ai fedeli ma che possono essere in possesso di altri, in modo tale che esistono effettivi rapporti interpersonali di giustizia, che il canonista deve saper individuare mediante lo studio dei titoli giuridici che attribuiscono tali diritti e mediante l'osservazione della realtà della Chiesa, la quale gli offre il fondamento di tali diritti e le loro configurazioni, onde poter denunciare i possibili abusi o limitazioni ingiuste.

b) Il potere di delimitazione dei diritti da parte delle autorità

Alla luce di queste considerazioni va letto il can. 223, il quale, a chiusura del primo Titolo del Libro II, dedicato agli obblighi e diritti di tutti i fedeli, avverte nel suo primo paragrafo che, nell'esercizio dei diritti, i fedeli devono tener conto del bene comune della Chiesa, dei diritti altrui e dei propri doveri nei confronti degli altri, e nel secondo afferma che «ecclesiasticae auctoritati competit, intuitu boni communis, exercitium iurium, quae christifidelibus sunt propria, moderari».

Il canone in parola riproduce quasi testualmente l'art. 19 del progetto della *Lex Ecclesiae Fundamentalis*, il quale a sua volta si ispira al n. 7 della Dichiarazione *Dignitatis Humanae*. In questo testo il Concilio, oltre a parlare della responsabilità personale nell'esercizio dei diritti (il documento, come è noto, si riferisce al diritto di libertà religiosa), tratta della funzione delle autorità in ordine alla promozione del bene comune e alla protezione dei diritti. Giova rilevare come la nozione di ordine pubblico non viene presentata nella dichiarazione conciliare come restrittiva dei diritti ma al contrario, come protettiva di essi. «Per il resto — conclude il citato passo conciliare — nella società va rispettata la norma secondo la quale agli esseri umani va riconosciuta la libertà più ampia possibile, e la loro libertà non deve essere limitata, se non quando e in quanto è necessario».

I diritti vengono delimitati da molteplici elementi: innanzitutto dalla natura della cosa costituiva del diritto, ma anche dalle altre *res iustae* e da circostanze di diverso tipo, tra cui si trova sicuramente il bene comune. L'autorità ha la funzione di procurare il bene comune della società e pertanto di promuovere i diritti dei singoli, ma per la stessa ragione ha anche la potestà di delimitare i loro diritti. Si tratta ora di vedere quale sia la portata di quella funzione di «moderari» l'esercizio dei diritti e, all'interno di essa, quali siano i compiti del legislatore e quali quelli delle autorità amministrative, fermo restando il principio che «moderari» (regolare, moderare, dirigere, mantenere entro certi limiti) non significa assolutamente detrazione del dovuto, ma configurazione dei contorni.

Sul piano dell'astrattezza è possibile determinare i profili dei diritti, come fa appunto il legislatore. Non è lo scopo principale della legge quello di definire (astrattamente) o di regolare i diritti, bensì quello di ordinare la vita sociale per condurla verso il suo bene. L'arte del legislatore non è, infatti, primariamente di carattere giuridico (di costituire o indicare il diritto), ma di governo, cioè di ordinazione della vita societaria. Tuttavia non c'è dubbio che, nell'ordinare una comunità

⁷ Lo stesso can. 223 § 1 afferma che «in iuribus suis exercendis christifideles tum singuli tum in consociationibus adunati rationem habere debent boni communis Ecclesiae necnon iurium aliorum atque suorum erga alios officiorum».

⁸ Per un tentativo di fondare i diritti della Chiesa con una visione filosofica realista, tenendo conto delle esigenze del mistero di comunione della Chiesa e delle diverse teorie al riguardo, cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000, specie pp. 138-207.

mediante regole generali e astratte, si attribuiscono diritti (si distribuiscono cariche, si riconoscono facoltà di agire, si danno competenze, e via dicendo) e si stabiliscono dei doveri⁹.

Per quanto riguarda il ruolo della legge nella regolamentazione dell'esercizio dei diritti, va tenuto presente innanzitutto che proprio perché essa tratta di mettere ordine in una realtà preesistente, la legge deve rispettare le esigenze intrinseche alla realtà stessa in ordine al raggiungimento del proprio bene; in ciò consiste l'elemento essenziale della legge chiamato razionalità, il quale comprende tra l'altro il rispetto dei diritti intaccabili¹⁰. Una legge contraria alla natura umana, alla condizione di fedele o al bene comune non sarebbe obbligatoria per la semplice ragione che non stabilirebbe un ordine, ma un disordine, non sarebbe legge, ma «*corruptio legis*»¹¹. E' peraltro evidente che la ricerca del bene comune comporta la tendenza a promuovere, anziché mortificare i diritti dei membri della comunità. Ancora una volta si evince che la delimitazione dei diritti non può essere sottrazione del *iustum*.

All'idea dell'impossibilità di intaccare parzialmente i diritti in modo giusto, si potrebbe obiettare che le circostanze limitano spesso i diritti o, quanto meno, il loro esercizio equo. A questo proposito occorre richiamare l'attenzione sul fatto che tanto in dottrina quanto da parte del legislatore i diritti vengono presi in considerazione astrattamente, proprio per poter elaborare delle categorie generali di diritti. La dottrina (a parte la casistica) e la legge operano con concetti, ed ogni concetto applicabile a più individui comporta un certo grado di astrazione delle caratteristiche e dei contorni individuali. Le categorie astratte dei diritti hanno anche dei limiti, che sono quelli che rendono possibile tra l'altro la distinzione delle diverse tipologie di diritto, ma è soprattutto nei singoli diritti dove è possibile ravvisare dei contorni precisi che determinano fin dove arriva il diritto di ognuno. Senza cadere in un nominalismo che dimentichi l'esistenza di una natura comune a più individui e senza perdere di vista che le circostanze non sono mai tali da relativizzare qualsiasi principio generale di esigenza giuridica — sebbene i contorni individuali dei diritti potranno spesso far vedere le deficienze delle formulazioni astratte dottrinali o legali —, va osservato che non sono le categorie concettuali, ma i singoli diritti, appartenenti a determinati soggetti che vivono in certe circostanze, ad esistere nella realtà, e che sono tali circostanze a “delimitare”, a tratteggiare i contorni dei singoli diritti, in modo tale che per delimitare i contorni precisi di un determinato diritto occorrerà considerare le circostanze del momento storico esatto in cui esso si trova. Peraltro, quest'ordine di considerazioni sta alla base, se non erro, della concezione aristotelica dell'arte prudenziale del giurista, dell'idea di *epicheia*¹² e della dottrina sull'abuso del diritto.

Nella vita quotidiana l'autorità dovrà procurare il bene comune nell'esperienza concreta del caso singolo. All'autorità esecutiva spetta la funzione di amministrare, la quale, diversamente a quella legislativa e giudiziale, presenta, come è noto, grandi difficoltà ad essere descritta in brevi termini¹³. Qui interessa soltanto rilevare che neanche all'autorità amministrativa spetta il ruolo

⁹ In questo senso San Tommaso affermava che «*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*» (TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 2).

¹⁰ Come si può vedere, parto dall'idea di legge come «*rationis ordinatio*» (*ibidem*, I-II, q. 90, a. 4). Esiste molta bibliografia dedicata allo studio della visione tomista della legge in confronto con altre concezioni di stampo volontaristico (cfr., per esempio, R. PIZZORNI, *La filosofia del diritto secondo S. Tommaso d'Aquino*, Bologna 2003, pp. 48-52.). Per un commento breve ma profondo, con importanti risvolti per la canonistica, vid. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, pp. 355-372.

¹¹ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1, ad 3.

¹² L'arte del giurista non si può limitare ad un'applicazione meccanica dei concetti astratti al caso concreto, ma deve saper cogliere la dimensione di giustizia insita nel caso concreto. In altre parole, il compito del giurista non si riduce ad un'operazione logica, bensì ad una decisione prudenziale sul caso concreto. Sulla prudenza giuridica e sul concetto di *epicheia*, cfr. ARISTOTELE, *Etica Nichomachea*, libro V (specie n. 10).

¹³ Cfr. Cfr. J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio de Derecho Administrativo Canónico*, Pamplona 2001, pp. 27-34.

primario di costituire o indicare il diritto, ma quello di amministrare, senonché, nell'espletamento della sua funzione, deve — dopo aver valutato la situazione giuridica sulla quale deve intervenire — prendere provvedimenti che interesseranno la posizione giuridica degli amministrati. Tali provvedimenti dovranno tendere in linea di massima a favorire i diritti dei fedeli, ma non si possono escludere gli inevitabili interventi svantaggiosi per alcuni amministrati.

E' stato affermato che il ruolo dell'autorità di cui al can. 223 § 2 è appannaggio del legislatore¹⁴. Certamente la regolamentazione generale e astratta dell'esercizio dei diritti è propria della legge, e, poiché l'esercizio del potere esecutivo deve rispettare il principio di legalità, gli atti amministrativi non possono andare contro la regolamentazione prevista dalla legge. Tuttavia, penso che non vada dimenticato che il *solo* principio di legalità non garantisce la giustizia dell'attività amministrativa, come più avanti cercherò di mettere in evidenza, e che, comunque, sia inevitabile che i provvedimenti singolari, pur nella cornice tratteggiata dalla legge, delimitino (“moderino”) i diritti.

L'attività di governo svolta mediante atti singolari mira infatti a soddisfare i beni dei singoli ma anche il bene comune, e, così facendo, definisce i limiti dei diritti. Nell'ambito amministrativo la delimitazione giuridica non avviene mediante categorie astratte, ma diviene concreta, in quanto tiene conto delle circostanze del caso, e talvolta può manifestarsi in modo assai rilevante, al punto che si giunge ad affermare in talune fattispecie che è stato impedito l'esercizio del diritto pur rimanendo fermo il diritto stesso.

Tuttavia la spiegazione delle limitazioni amministrative basata sulla distinzione tra diritto ed esercizio del diritto appare alquanto artificiosa e pericolosa, giacché potrebbe giustificare qualsiasi intervento dell'autorità, sotto il pretesto che il diritto (astratto) è rimasto fermo. Ritengo che sia più aderente alla realtà affermare apertamente che c'è stata una delimitazione del diritto esistente concreto in un momento storico in attenzione a determinate circostanze, ovvero, addirittura, se fosse il caso, un accertamento dell'inesistenza di un diritto previsto invece astrattamente in linea generale. Una siffatta maniera di giustificare la delimitazione concreta dei diritti implica partire dal superamento dell'idea della legge come unica regola della giustizia e vedere la norma generale come frutto dell'astrazione incapace di cogliere tutti i particolari della realtà, che è per l'appunto la visione che consente di considerare l'equità.

La concezione legalista del diritto vede nell'impostazione ora sostenuta un elemento di insicurezza, dimenticando che risulta molto più sicuro ed oggettivo il confronto con la realtà delle cose anziché con un testo legale. Ad ogni modo, risulta ragionevolmente prudente predisporre dei mezzi per garantire nella misura del possibile l'esercizio giusto della potestà amministrativa, la quale dichiara autoritativamente i limiti dei diritti (concretamente considerati). Occorre ora esaminare in quale misura e a quali condizioni l'Amministrazione possa delimitare i diritti degli amministrati.

2. *L'attività amministrativa e la limitazione dei diritti*

¹⁴ Cfr. V. DE PAOLIS, *Incardinazioni anomale*, in *L'istituto dell'incardinazione. Natura e prospettive*, a cura di L. Navarro, Milano 2006, p. 375. L'autore cita opportunamente l'art. 29 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che nel n. 2 afferma che «nell'esercizio dei propri diritti e delle proprie libertà, ognuno deve essere sottoposto *soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite per legge* esclusivamente al fine di assicurare il dovuto riconoscimento e rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della moralità, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica» (il corsivo è mio).

Chi ha tentato di elaborare una teoria generale delle limitazioni amministrative (in ambito civile) ha proposto di giustificare l'attività limitativa dei diritti da parte dell'Amministrazione a patto che vengano rispettati due principi: il principio di legalità e quello *pro libertate*¹⁵.

a) Il principio di legalità

Il principio di legalità è caposaldo del diritto amministrativo, anzi su di esso si è basata sostanzialmente la realizzazione della branca della scienza giuridica chiamata, appunto, diritto amministrativo. Non v'è dubbio che la sottomissione dell'attività amministrativa alla legge supponga una garanzia di giustizia e, soprattutto, di un esercizio non arbitrario della potestà esecutiva, se non altro perché il rispetto della regola generale impedisce un trattamento disuguale agli amministrati. Tuttavia, penso che non sia superfluo ribadire che il principio di legalità non può assurgere a principio ultimo, né tanto meno unico, del diritto amministrativo¹⁶, in quanto esso ha un duplice limite.

Innanzitutto, ci si trova con il limite intrinseco di ogni positivismo giuridico, e cioè che la legge non può essere l'ultima risposta alle esigenze di giustizia, poiché esiste la possibilità di avere delle leggi ingiuste. D'altra parte, l'intrinseca difettibilità della legge umana, dovuta alla sua astrattezza e all'impossibilità di abbracciare tutti i fenomeni giuridici, porta con sé la necessità di poter agire anche *praeter* e talvolta addirittura *contra legem* (almeno contro una determinata disposizione legale). E' significativa in questo senso la tendenza dottrinale e giurisprudenziale (presente nell'esperienza di molteplici ordinamenti giuridici) ad allargare il significato del principio di legalità (ove per legge bisognerebbe intendere anche i principi generali del diritto), e a ricorrere a figure, quali la deviazione del potere o l'abuso dei diritti, che permettono di correggere ingiustizie non previste dalla legge.

Ne segue che il principio di legalità ha senso nella misura in cui venga concepito come principio strumentale in ordine alla consecuzione di un valore ben più alto di quello relativo al mero rispetto della regola legale, e cioè il valore della giustizia, intendendo la giustizia non come un bene idealistico, ma come il rispetto dovuto ai singoli diritti¹⁷. Il carattere strumentale del principio di legalità mette in evidenza la sua limitatezza, ma non perciò ne viene diminuito il rigore. Semmai il contrario, perché, essendo consapevoli che il rispetto alla legge garantisce in misura soltanto relativa la correttezza giuridica, cioè giusta, dell'attività amministrativa, diventa di grande importanza far rispettare almeno quel minimo di garanzie. Del resto, non va dimenticato che l'acquisizione da parte della cultura giuridica del principio di legalità quale strumento atto a garantire (nella misura del possibile) l'esercizio giusto dell'autorità è frutto dell'esperienza e della riflessione plurisecolari.

E' stato senza dubbio un progresso lo stabilimento, seppure ancora imperfetto, nell'ordinamento canonico del principio di legalità. Il sesto dei dieci principi che dovevano ispirare la redazione del Codice del 1983 postula che «i diritti delle persone siano in modo idoneo definiti e tutelati. Ciò contribuirà a far più chiaramente apparire l'esercizio di un'autorità come un servizio, in modo che il suo uso sia rafforzato e siano rimossi gli abusi»¹⁸. Da sottolineare l'auspicio che i diritti

¹⁵ Cfr. G. VIGNOCCHI, s.v. *Limitazioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, Milano 1974, pp. 705-753.

¹⁶ Ho già trattato della questione in *Analisi del sistema canonico di giustizia amministrativa*, in *La giustizia nell'attività ...*, cit., pp. 43-56. Cfr. anche J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio ...*, cit., pp. 55-57.

¹⁷ «La ragione della inadeguatezza del principio di legalità va ricercata più a fondo, proprio nell'ambiguità del suo essere un criterio meramente formale, che sancisce soltanto un ordine gradualistico di forza tra le fonti del diritto, senza precisare quali modelli deontologici debbano rispettare» (I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, in *Ius Ecclesiae*, 8 [1996], p. 44).

¹⁸ Cfr. *Prefazione* al Codice del 1983. Per la versione integrale dei principi approvati dal Sinodo del 1967, cfr. *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, in *Communicationes*, 1 (1969), pp. 77-85.

vengano “definiti” (ovviamente per legge). Non v’è dubbio, infatti, che la definizione legale dei diritti sia un mezzo per tutelarli. Alla luce di questo principio va interpretato il can. 223 § 2, nel senso cioè che la limitazione dei diritti da parte dell’Amministrazione può avvenire solo nel rispetto della regolamentazione legale dei diritti.

Lungo l’ordinamento canonico attuale è possibile scorgere diverse manifestazioni concrete del principio di legalità. Innanzitutto, va considerato il disposto del can. 38: «actus administrativus, etiam si agatur de rescripto "Motu proprio" dato, effectu caret quatenus ius quaesitum laedit aut legi consuetudinive probatae contrarium est, nisi auctoritas competens expresse clausulam derogatoriam addiderit». Sono d’obbligo due osservazioni al citato canone. Da un canto, la carenza di effetti giuridici non avviene soltanto per violazione di legge (o consuetudine), ma anche se l’atto amministrativo pretende di ledere un diritto acquisito, il che colloca il canone in parola su un piano più realistico e completo che se si fosse limitato a dichiarare la vigenza del principio di legalità; il rilievo appare peraltro specialmente importante se si tiene conto che non è stato sancito dal Codice il principio di legalità penale¹⁹. Dall’altro, fa un po’ specie la postilla finale («nisi auctoritas competens expresse clausulam derogatoriam addiderit»), che rischia di vanificare il principio affermato. Certamente l’autorità competente a derogare ad una legge non può essere inferiore a quella che emanò la legge, ma rimane la possibilità che il legislatore (tutti i legislatori nella Chiesa hanno anche potestà esecutiva) ponga un provvedimento singolare contrario ad una legge (sua o di un suo inferiore), venendo meno, se non altro, il principio di uguaglianza. Una siffatta formulazione del principio di legalità può apparire alquanto fragile, ma il canone in parola non rinuncia al richiamo alla giustizia sostanziale allorché nega validità all’atto amministrativo lesivo di un diritto acquisito²⁰; penso che sia legittima un’interpretazione non estensiva, ma larga del concetto di diritto acquisito, in modo da poter far valere l’inefficacia di un atto amministrativo contrario alla giustizia in forza del can. 38.

Ad un primo sguardo, il can. 1737 § 1 sembra favorire la revisione dell’attività amministrativa anche al di là dei margini previsti dal principio di legalità, nel proclamare che «qui se decreto gravatum esse contendit, potest ad Superiorem hierarchicum eius, qui decretum tulit, propter quodlibet iustum motivum recurrere» (da notare l’espressione «quodlibet *iustum* motivum»), ma va subito chiarito che il citato canone tratta del ricorso gerarchico (ove è peraltro possibile giudicare l’opportunità dell’atto), mentre l’oggetto del contenzioso amministrativo è «num actus impugnatus legem aliquam in decernendo vel in procedendo violaverit» (art. 123, § 1 della cost. ap. *Pastor Bonus*). Non è questa la sede per analizzare il sistema del contenzioso

¹⁹ Sotto questo profilo sono ravvisabili due impostazioni diverse nella stesura del Codice. Da un lato, il can. 19 esclude la materia penale dal discorso delle lacune legali e il can. 221 § 2 afferma il diritto dei fedeli a non essere colpiti da pene canoniche «nisi ad normam legis», ma, dall’altro, il can. 1399, unico canone dell’ultimo Titolo del Libro dedicato alle sanzioni nella Chiesa, apre la porta alla punizioni anche per condotte non espressamente previste come delittuose dalla legge.

²⁰ Se non erro, la dottrina non ha avvertito la formulazione del can. 38, il quale non si limita a dichiarare illegittimo l’atto lesivo di un diritto acquisito o contrario ad una legge, ma dichiara, con una formulazione tipica delle leggi irritanti, che esso «effectu caret» (sulle formule legali a carattere irritante o inabilitante, cfr. O. ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico*, Roma 1964, pp. 236-276; e G. MICHELIS, *Normae generales iuris canonici*, vol. I, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, pp. 336-340.). Questo può avere delle importanti conseguenze al momento di far valere i termini di un ricorso contro un atto amministrativo. Il ricorso gerarchico prima, e il contenzioso dopo, saranno sottoposti ai (ristretti) termini previsti dal Codice e dalla *Pastor Bonus*, ma, stando al tenore letterale del can. 38, dovrebbe rimanere la possibilità di far valere (per via ordinaria) la nullità di un atto amministrativo lesivo di un diritto acquisito. (Sulla ristrettezza dei termini e sulla necessità di un’interpretazione dei casi limite rispettosa con la difesa dei diritti, cfr. F.S. AUMENTA, *Ignoranza ed impossibilità ad agire in relazione al computo dei termini perentori*, in *La giustizia nell’attività...*, cit., pp. 419-433, e J. MIÑAMBRES, *Problemi relativi al computo dei termini nei ricorsi contro gli atti amministrativi canonici*, in *ibidem*, pp. 485-492). Ad ogni modo, la presunzione di validità dell’atto posto con le formalità previste (can. 124 § 1) e la preclusione del ricorso per decorso dei termini rendono inoperante l’inefficacia prevista al can. 38, come si dimostra nella prassi.

amministrativo nella Chiesa. Basti ora osservare che esso rischia di rimanere all'interno di uno schema troppo formalistico se non si permette di far valere la giustizia nei casi in cui non ci sia stata una fragrante violazione di legge ma il risultato dell'atto di governo sia stato ingiusto²¹.

Oltre all'allargamento della *causa petendi* nel contenzioso amministrativo, rimangono pur sempre altri mezzi per far valere il rispetto dei diritti nei confronti degli atti emanati dall'autorità. Anzitutto, il can. 128, formulando il principio della responsabilità giuridica in termini così ampi, offre in questo senso un grande appoggio. Inoltre, il § 2 dell'art. 123 della *Pastor Bonus* ha colmato una lacuna venutasi a creare con il sistema inaugurato dalla *Regimini Ecclesiae Universae*²², con l'attribuzione al Tribunale della Segnatura Apostolica della competenza per conoscere della riparazione dei danni recati con l'atto illegittimo²³.

Il principio di legalità si manifesta pure nella procedura prevista legalmente. Il Codice vigente contiene numerose disposizioni riguardo alcuni requisiti formali dell'atto amministrativo: la forma scritta ed altri requisiti per l'esecuzione (37 e 39-47), l'indagine previa (can. 50), la motivazione (can. 51) e l'opportuna comunicazione (cann. 53-58). Penso che si possa affermare che questi requisiti sono tutto sommato abbastanza elementari, o quanto meno non comportano gravi pesi all'autorità amministrativa. Del resto, molti di essi non hanno efficacia irritante, sebbene la loro inadempienza può dar luogo alla sentenza di illegittimità dell'atto per violazione della legge *in procedendo*. Certamente i requisiti citati acquistano una maggiore importanza quando l'atto amministrativo comporta un gravame per l'amministrato (come si nota peraltro nella stessa redazione dei canoni citati)²⁴.

b) Il principio *pro libertate*

Per quanto riguarda il principio *pro libertate* o di *favor iurium*, occorre subito affermare che esso è presente nella legislazione ecclesiastica, anche come espressione della tradizione canonica. Infatti, il brocardo «*odia restringi, et favores convenit ampliari*»²⁵ trova delle manifestazioni concrete nel can. 18 (circa la necessità di sottomettere a interpretazione stretta, oltre alle leggi che contengono un'eccezione alla legge, le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti) e nel can. 36. Quest'ultimo afferma anche l'interpretazione stretta per l'atto amministrativo qualora esso riguardi le pene da comminare o da infliggere, oppure restringa i diritti della persona o leda i diritti acquisiti, oppure, infine, sia contrario a una legge a vantaggio dei privati. Non può

²¹ Cfr. E. BAURA, *Analisi del sistema...*, cit., pp. 34-58; J. LLOBELL, *Il "petitum" e la "causa petendi" nel contenzioso-amministrativo canonico. Profili sostanziali ricostruttivi alla luce della cost. ap. "Pastor Bonus"*, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), specie pp. 141-144; P. MONETA, *Nova configuratio obiecti primarii competentiae supremi organismi contenzioso-amministrativi*, in *Periodica*, 67 (1978), pp. 559-570; I. ZUANAZZI, *Praesis ut proxis. La funzione amministrativa nella diakonia della Chiesa*, Napoli 2005, specie pp. 417-422.

²² Cfr. PAOLO VI, cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*, 15 agosto 1967, in AAS 59 (1967), pp. 885-928, art. 106. Il sistema venne completato da due "interpretazioni autentiche" date *per modum legis*: cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER L'INTERPRETAZIONE DEI DECRETI DEL CONCILIO VATICANO II, *Responsa ad proposita dubia*, 11 gennaio 1971, in AAS 63 (1971), pp. 329-330. Per un'analisi generale del sistema creato da questo quadro normativo, cfr. I. ZUANAZZI, *Praesis ut proxis...*, pp. 371-422.

²³ Andrebbe ulteriormente arricchito il contenzioso amministrativo in ordine a proteggere effettivamente la giustizia sostanziale se venisse riconosciuta l'autonomia dell'azione di riparazione del danno (rispetto a quella sulla legittimità dell'atto). Sul tema, cfr. G.P. MONTINI, *Il risarcimento del danno provocato dall'atto amministrativo illegittimo e la competenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano 1991, pp. 198-199.

²⁴ Mi pare di poter affermare che esiste attualmente una certa riluttanza verso il rigore formale al momento di esercitare il governo nella Chiesa, forse per una malintesa volontà di apparire più "pastorale", dimenticando che l'omissione delle accortezze tecniche proprie del linguaggio tecnico amministrativo può facilmente portare a vizi *in procedendo*, se non anche *in decernendo*.

²⁵ VI° Reg. 15.

passare inosservata la redazione di questo canone: evidentemente, quando si considera l'ipotesi in cui gli atti amministrativi «*personae iura coarctant aut iura aliis quaesita laedunt*», bisogna intendere la coercizione nel senso sopra indicato, e cioè mai come una sottrazione al *suum* dovuto in giustizia, e la “lesione dei diritti acquisiti” come atti con cui non si “ledono”, ma si “determinano” i diritti, oppure con cui si prende atto dei loro limiti in un dato momento storico. Altrimenti, bisognerebbe dire che gli atti che coartano o ledono i diritti in senso proprio non si interpretano strettamente ma si devono ricondurre verso la dichiarazione della loro illegittimità.

L'obbligo di interpretazione stretta, come è noto, comporta il divieto dell'estensione analogica e il dovere di prendere in caso di dubbio l'accezione più stretta dell'effetto limitativo dei diritti. La regola dell'interpretazione stretta acquista uno speciale valore al momento dell'esercizio da parte dell'Amministrazione della sua potestà discrezionale, nonché all'ora di definire mediante atti amministrativi singolari i concetti giuridici indeterminati²⁶.

Nel tentativo di racchiudere in una teoria sistematica il fenomeno della limitazione amministrativa dei diritti, si è proposta in sede di dottrina civile una classificazione dei vari tipi di effetti giuridici che l'Amministrazione potrebbe raggiungere nel rispetto del principio di legalità. Si è detto, quindi, che un atto amministrativo potrebbe stabilire le seguenti conseguenze giuridiche: il divieto incondizionato dell'esercizio del potere (contenuto nel diritto soggettivo); il divieto relativo, salvo cioè il verificarsi di speciali condizioni di fatto e di diritto; e la generica permissione, salvo possibilità di speciali impedimenti²⁷. A questi tre tipi di conseguenze c'è chi ne ha aggiunto un quarto: l'obbligo positivo di comunicare all'Amministrazione, a effetti di controllo, l'esercizio del diritto²⁸.

La prima delle ipotesi segnalata è quella che desta più perplessità sotto il profilo del rispetto dovuto ai diritti, giacché un divieto assoluto dell'esercizio del diritto equivale a un azzeramento del diritto stesso. Come sopra rilevato, una tale ipotesi si può spiegare soltanto distinguendo il riconoscimento astratto di un diritto dall'esistenza concreta di tale tipo di diritto in una situazione storica determinata. Nulla impedisce che la stessa legge preveda alcune circostanze in cui un tipo astratto di diritto non può esistere nella realtà e che abiliti quindi all'Amministrazione ad agire di conseguenza.

Rispetto al divieto relativo, occorre affermare che anche la legge ecclesiastica prevede determinate proibizioni limitative dei diritti, con la possibilità del rilascio della relativa dispensa, e riguardo alla permissione condizionata dell'esercizio dei diritti, si prevede nell'ordinamento canonico la sottomissione di alcuni diritti al controllo dell'Amministrazione mediante la licenza, la *recognitio* o l'approvazione. Allo stesso modo, è concepibile l'obbligo di comunicare gli atti costitutivi di un diritto di libertà all'Amministrazione ecclesiastica (per esempio, le notificazioni prescritte per il matrimonio). Esula dai margini del presente studio una disamina dettagliata dei diversi tipi di atti amministrativi possibili sotto il profilo della delimitazione dei diritti. Basti, quindi, soffermarsi soltanto su alcuni tipi di atti che presentano maggiori problemi in relazione con i diritti dei fedeli.

3. *Gli atti amministrativi gravosi*

²⁶ Non si devono confondere i margini di discrezionalità lasciati all'Amministrazione con la sua potestà regolamentata mediante concetti giuridici indeterminati. Sul punto, cfr. E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, pp.182-184 e J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio...*, pp. 66 e 67.

²⁷ Cfr. G. VIGNOCCHI, s.v. *Limitazioni amministrative*, cit., pp. 709-710.

²⁸ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA – TERRÍAERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid 1982, pp. 100-101.

a) Diniego di permissioni

Sotto la medesima rubrica di diniego di permissioni intendo ora riferirmi al rifiuto da parte della Pubblica Amministrazione di permettere la realizzazione di atti costitutivi dei diritti di libertà, sia che si tratti del diniego di una dispensa o di qualsiasi altro mezzo atto a rimuovere un limite legale al diritto, sia che consista nel rifiuto a porre un atto considerato dalla legge requisito per la perfezione di un determinato diritto, ma avvertendo subito che non si devono confondere però i diversi tipi di fenomeni, i quali rispondono a principi diversi.

In quanto al diniego delle dispense dalle proibizioni legali, occorre partire dalla constatazione che semmai ciò che può presentarsi più problematico sotto il profilo teorico, stante il principio di legalità, è l'istituto stesso della dispensa, anziché il rifiuto della sua concessione in un caso concreto. Infatti, il principio di legalità vorrebbe che l'autorità con potestà esecutiva non ponesse atti volti a consentire l'inottemperanza alla legge. L'atto dispensatorio si può comprendere solo a partire dalla constatazione della impercettibilità della legge dovuta alla sua astrattezza, in modo tale che in un caso singolo può essere più conveniente (non solo per il bene del singolo ma addirittura per il bene comune) una soluzione diversa da quella prospettata legalmente per la generalità dei casi. In altri termini, l'elemento fondante della dispensa è la causa giusta²⁹. Presupposto questo elemento, nulla impedisce che il legislatore abiliti l'autorità amministrativa concedendogli la *potestas dispensandi*³⁰.

Poiché si tratta di un'eccezione alla norma generale, si è soliti concepire, giustamente, la dispensa come un atto di grazia, vale a dire senza riconoscere un diritto alla dispensa³¹. Ad ogni modo, non è da escludere in casi davvero limite un autentico diritto alla dispensa, quando cioè sia venuta meno la *ratio legis* in un caso determinato, specie se per agire contro la legge è assolutamente necessaria la dispensa (come accadrebbe nel caso di una legge irritante o inabilitante che limita i diritti fondamentali, e che non è ragionevole in un caso particolare). Parimenti si potrebbe avvertire un diritto alla dispensa quando essa è stata rilasciata ad altri soggetti che si trovano nelle *stesse* condizioni, in forza del principio di uguaglianza, cioè come conseguenza della giustizia distributiva, sebbene la singolarità propria della dispensa faccia sì che diventi difficile trovare le medesime circostanze, specie trattandosi del bene spirituale dei fedeli, e fermo restando comunque la facoltà dell'autorità amministrativa di cambiare motivatamente a partire da un momento determinato l'indirizzo della prassi dispensatoria³².

²⁹ L'elemento causale è quello che determina quando si debba rilasciare una dispensa, quando la si debba negare, quando debba cessare. E', insomma, in base alla causa che si può distinguere, come fece san Bernardo di Clairvaux, tra *dispensatio* e *dissipatio*: «?Quid?» inquis. “Prohibes dispensare?” Non, sed dissipare. Non sum tam rudis, ut ignorem positos vos dispensatores, sed in aedificationem, non in destructionem. Denique quaeritur inter dispensatores, ut fidelis quis inveniatur. Ubi necessitas urget, excusabilis dispensatio est; ubi utilitas provocat, dispensatio laudabilis est. Utilitas dico communis non propria. Nam cum nihil horum est, non plane fidelis dispensatio, sed crudelis dissipatio est» (BERNARDO DI CLAIRVAUX, *De consideratione*, 3.4.18 [PL 182.769]).

³⁰ Sull'istituto della dispensa rinvio al mio studio *La dispensa canonica dalla legge*, Milano 1997. Per un'esposizione più profusa della storia di questo istituto cfr. S. BERLINGÒ, *La causa pastorale della dispensa*, Milano 1978.

³¹ Risale a san Raimondo da Peñafort la distinzione tra dispense dovute, permesse e proibite (cfr. RAIMONDO DA PEÑAFORT, *Summa de iure canonico* [ed. X. OCHOA-A. DíEZ; Roma 1975], II, 27, 6, coll. 143-144). Tuttavia, quando si parlava di dispensa dovuta si intendeva comunemente nel senso di un dovere morale di misericordia, ma non di giustizia. La Glossa ordinaria al Decreto asserisce, infatti, l'obbligo dell'autorità di rilasciare la dispensa allorquando la carità lo esiga, in modo tale che l'autorità peccerebbe se la rifiutasse, senza che perciò il petizionario goda di nessun diritto a riceverla, «sicut ad elemosynam tenemur pauperi, pauper tamen eam nullo iure petit. Tamen ad petendam dispensationem potest implorari officium iudicis, et si nollet Episcopus dispensare, petet hoc a superiore» (C.1 q.7 c.18 gl. v. *causae*).

³² Cfr. E. BAURA, *Le esigenze giuridiche nel rilascio di dispense*, in *Ius Canonicum. Escritos en honor de Javier Hervada*, volumen especial 1999, pp. 379-394.

A parte i casi di per sé assai rari in cui c'è un diritto alla dispensa, il rilascio delle eccezioni alla legge si muove nell'ambito della discrezionalità delle autorità amministrative. Tuttavia, in questa materia, come in generale avviene con il rilascio o diniego di qualsiasi grazia, va comunque garantito il diritto di petizione (riconosciuto al can. 212 § 2), a cui corrisponde il dovere giuridico della Pubblica Amministrazione di dare risposte ragionate in tempi talvolta legalmente stabiliti e comunque con tempestività³³.

Diversa è la fattispecie del rilascio delle licenze o della *recognitio* o approvazione di certi atti. Qui non si tratta più di rimuovere per via di eccezione una proibizione legale, attese le peculiari circostanze del caso, quanto di permettere il libero svolgimento dei diritti, tenendo conto del ruolo delle autorità esecutive in ordine alla conservazione del bene pubblico e, contemporaneamente, alla promozione dei diritti dei soggetti.

Mediante la licenza, l'autorità esecutiva competente concede una facoltà di agire sulla base di un diritto precedente del soggetto interessato. Nel Codice non si utilizza sempre il termine "licenza" per denominare questo tipo di atto amministrativo; talvolta si usano altri vocaboli come concessione, autorizzazione o altri, il che non favorisce la determinazione precisa del concetto giuridico di licenza³⁴. Al contempo, si parla di licenza per far riferimento a talune fattispecie che forse non corrispondono esattamente ad una licenza, ma piuttosto ad una dispensa da una proibizione legale³⁵. In ogni caso, il can. 59 § 2 fornisce la regola generale secondo cui si applicano le disposizioni stabilite per i rescritti alla concessione di licenze come pure alla concessione di grazie fatte a viva voce.

Agli effetti che qui interessano, occorre affermare che il rilascio di una licenza deve rispondere ad alcuni principi giuridici. Innanzitutto, la sottomissione di una facoltà di agire ad un intervento dell'autorità amministrativa si comprende solo nella misura in cui esiste la necessità di tutelare un bene pubblico, in modo tale che la discrezionalità dell'autorità concedente deve misurarsi con le esigenze del bene pubblico tutelato, onde evitare l'arbitrarietà. Un altro fattore determinante la discrezionalità dell'autorità sarà la situazione giuridica in cui si trova l'interessato: se si tratta di un diritto personale (per esempio, il diritto di associazione o il diritto di pubblicare un libro), si richiede una ragione positiva di ordine pubblico contrastante con il diritto e capace perciò di delimitarlo. Viceversa, nelle situazione in cui la licenza si riferisce all'esercizio di una facoltà in favore del bene pubblico, la discrezionalità dell'autorità è maggiore, giacché spetta alla stessa giudicare l'opportunità e la necessità di rendere quel servizio e a quali condizioni, fermi restando gli eventuali diritti dei fedeli interessati a tale servizio. In ogni caso, va ribadito che la concessione di una licenza risponde ad una logica del tutto diversa da quella del rilascio di una dispensa, giacché nel caso della licenza non si tratta di consentire uno strappo alla norma legale, ma di favorire il libero esercizio dei diritti nel rispetto del bene pubblico.

Ha una certa similitudine con la licenza il fenomeno in cui la legge delimita i diritti sottomettendo il loro libero esercizio al controllo delle autorità amministrative, le quali devono verificare se si danno tutti gli estremi del diritto in questione. In tali casi all'autorità non spetta altro che controllare, in modo tale che non esiste l'ambito di discrezionalità proprio delle licenze, ma, al contrario, se si danno i requisiti legali, essa non può opporsi al diritto. Talvolta, però, il controllo suppone un confronto con concetti giuridici indeterminati: spetta, sì, all'autorità il giudizio relativo

³³ Cfr. J. CANOSA, *La concessione di grazie attraverso i rescritti*, in *Ius Ecclesiae*, 6 (1994), pp. 237-257 e IDEM, *Il rescritto come atto amministrativo nel diritto canonico*, Milano 2003, specie pp. 209-236.

³⁴ Cfr. L. BONATTO, *Estudo sobre as licenças canônicas no Código de Direito Canônico de 1983*, tesi dottorale discussa presso l'Ateneo Romano della Santa Croce, 1995, parzialmente pubblicata nel 1996.

³⁵ Per esempio, il can. 286, proibisce ai chierici l'esercizio dell'attività affaristica o commerciale «nisi de licentia legitima auctoritatis ecclesiasticae». Sembrerebbe che la "licenza" in questo caso fosse piuttosto una *relaxatio* della proibizione legale, cioè una dispensa dalla legge.

ai requisiti legali espressi mediante concetti indeterminati (per esempio, l'*utilitas Ecclesiae*, o i buoni costumi, ecc.), ma una volta accertata l'esistenza dei requisiti legali (secondo il giudizio prudente), l'autorità non può impedire il libero svolgimento del diritto sottoposto al controllo. Questo tipo di controllo si esercita, per esempio, nella conferma di un'elezione o nella *recognitio* degli statuti di un'associazione.

Il diniego degli atti volti a consentire il normale spiegamento dei diritti deve essere in ogni caso ragionevole. Il richiamo alla ragionevolezza non consiste in un vago desiderio di rettitudine, ma comporta il rispetto delle diverse esigenze giuridiche presenti in queste fattispecie, le quali saranno più o meno significative a seconda si tratti della rimozione eccezionale di una proibizione generale in un caso particolare, ovvero del calcolo tra le necessità del bene pubblico e il bene dei singoli, ovvero, infine, del controllo dell'esistenza di certi requisiti dei diritti.

L'ordinamento canonico vigente dispone di un sistema di ricorsi che, seppure con alcuni punti migliorabili, garantisce la ragionevolezza dell'attività amministrativa³⁶. Certamente in questa materia non è possibile una verifica "matematica" della correttezza dell'operato delle autorità amministrative. Acquista perciò speciale importanza in questo punto la nozione di eccesso di potere in tutte le sue manifestazioni identificate dalla dottrina civile: l'uso del potere a fini diversi da quelli previsti dalla legge, l'insufficienza e l'illogicità della motivazione, il travisamento dei fatti, la contraddittorietà del provvedimento con un altro precedente o contemporaneo, la disparità di trattamento, l'inosservanza della prassi amministrativa, ed altre³⁷. Va segnalato purtroppo che in questo punto si sente in modo speciale la mancanza della giurisprudenza amministrativa.

Una questione particolare è se sia possibile o meno apporre una clausola irritante o inabilitante al rifiuto della permissione o al divieto posto per atto amministrativo. A prima vista sembra che un atto amministrativo con efficacia irritante o inabilitante non prevista previamente dalla legge vada oltre quanto legalmente previsto e, quindi, contro il principio di legalità. Una mera proibizione, infatti, suppone una limitazione di una facoltà di agire, ma lascia pur sempre la possibilità di raggiungere alcuni effetti mediante l'atto proibito, mentre l'apposizione di una clausola irritante comporta l'impossibilità da parte del soggetto interessato di raggiungere qualsiasi effetto di quelli pretesi mediante l'atto proibito. Penso, perciò, che non sia possibile apporre clausole irritanti o inabilitanti mediante atti amministrativi nei casi in cui sono in gioco i diritti fondamentali dei fedeli, in quanto il principio *pro libertate* postula che l'autorità amministrativa non limiti ulteriormente i diritti. In questo senso, il can. 1077 § 2, per esempio, stabilisce espressamente che solo l'autorità suprema della Chiesa può aggiungere al divieto singolare di contrarre matrimonio una clausola dirimente, sebbene sia da notare che un intervento di questo tipo da parte dell'autorità suprema sarebbe pur sempre mediante un atto amministrativo singolare senza una base legale previa.

In ogni caso, a me pare che riguardo all'attività relativa alle funzioni pubbliche, le autorità esecutive possano impedirla con efficacia irritante o inabilitante. Si deve partire, infatti, dalla considerazione che chi ha il dominio giuridico su un determinato ambito può impedire la nascita di diritti ed obblighi all'interno di tale ambito, stabilendo *a priori* che non riconoscerà gli effetti giuridici (appartenenti al suo campo di dominio) pretesi da un certo tipo di atto umano. E' proprio ciò che fa il legislatore quando, in virtù della potestà che ha per ordinare la società verso il bene

³⁶ Sui punti che, a mio avviso, costituiscono pecche dell'attuale sistema, rinvio al mio *Analisi del sistema...*, cit., pp. 2-58. In altri studi dello stesso volume emergono delle questioni particolari, le cui soluzioni potrebbero migliorare il sistema: cfr. in particolare i lavori di J. CANOSA (*Giurisprudenza della Segnatura Apostolica e prassi amministrativa*), I. ZUANAZZI, (*La possibilità di tribunali amministrativi a livello particolare*), J. LLOBELL, (*Il diritto al processo giudiziale contenzioso amministrativo*), C. GULLO, (*La prova nel contenzioso amministrativo*) e G.P. MONTINI (*L'esecuzione delle pronunce giudiziali della Segnatura Apostolica nel contenzioso amministrativo*).

³⁷ Cfr. P. MONETA, *Il controllo giurisdizionale...*, cit., pp. 147-148.

comune, emana una legge irritante, sanzionando, cioè, con il massimo di inefficacia giuridica (la nullità) un determinato tipo di atto. In questo senso, nulla sembra impedire in linea di principio l'eventuale efficacia irritante (o inabilitante) dei decreti amministrativi. Come la legge può limitare in modo generale e astratto l'efficacia giuridica degli atti umani sino al punto di renderli nulli (in quanto alla consecuzione di certi effetti giuridici), così anche la competente autorità amministrativa, in forza della sua potestà esecutiva, può in casi singolari stabilire effetti irritanti, purché rimanga nei limiti della propria competenza e nel rispetto del principio di legalità. Prova della capacità irritante delle autorità esecutive è il riconoscimento della loro potestà di rescindere o revocare atti amministrativi posti da autorità inferiori (can. 1739): se può annullare *a posteriori* ciò che è stato valido, non si vede perché non possa includere, *a priori*, una disposizione irritante in un decreto. Qualora apparisse che un atto amministrativo, nell'apporre una clausola irritante, oltrepassasse o addirittura contraddicesse quanto stabilito dalla legge, sarebbe possibile, ovviamente, interporre gli opportuni ricorsi per illegittimità dell'atto stesso.

b) L'attività amministrativa sanzionatoria

Il rispetto dei diritti dei fedeli nell'esercizio della potestà ecclesiastica acquista una speciale importanza, come è facile comprendere, nell'ambito sanzionatorio. Va subito segnalato che complesse circostanze ecclesiali del momento storico in cui è stato preparato il Codice del 1983 hanno fatto sì che proprio il Libro VI del Codice risentisse dell'antigiuridismo e di ciò che qualche autore ha chiamato "pastoralismo" (vale a dire la pretesa di far prevalere le necessità suppostamente pastorali sulle esigenze della legge e del diritto)³⁸, con il risultato che la norma codiciale non ha accolto con tutte le sue conseguenze il principio di legalità penale e ha lasciato un ampissimo spazio di discrezionalità, proprio in materia penale, alle autorità, prevedendo molte pene facoltative e indeterminate. Peraltro l'attività sanzionatoria delle autorità ecclesiastiche è diventato, purtroppo, negli ultimi tempi un tema di grande attualità. Lo studio completo e approfondito di tutti i problemi che pone l'attività amministrativa in questo campo rispetto ai diritti dei fedeli dovrebbe essere di dimensioni enormi. Mi limiterò, quindi, a mettere in risalto, in maniera forse poco sistematica, soltanto alcuni punti che ritengo di speciale importanza per il tema qui trattato.

Innanzitutto, va segnalato che in forza del can. 1399 è possibile punire una violazione esterna di una legge divina o canonica anche quando non ci sia una legge penale previa che lo preveda. Benché la formulazione del citato canone assuma ciò che in dottrina è stato chiamato il principio di legalità materiale, la non vigenza del principio di legalità formale pone un problema di sicurezza giuridica, temperato solo parzialmente con il sistema vigente di ricorsi. Naturalmente, per la legittimità dell'imposizione di una pena senza una legge penale previa si richiede, come afferma lo stesso canone citato, che la violazione abbia una speciale gravità e urga la necessità di prevenire o di riparare gli scandali. I parametri stabiliti dal canone in parola sono assai indeterminati, ma occorrerà quanto meno mostrare la loro esistenza nella motivazione dell'atto con cui si impone la pena.

Oltre alla disposizione del can. 1399, è previsto nell'attuale ordinamento canonico la figura del precetto penale, che male combacia con il principio di legalità a cui si deve sottomettere l'attività amministrativa³⁹. Mediante un precetto singolare (che è, secondo il can. 49, un decreto con cui si impone direttamente a una persona o a persone determinate qualcosa da fare o da omettere, specialmente per urgere l'osservanza di una legge) l'autorità esecutiva può, infatti, a norma del can. 1319 § 1, comminare una pena (che non sia espiatoria perpetua) non prevista previamente dalla

³⁸ Cfr. J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona 1989, pp. 11-14.

³⁹ Questa è la preoccupazione di fondo dello studio di J. SANCHIS, *La legge penale e il precetto penale*, Milano 1993.

legge. La problematicità del precetto penale si trova nel fatto che anche quando esso abbia come finalità diretta quella di far osservare una legge, la comminazione di una pena non prevista nella legge muta la natura della disposizione legale, rendendo l'atto amministrativo *praeter legem*, non avendo, cioè, per quel che riguarda la comminazione della pena, una base legale⁴⁰. Certamente, affinché il precetto penale sia legittimo esso dovrà quanto meno ottemperare ai requisiti di cui al can. 1319 § 2, che a sua volta rinvia ai cann. 1317 e 1318. Benché i requisiti vengano formulati in maniera assai generica, essi possono essere richiesti almeno in sede di un eventuale ricorso.

L'attività amministrativa in ambito penale è anche presente al momento dell'imposizione delle pene per i delitti che a norma di legge possono essere puniti seguendo la via amministrativa (can. 1342). In questo punto vorrei soltanto richiamare l'attenzione sulla necessità di rispettare accuratamente la procedura comunque prevista anche per la via amministrativa: oltre ai passi costitutivi dell'indagine previa (cann. 1717-1719), è fondamentale la salvaguardia del diritto di difesa, il quale dovrebbe comprendere, a mio avviso, anche nella via amministrativa, il diritto alla difesa tecnica tramite un avvocato⁴¹.

Tanto nel precetto penale quanto nel decreto mediante il quale viene inflitta una pena è facile scorgere degli spazi in cui i diritti dei fedeli non vengono garantiti in maniera netta e completa dalla legge. La mancanza della garanzia legale viene però compensata, almeno in parte, dalle possibilità dei ricorsi contro questi atti in via gerarchica e, soprattutto, mediante il processo contenzioso amministrativo. Costituiscono, perciò, un'importante crepa dell'attuale sistema canonico gli atti amministrativi emanati dalla Congregazione della Dottrina della Fede in materia penale, i quali, per peculiare disposizione, non soggiacciono al giudizio della Segnatura Apostolica, ma possono essere giudicati (in quanto alla legittimità e al merito) solo dalla stessa Congregazione⁴². Appare certamente auspicabile che in un eventuale ulteriore sviluppo della disciplina in materia questo tipo di atti rientri nel normale sistema della giustizia amministrativa.

⁴⁰ Proprio perché la clausola penale è un'aggiunta *praeter legem*, ritengo che non sia possibile un precetto penale generale, giacché esulerebbe dalla natura di decreto generale esecutivo, il solo decreto generale che un'autorità esecutiva (senza delega legislativa) può emanare (cfr. E. BAURA, *L'attività normativa dell'Amministrazione ecclesiastica*, in *Folia Canonica*, 5 [2002], pp. 59-84). Nello stesso senso cfr., per esempio, A. BORRAS, *Les sanctions dans l'Église*, Paris 1990, p. 58. In senso contrario, cfr. J. SANCHIS, *La legge penale...*, cit., pp. 168-174 e E. LABANDEIRA, J. MIRAS, *El precepto penal en el CIC 83*, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), p. 680.

⁴¹ Cfr. in questo senso V. DE PAOLIS, D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro VI*, Città del Vaticano 2000, p. 245.

⁴² Per speciale facoltà concessa il 7 febbraio 2003, la Congregazione della Dottrina della Fede può "dispensare" (se stessa) dalla disposizione dell'art. 17 delle *Normae substantiales et processuales* approvate in occasione del m. p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, che stabiliva che «delicta graviora Congregationi pro Doctrina Fidei reservata, non nisi in processu iudiciali persequenda sunt», cioè in virtù di questa facoltà la Congregazione può seguire la via amministrativa per punire i delitti più gravi ad essa riservati. In forza di un'altra facoltà, concessa il 14 febbraio 2003, «nei casi di *delicta graviora*, le richieste di revoca di provvedimenti amministrativi della CDF e tutti gli altri ricorsi contro detti provvedimenti, fatti a norma dell'art. 135 del Regolamento della Curia Romana, saranno riferiti alla Feria IV che deciderà nel merito e sulla legittimità *remoto quovis ulteriore recursu de quo in art. 123 Constit. Apost. «Pastor bonus»* [recursus ad Signaturam Apostolicam]». Vedi i testi di queste peculiari disposizioni in *Ius Ecclesiae*, 16 (2004), p. 321.

Anche in materia penale relativa alle dottrine la Congregazione per la Dottrina della Fede può emanare decreti amministrativi non sottoposti al controllo della Segnatura Apostolica. Infatti, il Regolamento per l'esame delle dottrine (CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Agendi ratio in doctrinarum examine (Regolamento per l'esame delle dottrine)*, 29 giugno 1997 (in *AAS*, 89 [1997], pp. 830-835) dispone all'art. 28 quanto segue: «Qualora l'autore non abbia corretto in modo soddisfacente e con pubblicità adeguata gli errori segnalati, e la Sessione Ordinaria sia giunta alla conclusione che è incorso nel delitto di eresia, apostasia o scisma (cfr. CIC, can. 751), la Congregazione procede a dichiarare le pene *latae sententiae* incorse (cfr. CIC, can. 1364 § 1; CCEO, cann. 1436 § 1 e 1437); contro tale dichiarazione non è ammesso ricorso»; e l'art. 29 stabilisce: «Se la Sessione Ordinaria accerta l'esistenza di errori dottrinali che non prevedono pene *latae sententiae* (cfr. CIC, can. 752; CCEO, can. 599), la Congregazione procede a norma del diritto sia universale (cfr. CIC, can. 1371 n.1; CCEO, can. 1436 § 2), sia proprio (cfr. cost. ap. *Pastor Bonus*,

Oltre all'ambito strettamente penale, c'è chi in dottrina ha proposto di considerare nell'ordinamento giuridico della Chiesa, alla stregua di molti ordinamenti giuridici, la nozione di sanzione amministrativa, diversa da quella della pena⁴³. Certamente, tanto le sanzioni amministrative quanto le pene sono comunque delle privazioni di beni imposte dall'autorità in seguito ad un'azione contraria al bene comune, ma è possibile e forse utile creare la tipologia delle sanzioni amministrative quale figura diversa da quella delle pene. A parte il criterio distintivo del carattere amministrativo dell'autorità che infligge la sanzione (che nell'ordinamento canonico vigente, come si è visto, non è determinante), la dottrina civile ha segnalato alcuni tratti caratteristici delle sanzioni amministrative, tra cui spicca quello di avere una finalità funzionale (anziché medicinale), il che comporta la possibilità di applicazione anche in casi in cui non ci sarebbe l'imputabilità penale.

Nell'ambito canonico non esiste ancora un corpo dottrinale relativo alle sanzioni amministrative, sebbene qualcuno consideri tali alcuni provvedimenti. Si ritiene, per esempio, sanzione amministrativa la rimozione da alcuni uffici: diversamente dalla privazione, la rimozione (come anche il trasferimento) può avvenire per cause oggettive non imputabili all'interessato per dolo o per colpa, in vista del bene pubblico (si pensi, per esempio, alle cause di legittima rimozione del parroco segnalate al can. 1741). Allo stesso modo sarebbero da considerarsi sanzioni amministrative alcune misure che possono prendersi nell'ambito lavorativo, come quelle contro gli avvocati e procuratori in seguito a certi comportamenti — la sospensione (can. 1470 § 2), la rimozione (can. 1487), le multe (1488 § 1) —⁴⁴ oppure alcuni provvedimenti disciplinari previsti nel Regolamento Generale della Curia Romana⁴⁵. Altri provvedimenti gravosi per i fedeli possono essere considerati sanzioni amministrative, come la soppressione di associazioni (cann. 320 e 326), la dimissione o escaustrazione imposta ad un religioso per cause non delittuose (cann. 686 § 3;

art. 52: AAS 80 (1988) 874». Da notare che in tale Regolamento si specifica che «il Sommo Pontefice Giovanni Paolo II, nell'Udienza concessa al sottoscritto Cardinale Prefetto il 30 maggio 1997, ha dato la sua approvazione al presente Regolamento, deciso nella Sessione Ordinaria di questa Congregazione, approvando insieme *in forma specifica* gli artt. 28-29, *contrariis quibuslibet non obstantibus*, e ne ha ordinato la pubblicazione». Sul tema vedi D. CITO, *Regolamento per l'esame delle dottrine* (29 agosto 1997), in *Ius Ecclesiae*, 10 (1998), pp. 346-351.

⁴³ Cfr. F. PÉREZ-MADRID, *Derecho Administrativo sancionador en el ordenamiento canónico. Propuesta para su construcción*, Pamplona 1994.

⁴⁴ Cfr. anche GIOVANNI PAOLO II, m.p. *Iusti iudicis*, del 28 giugno 1988, artt. 5 e 6, in AAS, 80 (1988), pp. 1258-1261.

⁴⁵ Sul tema cfr. J. CANOSA, *Il procedimento amministrativo disciplinare previsto in alcuni regolamenti vigenti nella Curia Romana*, in *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, a cura di D. Cito, Milano 2005, pp. 433-439. L'autore, prendendo in considerazione le sanzioni disciplinari previste non solo nel Regolamento Generale della Curia Romana, ma anche nei regolamenti della Tipografia Vaticana-Editrice L'Osservatore Romano, del Centro Televisivo Vaticano e della Radio Vaticana, arriva alle seguenti conclusioni: l'applicazione delle sanzioni disciplinari fa riferimento al provvedimento restrittivo emanato da un ente, una corporazione o un'amministrazione pubblica nei confronti di un proprio membro o dipendente che ha trasgredito un dovere d'ufficio; lo scopo delle sanzioni disciplinari è quello di tutelare il particolare ordine giuridico interno necessario per l'adeguato svolgimento di una determinata funzione sociale; nota comune a tutti i procedimenti considerati (e in ogni suo sviluppo procedimentale) è la partecipazione di autorità diverse nelle differenti fasi procedurali, cominciando dal primo stadio, nel quale una è l'autorità che compie gli accertamenti e un'altra autorità è quella che applica la sanzione; e, infine, nel procedimento disciplinare previsto dai regolamenti considerati costituiscono garanzie inderogabili per l'impiegato le previsioni del primo stadio del procedimento (la trasmissione della documentazione degli accertamenti compiuti dall'autorità istruttoria, la verifica della propria competenza da parte dell'autorità che procede, l'audizione del dipendente, la valutazione delle sue giustificazioni, il riscontro dei necessari presupposti di fatto e di diritto). Rimane aperta la questione se esistono o meno sanzioni amministrative diverse dalle sanzioni disciplinari, e, più concretamente, se alcune delle c.d. sanzioni amministrative, quali, per esempio, la dimissione da un ufficio o la revoca di facoltà ministeriali, possano rientrare nel concetto di sanzione disciplinare, così delineato dall'autore citato.

694-703)⁴⁶, la revoca di facoltà di predicare (can. 764) e di confessare (can. 974), la revoca del *mandatum docendi* (non prevista ma deducibile dalla lettura del can. 812), la “dichiarazione” di irregolarità o impedimento di esercitare gli ordini (can. 1044) e il precetto di ritornare in diocesi⁴⁷.

Questi provvedimenti, avendo effetti così gravosi (sanzionatori, appunto) per i fedeli, devono seguire rigorosamente l’iter di formazione delle decisioni amministrative (l’indagine previa, la motivazione, ecc.), peraltro talvolta specificamente previsto, come nel caso della rimozione dall’ufficio di parroco (cann. 1740-1747). La distinzione tra pena e sanzione amministrativa è rilevante non soltanto nella diversa procedura prevista, ma anche e soprattutto nei requisiti sostanziali (come, per esempio, l’esigenza o meno dell’imputabilità) e in alcuni effetti, come quello sospensivo nel caso del ricorso contro le pene (can. 1353), non presente in linea di massima nel ricorso gerarchico contro gli altri decreti amministrativi (can. 1736). Esiste nella prassi una certa tendenza a confondere la natura (e, pertanto, la procedura e i requisiti sostanziali) delle sanzioni amministrative con le pene⁴⁸; in particolare si dà questa confusione tra la rimozione e la privazione dall’ufficio (forse perché in alcuni casi si segue la via più morbida della rimozione, quando sarebbe possibile inoltrare quella della privazione).

c) Limitazioni all’esercizio del ministero sacerdotale

A proposito della sanzione amministrativa quale figura diversa dalla pena canonica, sono stati segnalati alcuni provvedimenti limitativi dell’esercizio del sacerdozio, come la rimozione dagli uffici pastorali o la revoca di alcune facoltà ministeriali. La considerazione di questi provvedimenti come sanzioni amministrative è possibile, ma va usata una grande cautela in questo terreno, da una parte perché è facile che dietro la manifestazione formale di un certo tipo di atto amministrativo in realtà se ne stia emanando un altro, e, dall’altra, perché in questo campo ci sono importanti diritti implicati. Il tema ha acquistato una speciale rilevanza soprattutto a partire dalla dolorosa situazione venutasi a creare in seguito ad alcuni scandali e alla susseguente emanazione delle *Essential Norms* — sul modo di agire dinanzi all’accusa di abusi sessuali commessi da chierici — emanate dalla Conferenza Episcopale degli Stati Uniti⁴⁹.

⁴⁶ F. DANEELS (*L’imposizione amministrativa delle pene e il controllo giudiziario sulla loro legittimità*, in *Processo penale...*, cit., pp. 293-294) considera l’espulsione di un religioso dal suo istituto come sanzione amministrativa. A mio avviso, andrebbe però approfondita la questione di questa qualifica. Non va dimenticato, infatti, da una parte, che le condotte (suppostamente) non delittuose di cui al can. 696 § 1 devono comunque essere azioni anti-giuridiche «*graves, externae, imputabiles et iuridice comprobatae*», e, dall’altra, che la sanzione è pur sempre una privazione coercitiva di un bene. Da ricordare, poi, che il ricorso contro il decreto di espulsione ha effetto sospensivo, a norma del can. 700 (come avviene con i ricorsi contro le pene, a norma del can. 1353, e diversamente da ciò che succede comunemente con i ricorsi contro gli atti amministrativi in generale).

⁴⁷ Cfr. gli elenchi di sanzioni amministrative canoniche fatti da F. PÉREZ-MADRID (*Derecho Administrativo sancionador...*, cit., pp. 182-195) e da F. DANEELS (*L’imposizione amministrativa...*, cit., pp. 293-295). Quest’ultimo autore considera sanzione amministrativa anche il divieto di dimorare in un territorio, ma, a mio giudizio, deve essere considerato come una pena (cfr. can. 1337).

⁴⁸ Cfr. F. DANEELS, *L’imposizione amministrativa...*, cit., pp. 289-290.

⁴⁹ Le *Essential Norms* ottennero la *recognitio* l’8 dicembre 2002. Nella versione attuale si legge al n. 1: «These Essential Norms have been granted *recognitio* by the Holy See. Having been legitimately promulgated in accordance with the practice of the United States Conference of Catholic Bishops on May 5, 2006, they constitute particular law for all the dioceses/eparchies of the United States of America». Su questa normativa cfr., per esempio, K.E. BOCCAFOLA, *Le norme penali degli USA e la loro applicazione*, in *Processo penale...*, cit., pp. 303-326 e la bibliografia citata a pp. 325 e 326. Le *Essential Norms* pongono molti problemi sotto il profilo della tutela dei diritti degli accusati. Tra di essi forse spicca la possibilità di chiedere la «*derogation from the prescription*» dei delitti (*Essential Norms*, 8 A) (nella versione del 2002 si diceva in maniera ancora più contraddittoria «*dispensation from the prescription*»); sulla prescrizione in materia penale, con riferimento specifico a questi tentativi di misconoscerla, cfr. D. CITO, *La prescrizione in materia penale*, in *Processo penale...*, cit., pp. 209-233.

Il tema dei diritti del sacerdote rispetto al suo ministero è uno di quelli più difficili per il giurista. Non esiste in linea di massima un diritto ad essere ordinato sacerdote, tra l'altro perché il sacerdozio non è un bene volto primariamente per l'arricchimento della persona che lo riceve, ma per la comunità. Non esiste neppure a priori un diritto ad un determinato ufficio ecclesiastico. Tuttavia, i sacerdoti hanno diritto a vivere come tali. Non va dimenticato che il sacerdote lo è perché chiamato da Dio attraverso la Chiesa a svolgere il ministero sacerdotale. L'essere e il fare il sacerdote non è *ad tempus*, ma coinvolge tutta la vita e tutta la personalità; il sacerdote è *sacerdos in aeternum*. Il sacerdozio non è solo una funzione pubblica (che può essere liberamente tolta per il bene pubblico, come sarebbe una determinata funzione svolta da un organismo amministrativo), ma è qualcosa che determina la persona umana. La vocazione sacerdotale implica che la ragion d'essere della persona chiamata è proprio il sacerdozio ministeriale. Pertanto, il sacerdote che non può esercitare (per un impedimento umano) il suo sacerdozio si trova in una situazione molto gravosa, giacché viene a mancare il senso della sua vita. L'autorità ecclesiastica può, e talvolta deve, limitare o impedire l'esercizio del sacerdozio, ma è ovvio che si richiede una causa proporzionale, ed è ragionevole che ciò avvenga solo dopo un'accurata procedura.

Da queste considerazioni sull'essere del sacerdozio si comprende perché la dimissione dallo stato clericale sia considerata dall'ordinamento canonico una pena gravissima, che può essere inflitta soltanto in seguito ai delitti molto gravi⁵⁰, e la sua irrogazione non può avvenire se non con le massime garanzie procedurali: in seguito ad un processo giudiziario davanti ad un tribunale di tre giudici (cann. 1342 § 2 e 1425 § 1, 2°). La perdita della condizione clericale può anche avvenire mediante un rescritto in cui si concede la grazia richiesta (can. 290, 3°), ma quando viene imposta attraverso un intervento coattivo (*ex officio*) siamo dinanzi alla privazione coattiva di un bene (in seguito ad una condotta anti-giuridica), vale a dire all'imposizione di una pena. Non va, dunque, confusa la *grazia* con la *pena*, benché tutte e due causino l'effetto della perdita dello stato clericale. Ne segue che non si può vedere nella c.d. "dimissione *ex officio*" l'emanazione di un rescritto contenente una grazia, trattandosi invece dell'irrogazione di una pena — cioè della privazione coattiva di un bene — imposta però al margine della procedura legale.

Esiste anche la pena della sospensione (cann. 1333 a 1335), la quale, essendo una pena canonica, può essere imposta soltanto in seguito a determinate condotte delittuose. La sospensione può riferirsi a tutti o ad alcuni atti della potestà di ordine o di governo e all'esercizio di tutti o alcuni diritti o funzioni inerenti l'ufficio (can. 1333 § 1). Comunque sia, trattandosi di una censura, deve essere rimessa qualora il delinquente abbia receduto dalla contumacia (can. 1358 § 2). Insomma, tanto per le cause, quanto per gli effetti e per la procedura da seguire, non si deve confondere la pena della sospensione con la revoca di alcune facoltà ministeriali previste ai cann. 764 e 974.

La prassi oggi diffusa secondo cui il superiore, attraverso atti amministrativi singolari, proibisce, solo in pubblico o anche in privato, l'esercizio delle facoltà che costituiscono il complesso della condizione giuridica del sacerdote quasi del tutto equivale ad un modo di aggirare la legge (e di ledere i diritti), infliggendo di fatto la pena di sospensione, se non addirittura quella della dimissione dallo stato clericale, mediante un atto amministrativo privo di fondamento legale in seguito ad una situazione che può non contenere alcuna condotta delittuosa⁵¹.

⁵⁰ Il Codice prevede questi: apostasia, eresia, scisma con prolungata contumacia o grave scandalo (can. 1364 § 2); profanazione della Santissima Eucaristia (can. 1367); violenza fisica al Romano Pontefice (can. 1370 § 1); sollecitazione a peccati *contra sextum* nell'atto o in occasione o con il pretesto della confessione sacramentale (can. 1387); attentato matrimonio civile con scandalo (can. 1394 § 1); concubinato o permanenza scandalosa in un altro peccato esterno contro il sesto precetto del Decalogo (can. 1395 § 1) e altri delitti contro il sesto comandamento se il delitto è stato compiuto con violenza, minacce o pubblicamente o con un minore al di sotto dei 16 anni (can. 1395 § 2).

⁵¹ Cfr. V. DE PAOLIS, *Incardinazioni anomale...*, cit., pp. 368-371, specialmente 370-371.

Diverso è il caso delle misure cautelari di cui al can. 1722, che pur essendo molto ampie (possono consistere nell'«allontanare l'imputato dal ministero sacro o da un ufficio o compito ecclesiastico, imporgli o proibirgli la dimora in qualche luogo o territorio, o anche vietargli di partecipare pubblicamente alla santissima Eucaristia»), sono misure dipendenti da un processo penale in corso, al punto che venendo meno il processo cessano *ipso iure*. Per prendere legittimamente queste misure, che sono per loro natura temporanee, l'Ordinario dovrà motivare il provvedimento, in modo tale che si evinca che esso risponde alla finalità di «prevenire gli scandali, tutelare la libertà dei testimoni e garantire il corso della giustizia», e dovrà prima udire il promotore di giustizia⁵² e citare l'accusato stesso. Penso che l'uso retto delle misure cautelari potrebbe risolvere molte delle situazioni che hanno portato talvolta le autorità a prendere provvedimenti contrari al principio di legalità.

Ritengo, insomma, che uno studio attento della normativa vigente porti a vedere molti strumenti atti a tutelare il bene pubblico rispettando al contempo i diritti degli accusati, a seconda della fattispecie che si presenti. Viceversa, l'invocazione del can. 223 § 2 allo scopo di legittimare gli interventi amministrativi di contenuto di fatto penale, non rispettosi del principio di legalità, risulta del tutto fuorviante, non solo sotto il profilo tecnico, come un'analisi attenta concluderebbe senza difficoltà, ma anche e soprattutto sotto il profilo della giustizia sostanziale.

* * *

A conclusione di questo studio, può non essere superfluo richiamare un'idea semplice, ma al contempo profonda, di Josep Pieper, espressa nella sua magistrale trattazione sulla virtù della giustizia, quando asseriva che «chi esamini a fondo la struttura della *iustitia distributiva*, non mancherà di scorgere quale valore abbia il dominio, al punto da non poter esservi al mondo sventura più tragica di un'autorità che sia ingiusta. E dal momento che garanzie e controlli istituzionali non possono impedire *del tutto* l'abuso del potere, a meno da impedirne nello stesso tempo anche l'uso, non c'è allora cosa o persona che sia in grado di trattenere il potente dal fare il torto — tranne la sua propria giustizia. Dalla giustizia di chi governa dipende tutto a questo mondo»⁵³.

Infatti, in tema di giustizia distributiva tutto dipende dall'uso che del potere di governo si faccia. Ci sono degli strumenti istituzionali volti ad impedire l'abuso del potere, tra cui spiccano sicuramente la sottomissione al principio di legalità e il sistema dei ricorsi. Tuttavia, alla fin fine, come ricorda il filosofo tedesco, ad onta di quanto si tende comunemente a pensare a partire dall'illuminismo, non è un testo legale né un apparato giudiziario quello che garantisce in ultima istanza il retto uso del potere, bensì la virtù personale della giustizia posseduta dal governante. Ciò detto, bisogna aggiungere che il governante difficilmente potrà essere ritenuto giusto se lui stesso non ottempera alle regole stabilite per il retto uso del governo⁵⁴. Pensare, insomma, di risolvere i problemi della giustizia amministrativa in maniera anonima mediante un sistema legale è l'illusione

⁵² Ritengo che questo requisito sia *ad validitatem* in forza del can. 127 § 2, 2°.

⁵³ J. PIEPER, *La giustizia*, tr. italiana di E. Morselli, Brescia-Milano 2000, p. 98.

⁵⁴ Ricorda il Direttorio per i Vescovi che «il Vescovo nel guidare la diocesi si atterrà al principio di giustizia e di legalità, sapendo che il rispetto dei diritti di tutti nella Chiesa esige la sottomissione di tutti, incluso egli stesso, alle leggi canoniche. I fedeli infatti hanno il diritto di essere guidati tenendo presenti i diritti fondamentali della persona, quelli dei fedeli e la disciplina comune della Chiesa, a tutela del bene comune e di quello dei singoli battezzati. Tale esempio del Vescovo condurrà i fedeli ad assolvere meglio i doveri di ciascuno nei confronti degli altri e della stessa Chiesa. Egli eviterà di governare secondo visioni e schemi personalistici riguardanti la realtà ecclesiale» (CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Direttorio per il Ministero pastorale dei Vescovi, Apostolorum Successores*, 22 febbraio 2004, n. 62).

del legalismo, ma altrettanta illusione sarebbe pretendere che l'autorità ecclesiastica amministrativa possa essere «fidelis dispensator et prudens» (Lc. 12, 42) senza rispettare la legge canonica.

Eduardo Baura