

IL LIBRO I: LE NORME GENERALI

SOMMARIO: Premessa. — Canoni preliminari. — Titoli sulle leggi ecclesiastiche e sulla consuetudine. — Decreti generali ed Istruzioni. — Atti amministrativi particolari. — Sulle persone fisiche. — Persone giuridiche. — Atti giuridici. — La potestà di governo. — L'ufficio ecclesiastico. — Perdita dell'ufficio.

PREMESSA

1. Poiché non solo il titolo del libro, ma anche la sua indole teoretica prevalentemente tecnica, rimangono gli stessi del libro primo del Codice del 1917 potrebbe sembrare che questo libro non sia molto aperto a cambiamenti innovatori, nonostante l'aumento del numero dei suoi canoni da 86 a 203. Infatti, soltanto due degli undici titoli sono interamente nuovi mentre tre altri sembrano appena cambiare le formulazioni dei canoni; e i sei rimanenti riprendono, ristrutturandola, materia contenuta precedentemente in altri libri del codice (¹).

2. Sarebbe però sbagliato considerare questi cambiamenti come puramente formali e di poca importanza. Anzitutto, sotto l'aspetto proprio delle Norme Generali della tecnica giuridica, il nuovo libro primo è più perfetto che quello del 1917. E questo in primo luogo per la netta distinzione tra norme legislative (leggi, consuetudini, decreti generali legislativi, alcuni Statuti o regolamenti) e norme esecutive di indole generale (decreti generali esecutivi, istruzioni, alcuni statuti e regolamenti) o di indole particolare (atti amministrativi del titolo IV).

Questa distinzione ha senza dubbio uno scopo anche immediatamente pratico di maggiore chiarezza giuridica nel governo della co-

(1) *Titoli nuovi*: il 3°: Decreti generali e Istruzioni (6 canoni); il 5°: Statuti e Regolamenti (2 canoni). *Titoli che ristrutturano materia presa da altri libri del 1917*: il 4°: Atti amministrativi particolari (59 canoni). Anche i due primi capitoli: Norme comuni e Decreti e precetti particolari, riprendono materia prima contenuta sotto i titoli Rescritti, Privilegi. Il 6°: Persone fisiche e giuridiche (28 canoni), il 7°: Atti giuridici (5 canoni), l'8°: Potestà di governo (16 canoni), il 9°: Uffici ecclesiastici (52 canoni), riprendono materia contenuta prima nel libro secondo. Il 10°: La prescrizione (3 canoni) riprende materia dell'antico libro terzo. *Titoli «non nuovi»*: oltre ai sei canoni preliminari, il 1°: Leggi ecclesiastiche (16 canoni), il 2°: Consuetudini (6 canoni) e l'11°: Computo del tempo (4 canoni).

munità ecclesiale, colla conseguente maggior certezza giuridica. Questa, a sua volta, giova al rispetto ed alla tutela dei diritti delle persone.

3. Non è che il Codice del 1917 non conoscesse la diversità tra atti legislativi ed amministrativi, ma considerandoli come emanati dalla medesima autorità (soprattutto veniva considerata l'autorità suprema), anche tramite i suoi organi di governo, i loro diversi effetti giuridici potevano nella pratica venir trascurati. Venivano considerati quasi unicamente tenendo conto della loro origine e non della loro indole giuridica. Proprio mentre si stava lavorando alla revisione del Codice si è arrivati ad estremi alieni ad un ordinamento giuridico, per il proliferare di documenti con titoli svariati di indole chiaramente amministrativa, ma con contenuti legislativi ⁽²⁾. In questo contesto acquista particolare rilievo quanto prescrive il c. 33, § 1: « *I decreti generali esecutivi, anche se sono pubblicati in direttori o in documenti di altro nome, non derogano alle leggi* ».

4. Adottando il concetto di atti amministrativi, e di conseguenza quello di potestà amministrativa, il nuovo Codice sancisce una grande novità sia teorica che pratica.

Sul piano teorico, nel vecchio Codice non si trovava il concetto di potestà amministrativa. *Administratio* voleva dire gestione di beni temporali (c. 1518 e seg., 1917) o concessione e celebrazione di certi sacramenti (battesimo, cresima, unzione) (c. 733, § 1; 736 ecc, 1917), e dei sacramentali (c. 1148, § 1, 1917).

La potestà di governo dei vescovi era considerata legislativa, giudiziale e coattiva (c. 335, § 1: 1917) ⁽³⁾. E la stessa dottrina non era concorde: mentre da alcuni la potestà amministrativa era ritenuta potestà *iurisdictionis*, da altri invece era detta dominativa o domestica ⁽⁴⁾.

(2) Forse anche coll'intenzione di non esacerbare l'antigiuridismo che dilagava nella Chiesa, i Dicasteri della Curia romana sceglievano i titoli più svariati: *Directoria*, *Normae*, *Normae directivae*, *Normae pastorales*, *Declarationes*, *Litterae circulares* etc. Una semplice *Notificatio* della S.C. pro D.F. (14-6-1966: AAS 445) abrogava l'Indice dei libri proibiti. Le « *Normae quaedam* » (20-5-1968) della S.C. pro E.C. imponevano la revisione degli Statuti delle Università ecclesiastiche, derogando alla Const. Apost. « *Deus Scientiarum Dominus* »; Le *Normae* sono state inviate ai Rettori, ma mai sono state promulgate (*Litterae*, Prot. 113/66/68, del 30-5-1968). L'*Instructio* « *Renovationis Causam* » della S.C. Rel. (6-1-1969: AAS 103-120) abrogava diverse leggi (cf. p. 105) e non conteneva nemmeno la consueta formula di approvazione pontificia, sia pure *in forma communi*.

(3) Ovviamente, nonostante la tripartizione, i vescovi governavano le loro diocesi con potestà amministrativa (cf. c. 336, §§ 1-2: 1917). E i loro Vicari generali, dotati della stessa potestà dei Vescovi (c. 368, §1: 1917), ma che non legiferavano (cf. c. 362: 1917 per il Sinodo diocesano) né, di regola, giudicavano (cf. c. 1573, § 1: 1917), esercitavano soltanto la potestà coattiva?

(4) V. Hove, tra altri, riteneva la potestà amministrativa, potestà di giurisdizione (*De legibus ecclesiasticis*, H. Dessai, Mechliniae-Romae 1930, nn. 368; 371; cf. pure 84); mentre altri, come WERNZ-VIDAL, la ritenevano potestà domestica (*Ius canonicum*, tom. II, *De personis*, Romae 1943, n. 730-II, pp. 927-928; *Ius poenale ecclesiasticum*, Romae 1951, n. 328, p. 359). Con ragionamento assai curioso non approvava il VIDAL la sostituzione della potestà coattiva coll'esecutiva: « *alio nomine eandem rem designant, aut parum accurate loquuntur* » (*De personis*, n. 50, p. 68). Il GARCIA BARBERENA, che pensava la potestà amministrativa diversa da quella di giurisdizione, scrisse: « *Evidentemente, falta en la*

5. La potestà amministrativa (') è potestà di giurisdizione (cc. 129, § 1 e 135, § 1). Essa ha dunque l'indole di *imperium* e di pubblicità, in quanto ordinata al bene anche della comunità stessa. Essa crea norme oggettive che devono essere rispettate da tutti; norme anche di indole generale ed astratta, in quanto emanate per determinate comunità, riguardando le singole persone in quanto membri di detta comunità (cf. cc. 31-34; 94-95).

La distinzione specifica riguardo alla potestà legislativa si fonda sull'indole di subordinazione propria dell'atto amministrativo, e di conseguenza della stessa potestà amministrativa. L'atto amministrativo presuppone una legge da applicare, da interpretare, magari da completare con determinazioni non esplicitate nella legge, ma implicate nel suo dinamismo e nelle sue virtualità. La potestà legislativa crea norme autonome, che si collocano accanto alle leggi esistenti nell'ordinamento, per completare e perfezionare non formalmente quelle leggi, ma gli istituti giuridici da esse ordinati. E proprio per questa sua indole autonoma e di parità formale colle altre leggi, l'atto legislativo può derogare alle leggi preesistenti, anche solo in virtù della sua contrarietà e incompatibilità con esse (cf. c. 20).

La norma amministrativa, invece, non si colloca in parità, accanto alle leggi esistenti, ma, presupponendole, cerca di perfezionare formalmente non un determinato istituto giuridico ordinato da quelle leggi, ma una di quelle leggi. Allora, se la norma amministrativa fosse contraria alla legge, non potrebbe avere alcuna forza o valore giuridico (cf. cc. 30; 33, § 1; 34, § 2).

6. Questa chiarificazione di concetti è chiamata ad esercitare un ruolo importante nella pratica, perché la potestà amministrativa o esecutiva è quella di esercizio più frequente nella vita della comunità ecclesiale. Le leggi infatti non sono emanate ogni giorno, e i tribunali (i quali emanano pure atti amministrativi) sono chiamati a pronunziare sentenze su certi casi relativamente assai limitati. Mentre, allo stesso tempo, ogni Curia diocesana o di Istituti di vita consacrata, ogni per-

doctrina canónica un criterio «discriminador entre lo jurisdiccional y lo administrativo» (Comentarios al Código de Derecho Canónico, IV, B.A.C., Madrid 1964, n. 430, nota 2, p. 413).

(5) Possiamo notare che il Codice non chiama *amministrativa*, ma *esecutiva*, la potestà che emana gli atti amministrativi, siano essi d'indole generale (cf. c. 30), che di indole particolare (cf. cc. 31, § 1; 34, § 1; 35; 48; 59, § 1; 76, § 1; 80). Nel settimo dei principi che dovevano guidare la revisione del Codice la potestà di giurisdizione si divideva in legislativa, *amministrativa* e giudiziaria (cf. *Communicationes* 1, 1969-2, 83); così pure nei *Praenotanda* allo *Schema canonum Libri I*, preparati dal gruppo di periti per le *Normae Generales: De Normis Generalibus*, Typis Polyglottis Vaticanis 1977 (cf. inoltre *Communicationes* 9 [1987-2], 232). Ma la divisione è rimasta in legislativa, *esecutiva* e giudiziaria (cc. 135, § 1; 391, § 1). E se i periti insistevano sulla necessità della distinzione tra atti d'indole legislativa e atti d'indole *amministrativa*, ciò era, nelle loro parole, perché gli *amministrativi* «sunt indolis *executivae* seu *administrativae*» (cf. *Schema canonum...*, in *Communicationes* p. 231). Se *administratio* ed *executio* non sono concetti formalmente identici tuttavia, data l'indole di subordinazione riguardo alle leggi e di applicazione di esse, l'atto *amministrativo* può senz'altro essere chiamato atto di *esecuzione*.

sona giuridica pubblica, e non soltanto dunque i vari Istituti della Curia Romana, sono continuamente chiamati ad esercitare la loro potestà di esecuzione.

Il Codice del 1917, nello stabilire norme per Rescritti e Privilegi aveva innanzitutto in mente la Curia Romana, mentre adesso il Codice allarga la sua visione a tutte le istanze e tutte le persone che nella Chiesa partecipino della potestà di esecuzione.

7. La stessa nuova strutturazione del libro primo, suggerisce ancora una novità teorica e pratica, di non lieve importanza per la vita della comunità ecclesiale. Riguarda appunto la partecipazione della potestà amministrativa. Il libro primo infatti contiene le norme che riguardano la potestà di governo o di giurisdizione, e le norme sugli uffici ecclesiastici, che nel vecchio Codice erano contenute nel libro secondo *sulle persone*. In realtà riguardavano praticamente soltanto i chierici. Solo essi, com'è ovvio, potevano avere la potestà di ordine, ma anche la potestà di giurisdizione rimaneva loro riservata in esclusività (c. 118 del 1917). Di conseguenza, anche solamente i chierici erano soggetti abili per la titolarità degli uffici ecclesiastici propriamente tali, dato che questi uffici comportavano una qualche partecipazione nella potestà o di ordine o di giurisdizione (c. 145 del 1917). Non fa dunque meraviglia che le norme sulla potestà e sugli uffici fossero collocate nella sezione *De clericis in genere*.

La nuova collocazione suggerisce invece che potestà ed uffici possano aversi anche dai laici. Se poi una determinata potestà o un determinato ufficio sarà riservato esclusivamente ai chierici, la riserva sarà dovuta alla specificità di tale potestà concreta o di tale ufficio, non al concetto stesso di potestà di governo nella Chiesa o al concetto stesso di ufficio ecclesiastico ⁽⁶⁾.

CANONI PRELIMINARI

8. Nel momento in cui è entrato in vigore il nuovo Codice, è importante ricordare che, in virtù del c. 4, non perdono valori i *privilegi* concessi dalla Sede Apostolica nel passato a meno che non siano espressamente revocati.

Così, ad esempio la facoltà dei confessori religiosi di assolvere

(6) I laici possono essere Legati pontifici (c. 363), Cancellieri e Notai (c. 482), amministratori di beni ecclesiastici (c. 1279, § 2), economi diocesani (c. 494), assessori dei giudici (c. 1424), giudici istruttori (c. 1428, § 2), promotori di giustizia e difensori del vincolo (c. 1435), giudici per completare il tribunale collegiale (c. 1421, § 2). Certi cc. usano il termine maschile (vg. *Cancellarius*) oppure *laicus* (per specificare che non si tratta necessariamente di chierici: « *clericus vel laicus* » — dato che il vecchio Codice richiedeva il sacerdozio negli stessi casi). Di per sé nè il termine maschile nè il termine *laicus* escludono che possa trattarsi di donne. Così mentre il c. 1373, § 2 dello Schema del 1980 richiedeva che gli scelti come giudici per completare il tribunale collegiale fossero « *virī laici* », il c. 1421, § 2 ha ritenuto solo « *laici* ». D'altro canto, la scelta di termini maschili per un ufficio avrebbe potuto essere evitata, se la mente del legislatore è quella di includere le donne, col termine *christifideles* che certamente le include, perché comprende ogni categoria di persone nella Chiesa.

dalla scomunica riservata contro *procurantes abortum*. Il Codice non parla più di *assoluzione*, ma non fa dubbio che sotto il termine *assoluzione*, che veniva data nel foro del sacramento della penitenza, si trattava semplicemente di remissione.

D'altro canto, è vero che il Codice non ritiene più la varietà di riserve all'Ordinario, alla Sede apostolica *simpliciter*, *speciali modo*, *specialissime*. Ma il concetto di riserva rimane, dato che solo coloro che possono dispensare dalla legge penale possono rimettere la pena (c. 1354, § 1). Questo vorrebbe dire che nessuno potrebbe farlo per le pene comuni, perché neanche i vescovi diocesani hanno la potestà di dispensarne (c. 87, § 1), ossia che la remissione è riservata alla Sede Apostolica. Essa però concede la potestà di remissione a tenore dei cc. 1355-1356 ad alcuni Ordinari del luogo « *purché* (la pena) *non sia riservata alla Sede Apostolica* », con riserva dunque specifica, che è il caso di cinque delle sette scomuniche *latae sententiae* ⁽⁷⁾.

Finalmente, anche il concetto di remissione nel foro sacramentale è mantenuto, come è chiaro dal c. 1357, che dà facoltà al confessore come tale di rimettere la scomunica non dichiarata, nella circostanza di « *urgenza* » da parte del penitente, imponendo ricorso a chi sia competente per la remissione nel foro esterno, e dal c. 1355, § 2 che dà la facoltà a qualunque vescovo di rimettere le stesse pene nell'atto della confessione, senza però la limitazione della circostanza di « *urgenza* » da parte del penitente e senza l'imposizione del ricorso ⁽⁸⁾.

9. L'indole del Codice attuale è diversa da quella del Codice precedente: quest'ultimo *codificava* la legislazione allora vigente, mentre l'attuale ha *riveduto* la legislazione in vigore. Per questo il c. 6 è assai

(7) La Sede Apostolica si riserva la remissione delle scomuniche per i delitti contro l'eucaristia (c. 1367), d'ingiuria fisica al Romano Pontefice (c. 1370), di assoluzione del complice (c. 1378), di consacrazione episcopale, data e ricevuta, senza mandato apostolico (c. 1382), di violazione diretta del sigillo sacramentale (c. 1388).

Ci sono dunque solamente due scomuniche *latae sententiae* che possono essere rimesse da certi Ordinari a tenore del c. 1355, cioè contro i delitti di apostasia, etc. (c. 1364) e contro l'aborto (c. 1398).

(8) A. GUTIERREZ, ha sollevato la questione sulla contrarietà tra la disposizione generale della *Sacrae disciplinae Leges* che revoca tutti i privilegi contrari, « *etiam speciali vel individua mentione dignis* », e il c. 4 che li conserva. Egli stesso ricorda che la questione, a sua conoscenza, non fu posta al momento della promulgazione del Codice nel 17. Sembra egli dubitare che il termine privilegio abbia lo stesso senso nella Costituzione e nel c. 4; ma poi propone come possibile soluzione, con un *forzan*, e senza nascondersi « *quantam vim* (sic) *textibus inferatur* », che la formula « *curiale* » della Costituzione possa capirsi « non obstantibus illis privilegiis quae huius Codicis canonibus expresse revocentur », mentre rimarranno i non espressamente revocati a norma del c. 4 (*Canones circa Instituta vitae consecratae et Societates vitae apostolicae vagantes extra partem eorum propriam*, in *Commentarium pro Religiosis* 64 (1983) 75-76). A me sembra che il problema sia artificiale, e per questo non sollevato nel 1917. Se teniamo conto che la Costituzione ha come oggetto la promulgazione del Codice, essa si riferisce a privilegi che una determinata persona, soprattutto giuridica (diciamo, ad esempio, una determinata Chiesa particolare) potrebbe opporre contro la sottomissione al Codice come tale, mentre il c. 4 parla di privilegi che, quanti sottomessi al Codice, possono opporre contro tale o tale prescritto concreto.

diverso dall'antico. L'antico determinava quali leggi rimanevano, e in quale misura, l'attuale invece stabilisce come principio l'abrogazione delle leggi precedenti, rimanendo in vigore solamente quelle leggi *universales* che, non essendo contrarie alla nuova legislazione, non trattano di materia che sia stata del tutto riordinata nel Codice. Sono dunque abrogate tutte le leggi processuali, ad esempio, essendo il libro VII del codice una riordinazione integrale della materia processuale. Invece resteranno in vigore le norme *non contrarie* ad alcun canone contenute, ad esempio, nella *Sapientia Christiana* sulle Università e Facoltà ecclesiastiche, giacché i cc. del capitolo 3°, del libro 3° non possono considerarsi come riordinazione totale della materia.

Quanto alle leggi *particolari*, rimangono in vigore, oltre a quelle che non siano contrarie ai prescritti dei canoni, anche le contrarie che siano espressamente conservate, sia pure con espressione generica « *nisi aliud iure caveatur* » (cf. vg. c. 164: per quanto prescritto sulle elezioni).

10. Per quanto riguarda tantissime norme emanate, specialmente dopo il Vaticano II, dobbiamo distinguere tra leggi e decreti generali esecutivi (cf. cc. 29 e 31). Per le leggi, il c. 6 è d'immediata applicazione. Così, ad esempio, viene abrogata (cc. 607, § 2; 654) la norma che permetteva la sostituzione dei *voti* temporali con altri *vincoli* ⁽⁹⁾.

Per quanto riguarda le norme d'indole amministrativa, esse, perché subordinate alle leggi vigenti ed accessorie ad esse, restano in vigore o lo perdono assieme alle leggi che dovevano applicare. Come esempio possiamo ricordare le *Lettere Circolari* della S.C. per il Culto divino sulla versione dei libri liturgici, questione regolata dal c. 838, il quale non ripete che le traduzioni delle formule sacramentali dovranno esser fatte dalla Congregazione stessa ⁽¹⁰⁾.

TITOLI SULLE LEGGI ECCLESIASTICHE E SULLA CONSUETUDINE

11. Quasi sorvolando due titoli che rimangono poco cambiati, comincio notando l'omissione indovinata del termine *aequivalenter* nel c. 10 sulle leggi irritanti ed inabilitanti. Un termine introdotto dal GASPARRI ⁽¹¹⁾, che non fece altro che creare confusione, perché tra *expresse vel aequivalenter* non c'è alcuna opposizione, dato che *expres-*

(9) C.C. Rel., Instructio « *Renovationis causam* » (Vedi sopra nota 2), II, n. 34-I (vedi pure I, nn. 6, 7 e II, 35-I, 36).

(10) S. C. per il C.D. Litt. Circ. « *Dum toto terrarum* »: 25-X-1979 (AAS 66, 1974, 98-99). La Commissione per la revisione del Codice faceva notare ai Padri che dovevano prendere parte alla Plenaria del 1981: « *Certocertius instructiones... a S. Congregationibus per novum Codicem abrogantur et debent denuo exarari aut promulgari, quod, etsi laboriosum, optimum est pro certitudine iuridica* » (Communicationes 14, 1982-2, 131).

(11) P. ROBERTI, *Il Cardinale Pietro Gasparri, l'uomo, il sacerdote, il diplomatico, il giurista*, in *Miscellanea in memoriam Petri Card. Gasparri*, Roma 1960, 39. Non sembra che il Gasparri abbia avuta l'intenzione di confermare la dottrina del REIFFENSTUEL sull'irritazione *implicita*, ossia secondo questo autore, esigendo delle formalità.

se si oppone a *tacite*, volendo dire decisione formale che può essere anche implicita, e contiene in sé dunque anche quello che viene detto dal termine *aequivalenter*. Proprio per questo perché gli autori dovevano trovare un senso non compreso in *expresse*, perché *verba aliquid operari debent*, le interpretazioni diventavano sottigliezze che conviene senz'altro dimenticare ⁽¹²⁾.

12. L'espressione *per modum legis* nell'interpretazione autentica di cui tratta il c. 16, § 2 sembra, come prima, scelta per conservare un parallelismo col § 3 che si riferisce all'interpretazione *per modum sententiae iudicialis* etc. Certo, né la sentenza né l'atto amministrativo mirano formalmente ad interpretare, ma, dovendo applicare la legge ai casi sottoposti a decisione giudiziaria o amministrativa, contengono di fatto un'interpretazione.

Per modum legis non vuol dire che l'interpretazione si faccia necessariamente per mezzo di un'altra legge, ma semplicemente che essa si ha in forma astratta e generica proponendola alla comunità, come si propongono le leggi.

E per questo, il canone richiede la loro promulgazione, come nel caso dei Decreti generali, esecutivi (c. 31, § 2), ma non per necessità intrinseca, che non c'è quando l'interpretazione è semplicemente dichiarativa. E neppure quando il canone ricorda che tali interpretazioni non hanno effetto retroattivo statuisce un'eccezione, ritenuta possibile dal c. 9.

Ex natura rei, invece, le interpretazioni che sciolgono un *dubium iuris* o che estendono o restringono il senso oggettivo di una legge, non solo si fanno *per modum legis*, ma sono delle vere leggi, che hanno bisogno di promulgazione e che non valgono retroattivamente ⁽¹³⁾.

13. Il *coetus* dei periti che prepararono i canoni sulla consuetudine dichiarò di voler dare più grande rilievo al ruolo della comunità nella creazione della norma consuetudinaria ⁽¹⁴⁾. Il c. 25, risolve in senso positivo la controversia se l'*animus* di creare diritto è sempre necessario anche nelle consuetudini *contra ius*. Così è più chiaro che il legislatore approva la prassi consuetudinaria nel senso e nel-

(12) Tenendo conto di interpretazioni confuse come quella del MICHIELS (*Normae generales Iuris Canonici*, 2a. ed., Desclée, Parisiis, etc., 1949, pp. 336-342), o anche chiare, ma del tutto diverse, come quella del ROBLEDÁ (*La nulidad del acto jurídico*, 2a. ed., Roma 1964, 216-219), scrissi contro l'opportunità della soppressione del termine *aequivalenter* (*Adnotationes quaedam ad propositam reformationem libri primi Codicis Iuris Canonici*, in *Periodica* 64, 1975, 634-638). Tuttavia la riconosco opportuna sempre che torniamo al vero senso del termine *expresse* come usato in tanti altri canoni (vg. 4; 5, § 1; 6, § 1, 2°; 8, § 1...).

(13) Il tenore del c. 16 consentirà ancora di discutere se l'interpretazione *per modum sententiae* etc., sia da considerarsi autentica. Anzi è un cambiamento « innocente » l'iniziare il § 3 ripetendo il termine *interpretatio* autem... invece che come nel '17 « *Data autem...* » che per forza ricollegava ai §§ 1 e 2?

(14) Cf. *Communicationes* 3 (1971-1) 86.

la misura voluta dalla comunità, come sosteneva parte della dottrina ⁽¹⁵⁾.

Ma usando il termine *approvazione* al posto di *consenso* (c. 25 [1917]) il legislatore vuole allargare il ruolo della comunità, nel senso che essa sia non soltanto causa materiale, ma anche formale della forza giuridica della consuetudine? Nella Chiesa gerarchica la comunità non ha capacità legislativa, ma nella tradizione canonica, l'*approvazione* del legislatore è stata interpretata anche come concessione da parte del legislatore alla comunità della necessaria potestà. D'altra parte, siccome l'interpretazione divenuta comune, era quella raccolta nel c. 25 (1917) che solo il legislatore, per mezzo del suo consenso legale, era causa formale della forza giuridica della consuetudine, non sembra possibile trovare nel testo dei nuovi canoni la volontà positiva del legislatore di cambiare la norma contenuta nel vecchio canone risolvendo così questo dubbio, del resto assai teorico ⁽¹⁶⁾.

DECRETI GENERALI ED ISTRUZIONI

14. I *canoni* 29-30 sembrano avere lo scopo didattico di mettere a fuoco la distinzione tra Decreti legislativi e Decreti esecutivi. Sono questi ultimi la novità formale del titolo 3°, come insinuato sopra (n. 3).

Novità formale chiamata a rafforzare la chiarezza e certezza giuridica non soltanto a livello di comunità ecclesiale universale, a condizione che gli Istituti della Curia Romana ne tengano conto nella pratica, ma anche a livello di chiese particolari.

Trattandosi di atti amministrativi ⁽¹⁷⁾, bisognerà che le istanze competenti per emanarli, siano consapevoli del diritto che assiste le comunità in causa, di ricorrere contro le possibili illegittimità di tali

(15) Ad esempio il VAN HOVE, *De legibus...* (cf. supra nt. 4) nn. 121-127, contro MICHELIS, *Normae generales...* (cf. nt. 12) pp. 97-107.

(16) Io non vedo così chiaramente come JIMENEZ URRESTI, che « *Ea tantum consuetudo... quae approbata fuerit...* » si sposti « *de la rigidez* » del « *consuetudo... unice obtinet* » (1917) (*Código de Derecho Canónico*, B.A.C., Madrid 1983, ad c. 23, p. 34). Quanto alla necessità dell'*animus*, questa era già ammessa, come ho detto dalla dottrina, che per me era la migliore. La sua riflessione sul rapporto « comunità »-pastori (AG 22,2; GS 44b; LG 12,2; AA 30), basata su testi che si riferiscono a problemi ben diversi, non mi sembra sufficientemente matura. Né si può dimenticare che lo stesso gruppo di periti che dichiarò voler dare più grande rilievo al ruolo della Comunità, affermò nello stesso momento: « *servantur quoad substantiam praescripta quae de eadem (consuetudine) habentur in Codice I.C.* » (*Communicationes* 3, 1971-I, 86). Anche la Commissione, all'occasione della Plenaria dell'81: « *Schema retinet disciplinam vigentem* » (*Communicationes* 14, 1982-2, 135).

(17) La logica avrebbe richiesto il titolo « *De actibus administrativis generalibus* » (vedi il titolo seguente). La presenza però dei cc. 29-30 non lo ha consentito. Il legislatore è formale: i Decreti generali di cui trattano questi due canoni sono propriamente leggi. Né sembra che la loro collocazione accanto ai Decreti generali d'indole amministrativa sia dovuta all'intenzione di adeguarsi a certe categorie civilistiche: esse avrebbero consentito il titolo logico ricordato. A me pare che lo spostamento di questi due canoni accanto ai Decreti generali esecutivi sia dovuto all'impegno didattico di chiarezza, che nella pratica era andata dimenticata.

decreti. Queste illegittimità possono occorrere per incompetenza di chi emana il decreto generale in una determinata materia (c. 31, § 1), per mancanza di potestà esecutiva (c. 31, § 1), per difetto di promulgazione (§ 1), o finalmente per difetto di consistenza giuridica dell'atto stesso in tutto o in parte, in quanto contrario ad una legge in vigore (c. 33, § 1) ⁽¹⁶⁾.

15. Per quanto riguarda le Istruzioni, il c. 34 ha preso ispirazione dal concetto civilistico di esse, per quanto le riserva a « *quelli il cui compito è curare che le leggi siano mandate ad esecuzione* » (c. 34, § 1). Non essendo dunque destinate ad alcuna comunità come tale, il legislatore non richiede la loro promulgazione; basta che siano intimate agli incaricati dell'esecuzione delle leggi.

ATTI AMMINISTRATIVI PARTICOLARI

16. Trattasi di tutti gli atti di governo, particolari cioè diretti non a comunità intere, ma a persone singole, fisiche o giuridiche. Essi sono, a tenore dei cc. 35, 48, 49, *decreti* (che comprendono pure i precetti) e rescritti. I decreti, a seconda dell'oggetto saranno *decisori* o per *provvedimenti* di amministrazione; mentre i rescritti, potranno contenere privilegi, dispense o altre concessioni (c. 59, § 1).

La *decisione* sembra riferirsi alla definizione di una controversia, e anche, sotto forma di *precetto*, all'imposizione di un obbligo, positivo o negativo, cioè di fare o di astenersi. Il *provvedimento* sembra coprire tutte le restanti « decisioni » di governo come autorizzazioni o dinieghi, nomine, gestione di uffici, di beni, etc.

17. Le norme generali, comuni a tutti, ricordano: 1) la necessità e sufficienza della *potestà* amministrativa per porre questi atti di governo (c. 35), con l'unica eccezione dei privilegi (c. 76, § 1); 2) i principi di *interpretazione* di questi atti (c. 36); 3) la forma *scritta* (non però come forma intrinseca o per il valore) per quanti riguardano il foro esterno (c. 37); 4) i *limiti di valore* davanti a diritti acquistati, leggi, consuetudini giuridiche (c. 38); 5) la terminologia per indicare eventuali *condizioni* essenziali (c. 39); 6) le norme per l'*esecuzione* (cc. 40-45); 7) la *cessazione* degli atti (cc. 46-47).

Queste norme non contengono grandi novità; la novità sta piuttosto nel fatto di radunarle qui, in quanto norme che non riguardano soltanto i rescritti ai quali si riferivano i vecchi canoni relativi.

18. Il legislatore ha voluto rispettare l'indole diversa dell'atto legislativo e dell'atto amministrativo: quest'ultimo non può valere con-

(18) Un decreto generale viziato da una di queste illegittimità non può avere vigore giuridico. L'autorità che l'abbia emanato potrebbe tuttavia esigerne illegittimamente la messa in pratica! Non rimarrebbe, per l'autorità inferiore, capo della comunità in causa, se non il ricorso. Nella parte processuale è previsto solamente il ricorso contro gli atti amministrativi particolari (c. 1732), ma non v'è dubbio che rimane aperta la via gerarchica alla Congregazione romana competente e, dopo questa, alla Segnatura Apostolica.

tro diritti acquisiti, o contro leggi e consuetudini giuridiche (c. 38). La norma però non ha valore universale in diritto canonico dove proprio l'indole *amministrativa* della dispensa richiede che l'autorità esecutiva possa nei casi particolari rallentare il vincolo della norma giuridica (c. 85) ⁽¹⁹⁾.

Anzi, dato che in diritto canonico la distinzione dell'indole propria degli atti legislativi o amministrativi non è imposta dalla separazione dei poteri, non esistente nei vescovi diocesani e nel papa, l'autorità competente cioè quella con potere legislativo, può eccezionalmente superare l'indole esecutiva di altri atti amministrativi, cosicché possano revocare, nei casi concreti contemplati, leggi, consuetudini, e anche diritti acquisiti (c. 38).

19. La normativa sui decreti e precetti particolari sembra ispirata dalla preoccupazione di proteggere le persone che possono essere soggetti di questi atti, più che da quella di agevolare il governo. L'autorità deve previamente raccogliere informazioni e prove anche sentendo le parti interessate (c. 50); deve motivare le sue *decisioni* per iscritto (c. 51); e il valore di decreti e precetti è precisato nei suoi limiti (c. 52), così come nell'eventuale contrarietà con altri decreti o precetti (c. 53), e nel momento *a quo* (c. 54) e *ad quem* (c. 58) ⁽²⁰⁾.

20. Attenzione particolare merita il c. 57. Davanti al silenzio dell'autorità che doveva emanare un decreto la parte interessata, passati tre mesi se la legge non determina un altro tempo, ha diritto di ricorso contro il *rifiuto* che è legalmente presunto. Vale a dire il diritto non ammette « il silenzio come risposta », forma poco coerente colla certezza giuridica, col dovere dell'autorità, e col rispetto dovuto alle persone. È chiaro, d'altronde, che la persona potrebbe accontentarsi, rinunciando al suo diritto.

21. Non è più novità l'importante cambiamento riguardo al potere di dispensa *del Vescovo diocesano* dalle leggi emanate dall'autorità suprema sempre che per la loro indole siano dispensabili, e che non intervenga riserva (c. 87, § 1). Si tratta dunque di leggi disciplinari, anche irritanti e inabilitanti, ma non di leggi costitutive (c. 86), dato che non si tratterebbe di dispensa, ma di cambiamento, per il caso contemplato, della figura regolata dalla legge, così la « dispensa » della residenza per ottenere il domicilio ⁽²¹⁾, o della neces-

(19) Il legislatore non ha, invece, tenuto conto, non senza incoerenza, penso, dell'indole pure *amministrativa* del privilegio in diritto canonico, e richiede per la sua concessione un potere *legislativo* (c. 76, § 1). Si ricordi che il privilegio non è ormai concesso per legge, ma per atto peculiare (*ib.*).

(20) I cc. 55-56 prevedono due forme d'intimazione straordinaria, per semplice lettura, nella forma prescritta, del decreto o precetto il cui testo non è opportuno rilasciare; o per la sola convocazione se c'è rifiuto di presenza o di sottoscrizione.

(21) Anche nel domicilio legale (v. g. per i religiosi: c. 103) rimangono i due elementi essenziali, cioè la *residenza* e l'*intenzione* di rimanervi (almeno *legali* attraverso l'iscrizione ad una determinata casa), o almeno il *fatto* della perma-

sità, per la sentenza giudiziale, di escludere ogni dubbio (c. 1611, § 1). Neppure per le leggi *permittenti*, che contengono concessioni di diritti sia per la validità dell'agire, sia per la legittimità, può avere senso la dispensa. Basterebbe non voler servirsi, in un caso determinato, del diritto concesso, per esempio, di celebrare l'eucaristia in un tempio non cattolico (c. 933) ⁽²¹⁾.

22. Questa potestà per le circostanze normali non viene attribuita generalmente agli Ordinari, neppure del luogo. In realtà è un'incoerenza col principio che la dispensa è data da chi ha la potestà esecutiva (c. 85). Certo, il Vaticano II ha voluto questo potere di dispensa per il Vescovo diocesano, ma come esempio concreto della sua potestà pastorale. Per il Concilio il contesto era diverso; infatti il potere richiamato per il vescovo diocesano nel Codice, viene riconosciuto ugualmente a quanti gli sono equiparati dal Diritto, senza che tutti abbiano necessariamente il carattere episcopale (« *De Episcoporum muneribus* »: III). Anzi, non solo il Pastore proprio di una determinata chiesa, ma tutti gli Ordinari, anche non del luogo, nei limiti della propria competenza, sono *amministratori* della legge emanata dall'autorità suprema, che dovrebbero non solo farla normalmente osservare, ma anche, secondo il principio ricordato, poterne dispensare. Niente ostacola però che il Vescovo deleghi la sua potestà di dispensa, in tutto o in parte, ai suoi Vicari, come ad altri (c. 137).

23. Nelle circostanze straordinarie di difficoltà per ricorrere alla Santa Sede, e se concorre un pericolo nell'aspettare: 1) non solo il Vescovo diocesano, ma anche tutti gli Ordinari, compresi gli Ordinari religiosi, godono della facoltà; 2) facoltà anche riguardo le leggi riservate, a condizione che la Santa Sede abbia l'abitudine di dispensare nelle circostanze del caso (c. 87, § 2).

24. Dal punto di vista dottrinale, tenendo conto della potestà esecutiva del vescovo (c. 391, § 1), l'attribuzione della potestà di dispensa riguardo alle leggi superiori, anche se contraria alla tradizione canonica raccolta nell'antico c. 80, è giusta ⁽²²⁾. Si richiedeva la po-

tenenza per un tempo determinato dalla legge (che nel caso del domicilio legale dei religiosi viene anche cambiato quanto alla durata, che rimane indeterminata, per il tempo di ascrizione alla casa).

(22) Sono riservate globalmente tutte le leggi processuali e penali (c. 87, § 1), oltre alle riserve, contenute in altri canoni, di altre materie. Nel m.p. *De Episcoporum Muneribus*: 15-6-1966, n. IV: AAS 469 veniva giustificata la riserva per le processuali « *cum ad iurium defensionem sint* », che, da una parte varrebbe per tante altre leggi non riservate, e, dall'altra, non sembra richiedere una tale riserva generale, dato che non tutte le leggi processuali, come è ovvio, hanno la stessa importanza pratica, e che, trattandosi p. es. del processo orale, lo stesso tribunale può decretare la deroga delle norme processuali che non siano richieste per la validità (c. 1670).

(23) Il *Coetus* della Commissione per la revisione riconobbe che la scienza canonica riteneva *legislativa* la potestà di dispensa, ma ciò perché non distingueva le varie funzioni della potestà come tale. Mentre ora che le distinguiamo, « *dispensatio cum sit actus particularis indolis administrativae, sustineri non potest norma can. 80 Codicis I.C., vi cuius dispensatio a solo legislatore eiusve Superiore concedi valet* » (*Communicationes* 3, 1970-1, 90).

testà legislativa come necessaria per sospendere la forza della legge, in virtù del principio gerarchico, e considerando come conflittuali la potestà legislativa e quella di dispensa, non tenendo conto dell'indole amministrativa della dispensa che non deroga alla legge, in quanto ne sospende soltanto l'applicazione nel caso particolare per motivi del bene delle anime, senza che venga minimamente implicato il concetto di una potestà non gerarchicamente subordinata.

25. Nessuna difficoltà neppure nel concepire questa potestà dei Vescovi come *propria* della loro funzione pastorale (c. 381 § 1; 391), per cui devono promuovere l'unità della Chiesa, esigendo l'osservanza delle leggi superiori non certo come « governatori rappresentanti dell'autorità centrale », ma appunto come pastori ed amministratori nella propria Chiesa attenti al bene delle anime di cui hanno la cura, il che può esigere eccezionalmente la dispensa della legge in casi determinati ⁽²⁴⁾.

SULLE PERSONE FISICHE

26. Il domicilio e il quasi domicilio sono il fondamento giuridico della sottomissione a un determinato Ordinario del luogo e a un determinato parroco (c. 107). Fondano anche la sottomissione alle leggi locali (c. 12 § 3; 13, § 2), la competenza per l'assistenza al matrimonio (c. 1115, con le eccezioni della residenza mensile, e attuale per i vaghi), e la competenza dei tribunali (cc. 1408; 1413, 2°; 1673, 2° e 3°; 1699, § 1). Solo il domicilio, invece, fonda la competenza per l'ordinazione diaconale dei secolari (c. 1016: ammette che il candidato possa voler l'ordinazione per una diocesi non « sua ») ⁽²⁵⁾,

(24) Correggo quanto scrissi in senso contrario in *Decreti, Precetti generali e Istruzioni in Ephemerides Iuris Canonici* 35 (1979) 57 (n. 9) (anche in *Apollinaris* 52 [1979] 403).

Si può dubitare se *Christus Dominus* 8, b) col « *singulis episcopis dioecesis facultas fit...* » (ripreso nel proemio del m.p. « *De Episcoporum Muneribus* »: cf. nota 22) contenga davvero un « netto stacco » dalla dottrina precedente e il « recupero di originali attribuzioni di potere » (S. BERLINGÒ, *L'attuale disciplina sulla dispensa*, in *La Chiesa dopo il Concilio*, II, Giuffrè, Milano 1972, 196, nt. 38). Il merito sembra da attribuirsi ai periti della Commissione. Certo, l'affermazione della potestà di dispensa del vescovo dalle leggi superiori, nel contesto di *Christus Dominus* 8,b), a causa dell'indole amministrativa della potestà di dispensa, non ha niente a che vedere con tesi gallicane o febroniane. La proposizione condannata dal Sinodo di Pistoia: « *persuasum sibi esse, episcopum excepisse a Christo omnia iura necessaria pro bono regimine suae dioecesis* » (D. 2606/1506), non ha lo stesso senso di « *Episcopis, ut Apostolorum successoribus, in dioecibus ipsis commissis per se omnis competit potestas ordinaria, propria ac immediata, quae ad exercitium eorum muneris pastoralis requiritur* »; come evidenziato dall'aggiunta: « *firma semper in omnibus potestate quam, vi muneris sui, Romanus Pontifex habet sibi vel alii Auctoritati causas reservandi* » (*Christus Dominus* 8,a).

(25) I periti della Commissione riconobbero che il *locum originis* non ha particolare rilievo in Diritto canonico, « *tamen servatur consideratio ad determinandum Episcopum proprium ordinationis saecularium* » (*Communicationes* 6 [1974-1] 95); ma di esso non tiene conto il c. 1016.

e per la concessione della facoltà di confessare a chi non è incardinato nella Diocesi perché abbia valore universale (c. 967, § 2).

È allora importante tener presente che il Codice rende più facile l'acquisto del domicilio o del quasi domicilio. Congiuntamente con la residenza in un luogo basta l'intenzione di rimanervi, rispettivamente, per sempre o per almeno tre mesi. E quando la persona ha risieduto in un determinato luogo per oltre cinque anni, o per oltre tre mesi, la stessa legge supplisce l'intenzione (c. 102).

I religiosi e i membri di Società di vita apostolica hanno, per legge, il domicilio lì dove si trova la casa alla quale sono ascritti, senza pregiudizio per l'acquisto di quasi domicilio come gli altri fedeli (c. 103). Per loro non conta il fatto materiale della residenza, ma solo la residenza in senso giuridico; come neppure conta il fatto della residenza protratta, né l'intenzione di prostrarla. Fatto e intenzione vengono suppliti dalla legge.

Se i minori continuano ad avere il domicilio legale di chi ne ha la cura, così come hanno il domicilio dei curatori o tutori quanti gli sono sottomessi (c. 105), le mogli non hanno più il domicilio del marito, imposto dalla legge, ma sono i due coniugi a scegliere il loro domicilio di comune accordo (c. 104). Inoltre, ambedue potranno avere domicilio e quasi domicilio proprio se c'è una causa giusta. La condizione, non esplicitata per i fedeli in generale (c. 102) sembra voler ricordare il dovere di vita comune dei coniugi (c. 1151).

PERSONE GIURIDICHE

27. Se la persona fisica acquista i suoi diritti e diventa soggetto di doveri nella comunità ecclesiale per il battesimo (c. 96), le persone giuridiche hanno bisogno dell'intervento dell'autorità, sia per disposizione del diritto sia per decreto (c. 114, § 1) ⁽²⁶⁾.

Il Codice cerca una migliore determinazione delle varie persone giuridiche colla distinzione *universitas personarum* e *universitas rerum*, che non corrisponde alla distinzione *collegiales* e *non collegiales* del '17. Anche le *non collegiales* infatti sono *universitates personarum*, ma le persone fisiche che le integrano non ne determinano l'attività, già prevista dalla legge e dai propri statuti. Ad esempio, diocesi, parrocchie, provincie e case religiose ⁽²⁷⁾.

(26) Dato che la personalità della Chiesa come tale, e della S. Sede, sia nel concerto delle nazioni che all'interno della Chiesa stessa, non son frutto di alcun atto positivo dell'autorità, ma derivano dello stesso diritto divino, il c. 113 usa il termine *persone morali*, riservando quello di persona giuridica a quelle che nascono nella Chiesa per intervento positivo dell'autorità (c. 114, § 1).

(27) Le comunità, definite generalmente da un certo territorio, sono il soggetto dei diritti e degli obblighi. La divisione in *collegiales* e *non collegiales* è più chiara nella teoria che nella pratica: così mentre *gli istituti religiosi*, sembrano dover essere considerati persone giuridiche *collegiales inaequali iure*, in quanto i membri, con diversa rappresentatività fissano le loro norme fondamentali nel codice di base (c. 587 § 1), e ne determinano poi la loro applicazione attraverso i vari capitoli, nonostante che la loro libertà di azione non sia totale, in quanto sottomessi al diritto comune; *le provincie* e *le case* invece, non sembrano

Le *collegiales*, determinano loro stesse l'attività, ma non sempre con pari diritto da parte di tutti i membri, onde l'ulteriore distinzione in *collegiales aequali vel non aequali iure* (c. 115, § 2). Sono *collegiales* le Conferenze episcopali, i capitoli cattedrali o collegiali, gli Istituti religiosi, il Collegio dei vescovi, i cui membri non hanno appunto uguale diritto di decisione efficace, in quanto i vescovi sono sottomessi al Papa come a Capo del Collegio ⁽²⁸⁾.

La persona giuridica, detta *universitas rerum*, è anche definita *fundatio autonoma*, ossia un capitale stabile, che, con i redditi permetta di proseguire un'attività secondo i fini propri delle persone giuridiche nella chiesa, come indicato nel c. 114, § 2.

28. I fini debbono partecipare alla missione della Chiesa, ma non sono attuati necessariamente a nome della Chiesa. Infatti la persona giuridica può perseguire alcuni di tali fini in forma privata così come fanno tante persone fisiche, e non a nome della Chiesa e come strumento di essa. Nonostante, allora, il decreto dell'autorità che concede la personalità giuridica (c. 116, § 2), e il fatto che gli statuti debbano essere previamente approvati dall'autorità (c. 117), la persona rimane privata (cf. c. 322). Perché acquisti il carattere di persona pubblica, non basta che sia semplicemente costituita dall'autorità, ma deve esserlo per attuare i suoi fini a nome della Chiesa, e per il bene pubblico della comunità ecclesiale.

29. Si può chiedere quali siano gli effetti canonici dell'acquisto della personalità *privata*. Certo, i fini di una persona giuridica privata trascendono sempre i fini personali dei singoli membri nella *universitas rerum*, o delle persone fisiche responsabili di una fondazione, tuttavia essi sono perseguiti con carattere privato. Concretamente per esempio, i diritti e gli obblighi patrimoniali sono della persona e non dei singoli membri, tuttavia i beni della persona *non sono ecclesiastici* (c. 1257). La persona giuridica privata si configura quindi come intermedia tra le persone fisiche, che possono perseguire dei fini spirituali, anche associativamente (c. 215; 299; 310), e la persona giuridica pubblica che agisce come strumento della Chiesa, per attuare a nome di essa i propri fini. La figura è nuova nel diritto canonico ed è quindi troppo presto per giudicare sia tutti i suoi aspetti pratici sia, soprattutto, la sua utilità nella comunità ecclesiale ⁽²⁹⁾.

libere di determinare la loro azione. *Le Università*, sottoposte al diritto comune, e con una partecipazione, pur se talvolta ridotta ad un minimo simbolico, della comunità universitaria nelle decisioni, anche nel momento di creare i propri statuti, sono da considerarsi persone *collegiales*? Così pure un *Seminario*? Oppure, può darsi che una determinata Università, così come un determinato Seminario, sia da considerarsi come *fondazione autonoma*, e quindi non come *universitas personarum*, ma *rerum*?

(28) Il Collegio episcopale, soggetto anche della suprema potestà della Chiesa, è senza dubbio persona giuridica nella Chiesa, anche se nessun canone lo ricorda. Anzi, così come detto della Santa Sede, dovrà dirsi *persona morale*, perché la sua personalità viene dallo stesso diritto divino (cf. c. 113, § 1 e la nota 26).

(29) Dobbiamo quindi distinguere *associazione privata* (c. 299), i suoi sta-

30. La persona giuridica, se *universitas personarum*, non può manifestare la propria volontà in ordine ai propri fini, se non per mezzo del voto dei membri. Il c. 119 determina:

1) È prevalente sulle norme che esso stesso contiene il diritto comune nei casi specifici, il diritto particolare e gli statuti del gruppo o collegio ⁽³⁰⁾.

2) In mancanza di tale norma: per le elezioni si richiede la convocazione di quanti hanno voce attiva, a tenore del c. 166, e cioè per la validità: vale però l'elezione se, nonostante l'omissione della convocazione, siano tutti presenti; non vale se, a causa dell'omissione, mancano oltre un terzo degli elettori; se mancano a causa dell'omissione meno di un terzo, o anche un solo elettore, sarà valida l'elezione, ma dovrà essere annullata su petizione del negletto.

3) Deve essere presente perché valga l'elezione oltre la metà degli aventi diritto ⁽³¹⁾.

4) Nei primi due scrutini si richiede maggioranza assoluta, e cioè più della metà dei voti *dei presenti*, e non già dei voti validi come nel 1917 ⁽³²⁾.

5) Se bisogna passare ad un terzo scrutinio: trattandosi di elezioni, rimangono soltanto i due candidati che abbiano ottenuto il più grande numero di voti, o il più anziano in caso di parità.

6) Non può non sorprendere l'oscurità susseguente del canone. Sembra considerare evidente che, trattandosi di elezioni tra soli due candidati, nel terzo scrutinio si debba avere o maggioranza assoluta o

tutti debbono esser riconosciuti dall'autorità per poter diventare associazione riconosciuta (c. 304, § 1; 299, § 3); associazione privata con *personalità giuridica privata* (c. 116, § 1; c. 322); *associazione pubblica* (c. 301), la quale è necessariamente anche *persona giuridica pubblica* (c. 313).

(30) Così, mentre a norma del c. 119, 2° basta la maggioranza assoluta per la decisione, nel caso delle Conferenze episcopali, per i decreti generali è richiesta la maggioranza di due terzi, anzi, i due terzi dei membri con voce attiva (c. 455, § 2), mentre per diritto comune la maggioranza assoluta si intende in rapporto ai presenti (c. 119). Se non sbaglio, il c. 119 permette la *creazione di nuovo* diritto particolare non conforme alle specificazioni del c. 119 (come poi a quelle dei cc. 165-179 sulle elezioni, a tenore del c. 164), che sono imperative solo a difetto di norme più specifiche.

(31) Il canone dice semplicemente « *praesente quidem maiore parte* ».

Si noti che non avrebbe senso parlare di maggioranza *relativa*, che non può aver luogo se non tra vari candidati. La maggioranza, quando si tratta di un gruppo, è necessariamente maggioranza *assoluta*, o non è maggioranza. Si noti pure che è meno esatto definire la maggioranza assoluta come « la metà più uno », ma deve dirsi « più della metà »: infatti, la maggioranza assoluta quando si tratta di numero dispari non è la metà più uno; così, per esempio, 6 è la maggioranza assoluta su 11.

(32) Non può trattarsi di presenza *giuridica*, cioè di quanti hanno diritto al voto. Se così fosse, il cambiamento di formulazione riguardo al c. 101 che voleva « *...quoque, demptis suffragiis nullis, placuerit parti absolute maiori eorum qui suffragium ferunt* » non cambierebbe niente, perché chi, essendo abile, dà nonostante un voto nullo (per esempio perché vota in bianco) non perde per questo il suo diritto al voto. Allora la formulazione presente non sarebbe né chiara né adatta.

parità. E determina che in quest'ultimo caso viene eletto, per disposizione legale, il più anziano dei due. Sembra esser sfuggito al legislatore che, data la norma stabilita nello stesso canone, secondo la quale la maggioranza si considera rispetto ai presenti, potrebbe aversi forse una maggioranza soltanto relativa, ad esempio, se tra 12 presenti, 5 votano per Tizio, 2 per Caio, e 5 si astengono o danno voto nullo. Allora? Siccome il canone non sembra considerare la possibilità di ulteriori scrutini, bisogna concludere che nel terzo, deve bastare la maggioranza anche relativa.

7) Anche trattandosi di negozi l'oscurità rimane. Anche se il voto viene proposto in modo disgiuntivo (*sí* o *no*, ad esempio: si vende o no tale proprietà? — e si noti che i negozi possono esser proposti diversamente, come: la carica deve durare a vita? per 12 anni? per sei?) non è certo che debba aversi necessariamente o maggioranza assoluta o parità, perché possono aversi voti nulli (fra 12: 5 possono esser nulli, 5 a favore del *sí*, 2 a favore del *no*). Vale allora la maggioranza relativa? La diversa formulazione del n. 2° del c. 119, riguardo al 1° non sembra suggerirlo.

A mio avviso, quindi, se nel secondo scrutinio non c'è né maggioranza assoluta né parità (o il preside non vuole sciogliere questa) non resta che continuare gli scrutini, o ricorrere all'autorità competente che possa rimediare al blocco causato dai voti nulli.

Si noti che qui si tratta di formare la volontà della persona giuridica, la quale può formarsi solo con una maggioranza.

ATTI GIURIDICI

31. L'atto giuridico è l'atto personale, riconosciuto dalla legge, che modifica i diritti proprii o altrui. Perché *valga* o produca i suoi effetti:

1) Deve procedere da una *persona abile*, cioè che oltre alla *capacità* e *naturale* (uso di ragione), e di *diritto divino positivo* (battezzata), e *canonico* (giudice per pronunciare una sentenza), non sia impedita dal diritto canonico richiedente nel caso una qualità specifica non costitutiva della capacità, ad esempio una determinata età.

2) Deve essere un *atto* con tutti i suoi *elementi costitutivi* sia per *diritto naturale* (intenzione nel consenso), sia per *diritto divino positivo* (acqua vera nel battesimo), sia per *diritto canonico* (provvisione canonica per l'ufficio ecclesiastico).

3) Deve porsi con le *solennità* e *condizioni* che il diritto impone per la validità, ad esempio la forma canonica per il matrimonio.

Se manca la *capacità* della persona, o se manca alcun elemento *costitutivo* dell'atto, questo è giuridicamente inesistente. Mentre che se manca l'*abilità*, o l'atto è posto senza le *solennità* o *condizioni* per il suo valore, l'atto non produce effetto giuridico. Inesistente o senza

effetto, è detto atto *nullo*. Solo l'atto esistente, ma senza effetto, potrà essere *sanato* dall'autorità.

32. Sempre quando il diritto (comune, particolare, proprio) esige da un Superiore che abbia il consenso di alcuni o senta il loro parere, il consenso o l'ascoltare il parere sono per la validità dell'atto (c. 127). Ecco un esempio di condizione canonica positiva che limita l'*abilità* delle persone per agire ⁽³³⁾.

Se il consenso o il parere deve essere richiesto da un collegio (persona giuridica) o da un gruppo *come tale*:

1) È necessaria la *convocazione* (come sopra 30, 2). Il Superiore non può avvicinare ciascuna persona del collegio o gruppo individualmente: si avrebbe consenso o parere di persone fisiche, non del collegio o del gruppo ⁽³⁴⁾.

2) Il collegio o il gruppo deve esprimere il consenso a maggioranza assoluta dei presenti. Il parere potrà anche esprimersi in questo modo, ma più comunemente esso non può ridursi ad un voto di suffragio: il Superiore deve pertanto richiederlo da tutti i presenti ⁽³⁵⁾.

3) È il *collegio* o il *gruppo* che esprime il suo consenso o parere. Il Superiore potrà essere preside, come ad esempio il Vescovo potrà essere preside del Capitolo cattedrale, senza perciò esserne *membro* ⁽³⁶⁾; o il Superiore religioso presiederà il suo Consiglio, senza pertanto esserne membro, quasi che si avesse un governo collettivo o di équipe. Il Superiore non vota; egli richiede il voto del Collegio o del gruppo che lo assiste. C'è alterità perfetta: è il Superiore che deve agire con atto *personale*, non il Collegio o Consiglio; ma, per agire,

(33) Proprio perché si tratta di elemento *costitutivo* dell'abilità del Superiore per agire, il Vescovo non può dispensare se stesso (applicando il can. 91) dalla legge universale che gli esige di ottenere il consenso o di richiedere il parere (c. 86).

(34) Il canone ammette eccezionalmente che il diritto particolare o proprio possano non richiedere la convocazione quando si tratti soltanto di sentire il parere. Per la validità devono esser convocati almeno i due terzi dei componenti del collegio o gruppo; uno solo non convocato ha il diritto di richiedere che venga irritato il consenso o parere dato. Se non sbaglio si richiede sempre la presenza almeno della maggioranza assoluta del collegio o gruppo (c. 119, 1°), perché si tratta di atto collegiale, anche se non sempre da parte di una persona giuridica. È vero che il c. 119 si trova sotto il titolo delle persone giuridiche, come argomenta in senso contrario JIMENEZ URRESTI (*Código de Derecho Canónico*, B.A.C., Madrid 1983, p. 94, col. 2, verso la fine della B), ma significativamente penso che non dica «*ad actus personarum collegialium quod attinet*» (sarebbe in parallelismo col c. 101 (1917): «*circa actus personarum moralium collegialium*»), ma si riferisca a tutti gli atti collegiali.

(35) Non è stabilito che il Superiore chieda un parere nominale; potrebbe accontentarsi di offrirne l'opportunità a chiunque voglia chiedere la parola. Si noti, infatti, che il parere deve essere richiesto, ma non necessariamente dato, in quanto il consigliere può non aver niente da dire. Questi non è invece libero di tacere un parere che sarebbe in grado di dare (c. 127, § 3).

(36) La presidenza del Vescovo è infatti onorifica. Il c. 507, § 1 determina che è uno dei canonici a presiedere il Capitolo (cf. l'antico c. 397, 4°). Il concetto stesso di Consiglio, implica che il Superiore religioso non ne è membro; si tratta di un gruppo di persone per *aiutare* il Superiore nel suo governo (c. 627), a volte con un consenso del gruppo come tale.

il Superiore ha bisogno di un consenso o di un parere previo di un altro organismo, cioè di un Collegio o di un Consiglio. Le ipotesi possono essere: 1) Il Consiglio consente (maggioranza, unanimità) e allora il Superiore è abile per agire. 2) Il Consiglio rifiuta il consenso (maggioranza, unanimità): il Superiore non può agire validamente. 3) Lo scrutinio è inconclusivo (nessuna maggioranza assoluta né per consentire né contro il consenso): o il Superiore si astiene di agire, oppure domanda un nuovo scrutinio. 4) C'è parità di voti: il Superiore non potrebbe agire, perché non ha ottenuto il consenso. Ma per questo caso, il can. 119, 2° concede al Superiore la facoltà di sciogliere la parità, anche in senso favorevole a sé, così che possa agire come se avesse ottenuto il consenso ⁽³⁷⁾.

33. Quando il consenso o il parere è da richiedersi a più persone fisiche individuali, è chiaro che il Superiore non può agire validamente se qualcuna di esse non consente, o ad essa non è stato richiesto il parere (c. 127, § 2).

Il fatto che il Superiore non sia obbligato a seguire il parere, anche unanime, non lo esonera della necessità di domandarlo a ciascuno, per poter agire validamente.

LA POTESTÀ DI GOVERNO

34. Il c. 129 sembra contenere una contraddizione. Il § 1, infatti, afferma l'abilità a ricevere la potestà di governo da parte degli insinuiti dell'ordine sacro. Affermazione che suona esclusiva: *inclusio unius est exclusio alterius* ⁽³⁸⁾. Il § 2 sembra affermare implicitamente l'abilità pure dei laici. Esplicitamente afferma che costoro possono cooperare nell'esercizio di quella *medesima* potestà. Ma, se possono cooperare esercitando la potestà è perché ne partecipano, e di conseguenza sono abili ad averla ⁽³⁹⁾.

(37) Non è necessario spiegare questo come se il Superiore, col suo voto, desse a se stesso un consenso che è richiesto dal suo Consiglio. Si può concepire la cosa diversamente: pur non essendoci stato consenso del Consiglio (la parità non esprime la volontà del gruppo), e solo per questo caso, la legge dà facoltà al Superiore di *prendere la decisione*. Ciò sembra ragionevole perché in caso contrario il Consiglio potrebbe bloccare l'azione, contro la natura stessa del Consiglio che è quella di aiutare il Superiore nel suo governo. D'altra parte è pure ragionevole che sia il Superiore a sciogliere la parità, dato che deve essere lui a governare, non il Consiglio, e dato che è lui ad avere la responsabilità del governo e, normalmente, anche una più grande informazione sui negozi.

(38) «Afirmándolo» (che i chierici sono abili per l'esercizio di questa potestà) «el c. excluye a los que no lo son» (J. MANZANARES, *Código de Derecho Canónico*, B.A.C., Madrid 1983, p. 104, col. 2°).

(39) Quest'affermazione implicita dell'abilità, è stata ben colta dai quattro Padri che, prima della Plenaria del 1981, hanno fortemente argomentato contro la possibilità per i laici di partecipare alla potestà di giurisdizione: «Non intelligitur laicos partem habere posse in exercitio alicuius potestatis, quam non possident; habetur contradictio in terminis in affirmatione, vi cuius persona potest exercere potestatem, quam rationibus theologicis nequit possidere; ad personam quae non est habilis non potest transmitti potestas aliquo actu iuridico, ne quidem actu iuridico auctoritatis supremae. Etiam exercitium

Penso che l'apparente contraddizione si risolve se interpretiamo l'affermazione del § 1 non come esclusiva, ma come affermazione di principio, e cioè che *ad normam praescriptorum iuris*, ossia secondo il diritto positivo, in linea di massima, sono gli ordinati ad essere abili alla potestà di governo; essa spetta di per sé agli ordinati; ma senza che questo escluda che i laici possano cooperare, partecipando a norma del diritto all'esercizio della medesima potestà: i laici saranno soggetti della potestà di governo piuttosto eccezionalmente, e in ruoli subordinati di cooperazione (").

35. La tradizione canonica, infatti, ha considerato sempre come intimamente legate la potestà di giurisdizione o di governo e la potestà di ordine, in quanto il Signore affidò la sua *potestas sacra* alla Gerarchia ("). Il soggetto « nativo » della potestà, sia di ordine, sia

alicuius potestatis vel participatio in exercitio alicuius potestatis quam non possidet, est inventio aliqua, nullo fundamento innixa...» (Relatio, in *Communicationes* 14, 1981-2, 148).

(40) I quattro Padri della Plenaria (cf. nt. precedente) si appellarono a « ragioni teologiche » per escludere quest'interpretazione. Si tratta di un'unica ragione: Il Concilio Vaticano II avrebbe affermato in LG 21, 2 che « *potestas Episcopii ordinis et iurisdictionis nititur ordinatione* ». Di conseguenza, diceva un altro Padre, « *M.p. "Causas matrimoniales", quatenus agnoscit partem laicorum in exercitio potestatis iudicialis, ergo possessionem illius potestatis. dicendum est non congruere cum doctrina Concilii* » (Relatio, in *Communicationes* 14, 1982-2, 148).

Infatti, la maggior parte dei teologi e dei canonisti hanno interpretato così il passo conciliare, completato dalla *Nota explicativa praevia* 2, mentre la S.C. pro D.F. non sembra aver giudicato questa interpretazione come evidente (cf. *Communicationes* 14, 1982-1, 72). Spiegano così il Concilio questi teologi e canonisti anche per sostenere una maggior unità della *potestas sacra*, quasi che non bastasse l'origine dal Signore. Spesso però credono dover riconoscere, accanto alla *potestas sacra*, un'altra meramente sociale (cf. J. MANZANARES, — supra nt. 37 — in c. 129, pp. 104-105). Non si accorgono che una tale altra potestà non serve per spiegare il c. che parla di esercizio da parte dei laici della *medesima* di cui nel § 1.

In un testo che tratta una questione ben diversa, e cioè della sacramentalità dell'episcopato; in un testo poi lungi dall'esser chiaro, in quanto parla del conferimento dei *munera* (G. GHIRLANDA, *Hierarchica Communio*, Analecta Gregoriana, n. 215, Roma 1980, è convinto che *munera* in nessun modo vuole dire *potestas*); senza la minima indicazione di volerlo fare, il Vaticano II avrebbe modificato una dottrina pacifica per tutto il secondo millennio, più volte esplicitamente proposta dal Magistero Pontificio (Una raccolta di testi in G. GHIRLANDA, *De potestate iuxta schemata a Commissione Codici recognoscendo proposita*, in *Periodica* 70 1981, 427, nt. 45) e raccolta dal Codice del 17 (c. 109)? Affermano spesso inoltre, i difensori, che questa interpretazione del testo conciliare « *enlaza mejor con la tradición del primer milenio* » (J. MANZANARES, l.c.), mentre l'opposta, « *contraria est historicae evolutioni doctrinae* » (Un Padre della Plenaria: Relatio, l.c., p. 147). Non la pensa ugualmente lo storico A. STICKLER, *De potestatis sacrae natura et origine*, in *Periodica* 71 (1982) 65-91.

(41) « *Connaturali modo et regulariter reperitur in iisdem subiectis, v.g. in R. Pontifice et Episcopis* » (WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum* II. *De Personis*, 3 ed., P.U.G., Romae 1943, n. 40-III, p. 62). Aggiungono che il diritto riservava la giurisdizione ai chierici, come codificato nel c. 118 (1917). Dobbiamo tuttavia notare che, nell'antico diritto, i *chierici* non erano soltanto quanti avevano ricevuti gli *ordini sacri*, ma comprendevano molti laici secondo la terminologia odierna. D'altra parte, continuano WERNZ-VIDAL, toccava all'autorità munita di giurisdizione ordinare l'esercizio della potestà di ordine.

di giurisdizione, è il Vescovo. Quanti, per l'ordine sacro, sono partecipi nello stesso sacerdozio di Cristo, partecipano anche non solo nella potestà dell'ordine, ma anche, *secondo la norma del diritto positivo*, nella potestà di giurisdizione. Ma la Gerarchia può anche chiamare i non ordinati, se non, come è ovvio, alla partecipazione nella potestà dell'ordine, ad una determinata partecipazione nell'esercizio della potestà di giurisdizione ⁽⁴²⁾.

36. Non tutti coloro che sono titolari di un ufficio munito dal diritto di potestà, quindi chiamata ordinaria, vengono chiamati Ordinari. Il Diritto riserva il titolo, con le corrispondenti facoltà, anzitutto ai Pastori di Chiese particolari o comunità equiparate (cf. c. 368), poi a quanti a livello di Chiesa particolare godono di potestà esecutiva ordinaria ⁽⁴³⁾, e finalmente ai Superiori Maggiori negli Istituti religiosi clericali e nelle Società di vita apostolica entrambi se di diritto pontificio, e che abbiano almeno potestà esecutiva ordinaria.

La limitazione proviene dal diritto positivo, non dalla natura della potestà di quanti sono inclusi od esclusi. Non si richiede la potestà legislativa, che infatti non hanno i vicari generali (c. 479, § 1). D'altra parte, i Superiori maggiori degli istituti religiosi *laicali* hanno potestà esecutiva ordinaria. La potestà ecclesiale di governo ha le funzioni legislative, giudiziale ed esecutiva (c. 135, § 1), e non c'è motivo per considerare che *la potestà ecclesiale di governo negli Istituti religiosi laicali*, non debba dirsi potestà ecclesiale di governo esecutiva, ma debba dirsi un'altra potestà di natura diversa anche se parallela, e alla quale sono da applicarsi ugualmente i canoni sulla potestà esecutiva (cf. c. 596, § 3) ⁽⁴⁴⁾.

(42) Grandi teologi come S. Tommaso, sono stati d'accordo nel sostenere l'origine non sacramentale della potestà di giurisdizione: cf. II-II, q. 39, a. 3. Così pure SUÁREZ, *De legibus* VI.4.6. Tra i canonisti era pacifica, cf. ad es. BENEDICTUS XIV, *De Syn. Dioc.*, I.4; BOUÏX, *De Episc.*, Parisiis 1873, I, 54-81; WERNZ, *Ius Decret.* II, n. 737.

(43) Per quello che riguarda la chiesa particolare il c. 134, § 1 dice: « *qui in iisdem* (Ecclesiis particularibus aut equiparatis) *generali gaudent potestate exsecutiva ordinaria* »; l'espressione si presta ad ambiguità: anche un parroco ha potestà esecutiva ordinaria e generale, entro l'ambito della sua competenza, se non vogliamo continuare a distinguere altre specie di potestà (non considerate dai canonisti!) come per esempio la dominativa, alla quale, come scrisse il REGATILLO « *refertur quae dicitur potestas* » amministrativa seu oeconomica *parochorum et aliae huiusmodi*; de cuius natura et origine dubitatur... » (*Institutiones*, I, Sal Terrae, Santander 1961, p. 54. Sottolineo io l'ultima frase). Sempre a livello di Chiesa particolare anche i vicari episcopali possono avere una potestà esecutiva generale, ma limitata al campo della competenza sia di zona sia di negozi (c. 476).

(44) La spiegazione sembra poter essere contestata in forza del c. 596, che attribuisce a tutti i Superiori una potestà indeterminata « *quae iuri universali et constitutionibus definitur* » (§ 1), mentre i Superiori degli Istituti clericali di diritto pontificio « *pollent insuper potestate ecclesiastica regiminis* ».

Salvo meliori iudicio: 1) La formulazione è assai ambigua, forse per il fatto che la formulazione del c. 129 sulla partecipazione dei laici nella potestà di giurisdizione è rimasta *sub iudice* fino all'ultimo momento. 2) La distinzione non può accennare due potestà di natura e di origine diversa, *primo* perché il § 1 omette la qualifica di potestà *dominativa* del parallelo c. 501, § 1 (1917), in coerenza con quanto scrisse il coetus *de personis*: « *Cadono perciò le nozioni*

37. La potestà esecutiva ordinaria — anche se *vicaria* — ⁽⁴⁵⁾ può delegarsi. Non così, per decisione del diritto, la potestà legislativa non suprema (135, § 2). Inoltre il c. 135 § 2 esplicita ciò che la dottrina sosteneva, che la potestà legislativa gerarchicamente subordinata non può promulgare alcuna legge contraria ad un diritto gerarchicamente superiore.

L'apparentemente « innocente » clausola « *exercenda est modo iure praescripto* » (§ 2), ha grande importanza pratica a livello sia di chiesa universale, sia di chiesa particolare, a servizio della chiarezza giuridica che giova al rispetto del diritto. Se, ad esempio, una Congregazione romana non ricevesse, a norma del c. 30, la potestà legislativa, un suo eventuale decreto generale legislativo ed opposto ad una legge sarebbe invalido ⁽⁴⁶⁾. Così pure se una Conferenza episcopale non promulgasse legittimamente i suoi decreti generali (c. 455, § 3; c. 30) essi non sarebbero validi.

38. Per quanto riguarda la potestà giudiziaria, stando al tenore del c. 135, § 3, il Vescovo o il Superiore religioso di Istituto clericale di diritto pontificio (c. 596, § 2) possono delegarla. Invece i singoli giudici, oppure i collegi giudiziari, lo possono fare per gli atti preparatori ai decreti o sentenze, vale a dire per certi atti, come l'esame di un testimone o di una perizia (cf. c. 1528). I giudici possono infine delegare la potestà a tenore del c. 1428, § 1 per svolgere l'istruttoria della causa (è lui, non il Vescovo, a delegare la potestà, dal momento che l'istruttore deve attenersi al mandato del giudice: § 3).

L'UFFICIO ECCLESIASTICO

39. L'Ufficio ecclesiastico è definito (c. 145) da quattro elementi: 1) Un *incarico*, cioè una o più funzioni obbligatorie, con corrispondenti diritti (cf. c. § 2). 2) *Stabilità* oggettiva: le funzioni e i diritti

di *potestà pubblica, semipubblica, etc...*» (*Communicationes* 6, 1974-1, 58); secondo, perché si tratta di potestà ecclesiale « *per ministerium Ecclesiae receptam* » (c. 618). 3) La distinzione esiste, certamente, in quanto la potestà attribuita nel § 2 riguarda anche il *foro interno* e, se non sbaglio, è *potestas ecclesiastica regiminis* in tutta la sua estensione, cioè con la triplice funzione legislativa, esecutiva e giudiziaria (c. 135, § 1), come sotto il c. 501, § 1 (1917) (Cf. A. TABERA, etc., *Il Diritto...* — sopra nt. 36 — n. 55). 4) Mentre la potestà di cui il § 1 è pure *potestas ecclesiastica regiminis*, ma è soltanto *esecutiva*. Il citato c. 618 esplicita bene il suo carattere di governo « *ipsi subditos regant... eorum conspirationem in bonum instituti et Ecclesiae foveant, firma tamen ipsorum auctoritate decernendi et praecipiendi quae agenda sunt* », tanto da parte dei singoli come delle intere comunità. Cf. pure *Mutuae relationes*: 14-5-1978, n. 13: AAS 481; anche J. SANCHEZ, *Código...* — supra nt. 37 — al c. 596, p. 314; A. GUTIERREZ, *Canones...* — sopra nt. 8 — pp. 89-96).

(45) Cf. c. 131, § 2. Vicaria è la potestà esecutiva delle Congregazioni della Curia romana quando, ad esempio, delegano facoltà agli Ordinari, come le facoltà decennali della S.C. pro E.P.

(46) E' ovvio che una specifica approvazione pontificia sanerebbe ogni difetto. A norma del c. 30, la concessione della potestà legislativa dovrebbe esser fatta in tali termini da non consentire alcuna incertezza.

devono considerarsi duraturi nel tempo indefinitamente, se non vengono cambiate dall'autorità, con una nuova configurazione dell'ufficio, o se non vengono soppresse, sopprimendo così l'ufficio stesso. Una persona *riceve* pertanto l'incarico (che « preesiste »), o lo *perde* (l'ufficio « rimane », pronto perché un'altra persona se ne *impossessi*). 3) *Disposizione divina o ecclesiastica*: è l'autorità divina ad averlo « ordinato » ad aver voluto le funzioni e i diritti, come per esempio nel caso dell'episcopato e del primato; oppure è l'autorità ecclesiastica che lo ha costituito. In nessun modo l'autorità secolare è competente a stabilire e configurare uffici ecclesiastici. Viene esclusa anche l'iniziativa privata degli stessi fedeli. 4) *Fine spirituale*, cioè riconducibile alla missione stessa della Chiesa (").

40. Non c'è più bisogno (c. 145, § 1: 1917) di alcuna partecipazione nella potestà, sia di ordine sia di giurisdizione. Ci sono, ovviamente, uffici con funzioni giurisdizionali (Vescovo, Vicario generale, parroco), ma non perché uffici in sé, bensì perché sono tali uffici. E ci sono uffici senza alcuna giurisdizione (professore di università o seminario, consultore di Congregazione romana o consultore diocesano).

Cade, così, la distinzione tra uffici in *senso stretto* ed in *senso largo*, che poggiava appunto sulla partecipazione o meno nella potestà.

Di conseguenza, anche astraendo della misura in cui i laici, uomini e donne, possano partecipare nell'esercizio della potestà di giurisdizione (c. 129, § 2), essi possono essere titolari di uffici ecclesiastici (46).

(47) La definizione quadra perfettamente col *matrimonio cristiano*, ma nessuno penserà ad applicarvi i cc. susseguenti, sia sulla provvisione canonica, sia sulla perdita dell'ufficio! Lo stesso si può dire di tanti altri « uffici », come i padrini del battesimo, il catechista, il sagrestano, l'operatore del telefono in una casa religiosa, l'organista, l'infermiere in un ospedale cattolico, ecc. Ciò vuole dire che manca qualche cosa nella definizione. Una semplice aggiunta « al servizio della comunità ecclesiale », non basterebbe, dato che non si può negare che il matrimonio, sacramento, è anche per il bene della comunità ecclesiale (cf. c. 226, § 1), come lo sono gli « uffici » sopra ricordati, i quali (come lo stesso matrimonio! — cf. *Familiaris consortio*, nn. 39, 3. 5; 52, tit. et 2 ecc.) possono addirittura considerarsi *ministeri* laicali! Qualcuno dei Padri conciliari aveva forse intuito questa difficoltà quando voleva che si aggiungesse alla definizione « *munus stabiliter collatum ad modum ministerii exercendi ad serviendum Populo Dei* »? (*Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Oecumenici Vaticani Secundi*, vol. IV, Periodus Quarta, pars 6^a, Typis Polyglottis Vaticanis 1978, p. 403 [66]). Quando si tratta degli uffici costituiti dall'autorità ecclesiale la difficoltà si scioglie perché sia il diritto comune, sia il decreto dell'autorità determinano quali incarichi sono da ritenersi uffici (§ 2). Questa stessa *ulteriore* determinazione dell'autorità canonica potrebbe essere necessaria quando « l'ordinazione » divina rimanga indeterminata (matrimonio)?

(48) Cf. c. 228, § 1, in coerenza con LG 33, 3; 37, 3. Ovviamente i laici non possono servire in uffici che suppongono l'ordine sacro (v.g. c. 150). Il c. 274, § 1 sembra escluder i laici anche degli uffici che richiedono la potestà di giurisdizione. Ma, tenendo conto di quanto ho detto sopra spiegando il c. 129, credo che si possa dire che anche qui si tratta di una norma del diritto positivo *in linea di massima*, e non di un principio che « *deriva de la misma naturaleza del oficio aquí tenido en cuenta* », e dalla convinzione del legislatore che anche la potestà di giurisdizione si origina nel sacramento dell'ordine, come fonte di essa (J. MANZANARES, *Código...* — sopra nt. 37 — in c. 274, p. 166). Se questo fosse vero, il Codice conterrebbe delle contraddizioni propriamente tali, ad es. consentendo la nomina di giudici laici (c. 1421, § 2).

41. Gli uffici non si possono avere se non per concessione dell'autorità (cc. 146 e 148). Le forme di concessione si distinguono a seconda che la designazione del titolare la faccia liberamente l'autorità che concede l'ufficio, oppure che la persona venga ammessa o confermata dall'autorità, se legittimamente presentata o eletta da chiunque ne abbia il diritto. È proprio quest'ammissione o conferma a conferire il titolo giuridico all'ufficio. Quando però l'elezione non ha bisogno di conferma, non è propriamente l'elezione a conferire il titolo, ma è il diritto stesso ⁽⁴⁹⁾.

Nella Chiesa particolare, chiunque voglia far valere un diritto di presentazione o di elezione per qualsiasi ufficio, dovrà provarlo, perché il Vescovo diocesano gode della presunzione della legge per il diritto di concessione libera di tutti gli uffici diocesani (c. 157) ⁽⁵⁰⁾.

42. Per la validità della concessione l'ufficio deve essere vacante *di diritto*, cioè non avere nessun legittimo titolare (c. 153 § 1) ⁽⁵¹⁾, come *di fatto*, ossia nessun « occupante », indipendentemente dalla buona o mala fede. Perché possa valere la concessione, quando l'ufficio è vacante di diritto, ma non lo è di fatto, l'autorità deve dichiarare, per decreto (cf. c. 48) o sentenza giudiziale (vedi un caso nel n. seguente), il fatto della possessione illegittima (per mancanza di titolo legittimo), e menzionare tale decreto nel susseguente decreto di concessione dell'ufficio (c. 154).

43. Il titolare di qualsiasi ufficio dovrà trovarsi in piena comunione con la Chiesa in quanto deve servire *nella* comunità e *alla* comunità (cf. c. 205); e deve essere *idoneus*, ossia dotato delle qualità, richieste dal diritto o dalla legge fondazionale, per *tale* ufficio (c. 149, §§ 1-2); ma non più (c. 153, § 2: 1917) il più idoneo.

Se mancano le qualità espressamente richieste per la validità dal

(49) Il *diritto divino* all'eletto che accetta la sua elezione al pontificato supremo (c. 332, § 1); il *diritto canonico* all'eletto Amministratore diocesano (c. 427, § 2).

(50) Il diritto di chi lo vuole far valere deve constare *esplicitamente*: non basta una menzione *espressa* ma *implicita*, come tanto spesso la richiedono i canoni (vedi la nota 11). Un altro caso di necessaria esplicitazione si ha nel c. 135, § 2 per la delega della potestà legislativa da parte di un legislatore *infra auctoritatem supremam*, e poi nel c. 9, che stabilisce la necessità che la legge disponga *nominatim* dei negozi preteriti purché abbia effetto retroattivo.

Si ricordi la decisione di PAOLO VI: « Bonum animarum postulat ut Episcopus congrua libertate gaudeat ad officia et beneficia, etiam non curata, apte et aequae clericis magis idoneis conferenda. Ipsa Apostolica Sedes non amplius sibi reservat collationem officiorum aut beneficiorum, curata sint vel non curata, nisi sint consistorialia »; (*Ecclesiae Sanctae* I, 18, § 1. La sottolineatura è mia). Il Pontefice esclude poi che le leggi fondazionali possano nel futuro contenere clausole limitanti la libertà del Vescovo per il conferimento di uffici; abroga i privilegi e le consuetudini per la designazione delle persone; e sopprime la legge di concorso. *ChD* 28,1 infatti l'aveva voluto così.

(51) Un'eccezione si ha nel § 2: se l'ufficio è a tempo determinato (per es. una Madre Generale per 6 anni), si può procedere all'elezione della successora entro sei mesi prima dello scadere del mandato. La neo eletta però non diventa titolare dell'ufficio se non dalla data della scadenza dei sei anni della precedente.

diritto o dalla legge fondazionale, è chiaro che la concessione non è valida. Se invece non sono così richieste essa vale, ma può (anzi dovrebbe) essere invalidata amministrativamente o dal tribunale, se qualcuno promuove la causa di invalidazione (c. 149, § 3). Niente si dice sull'effetto della mancanza di comunione ecclesiale! Ma se la mancanza è pubblica, allora la concessione dell'ufficio è invalida, dato che il fatto è sufficiente perché il titolare sia rimosso dall'ufficio *ipso iure* (c. 194, § 1, 2°).

44. Per quanto riguarda la designazione della persona per elezione, sono da tener presenti i punti seguenti:

1) le norme contenute nei cc. 165-179 suppliscono alla mancanza di norme di diritto comune più specifico o di diritto particolare. Queste possono dunque essere contrarie a questi canoni (c. 164) ⁽⁵²⁾.

2) Per diritto comune non si può rimandare un'elezione oltre tre mesi dal momento in cui si è avuta notizia della vacanza dell'ufficio. Il gruppo perderebbe il diritto per quell'occasione e l'autorità a cui spetta la conferma, o quella che ha diritto di concessione in modo successivo ⁽⁵³⁾, avrebbe il diritto di libera concessione.

3) Per diritto comune, la presenza (fisica come detto sopra: nt. 32), esclude il suffragio dato per lettera o per procuratore; vuol dire che l'assenza fisica rende inabile la persona che, peraltro, aveva voce attiva (c. 167, § 1. Il § 2 ammette come presenza sufficiente quella del malato che si trova nella *stessa casa*, ma non nella sede dove ha luogo l'elezione). Il fatto che uno o più scrutini possano non decidere l'elezione ha potuto ispirare queste norme pratiche sulla presenza.

4) Ciascuno degli elettori ha un unico voto, sempre per diritto comune (c. 168), il che intacca la validità nel caso in cui il numero dei voti superasse il numero degli elettori presenti (c. 173, § 3).

5) L'ammissione a dare un suffragio di chi non è membro del gruppo fa nulla l'elezione (c. 169); ugualmente se la libertà di questa fosse stata impedita (c. 170).

6) Il membro può rendersi inabile a dare validamente il suo voto: per incapacità, anche temporanea, di agire deliberatamente (per es. per ubriachezza), per mancanza di voce attiva (per es. l'esclaustrato: c. 687; o perché sotto pena espiatoria: c. 1331, § 2, 2°); per violazione di una legge quando è punita da scomunica, e questa è stata

(52) Vedi quanto detto sopra nella nota 30. Il c. 164 dice «*Nisi aliud iure provisum*», mentre il c. 119 era più specifico «*nisi iure vel statutis caveatur*». Se non sbaglio è solo un'incoerenza di stile, perché gli *statuti* di una persona giuridica, o di un gruppo con diritto di elezione (per es. del consiglio prebiterale), sono compresi sotto il termine generico *iure* (proprio).

(53) «*Ha il diritto di provvedere successivamente*»: si tratta dell'autorità gerarchica che *sostituisce* secondo la legge al negligente o all'impedito (cf. c. 155). Quale sia in concreto quest'autorità lo dirà il diritto comune o particolare, per es. il Metropolita nel caso dell'elezione dell'Amministratore diocesano che, *quavis de causa*, non venga eletto legittimamente entro gli otto giorni dalla notizia della vacanza della sede vescovile (c. 421).

dichiarata, o imposta per sentenza o decreto; o per defezione *notoria* dalla comunione ecclesiale (c. 171, § 1). La notorietà implica, oltre che l'atto sia esterno e pubblico, ossia divulgato, che la divulgazione si faccia con un certo *rumore* nella comunità, per es. perché ne fanno eco i mezzi di comunicazione sociale. L'elezione sarà invalida solo se la maggioranza richiesta si ottenesse precisamente con un tale numero di voti che includesse necessariamente i voti delle persone inabili (§ 2).

7) Lo stesso si dica se la maggioranza si ottenesse con voti invalidi, anche se da persone abili: cioè dati ad una, o ad una tra più determinate persone, sotto *minacce* gravi o per *inganno* ⁽⁵⁴⁾; oppure se il voto non è *segreto* nello stesso momento di votare, non prima o dopo; se non *certo*, vale a dire se rispecchia una volontà indecisa dell'elettore (non un *eligo* ma un *eligerem*); se non *assoluto* (opposto a condizionato); se non *determinato* quanto al candidato per il quale si vota (c. 172, § 1).

8) Non è più invalido, e neppure è proibito (ciascuno veda i motivi per cui agisce) il voto dato a se stesso ⁽⁵⁵⁾.

45. Quanto al *modo di procedere*:

1) Bisogna che il gruppo *designi* ⁽⁵⁶⁾ almeno due scrutatori, tra gli appartenenti al gruppo (c. 173, § 1). Forse il modo concreto di procedere in tante elezioni non tiene conto dell'importanza dell'incarico.

2) Essi *raccolgono* i voti (c. 173, § 2). Non è più prescritto che siano loro *portati* i voti *secondo l'ordine di precedenza* (c. 171: 1917). È però necessario che essi agiscano *assieme*, e ordinatamente, perché possano rendersi conto se le persone che votano siano membri del collegio (c. 169) e abili (c. 171, § 1).

3) In presenza di chi presiede l'elezione *contano* il numero di voti: se supera il numero degli elettori bisogna *cominciare* lo scrutinio di nuovo ⁽⁵⁷⁾. Se invece il numero è minore, possono conclu-

(54) *Direttamente* o *indirettamente* indotto dal timore o dall'inganno. Nonostante la mancata unanimità di pareri sul loro senso tra i commentatori del CIC 1917, rimangono questi termini, che, *ex fine legis*, sembrano da interpretarsi non in un senso tecnico-filosofico di opposizione, ma per includere qualsiasi forma di minacce e di inganno, come se dicesse (certo che avrebbe potuto dirlo!) « *in qualsiasi modo* ».

(55) Per diritto naturale non si vede perché debba essere invalido o illecito; quest'ultimo dipenderà dai motivi. Nel « Diritto delle decretali », non c'era nessun prescritto legale in proposito. E se la giurisprudenza della S.C. del Concilio aveva più volte dichiarata nulla un'elezione nella quale era intervenuto un voto dato a se stesso, c'erano pure altri motivi di irregolarità. Fu il c. 170 del 1917 a stabilire per la prima volta la norma legale (cf. FONTES, n. 4361, VI, pp. 914-921).

(56) *Deputentur*. Si omette del vecchio c. 171 « *per secreta suffragia* ». Logicamente il gruppo non può manifestare la sua volontà se non per voto. Ma non si richiede che sia segreto. Né, ovviamente, si può osservare tutto ciò che è prescritto riguardo alle elezioni, perché ci dovrebbero essere già gli scrutatori. Naturalmente gli statuti del gruppo possono aver determinato chi debbano essere gli scrutatori.

(57) Non si *ripete* in modo che si abbia un nuovo scrutinio, con effetto

dere che alcuni elettori hanno rinunciato al loro diritto di voto ⁽⁵⁸⁾.

4) Contano quindi i voti ottenuti da ciascuno, e fanno sapere il risultato al gruppo. Si noti che non viene detto che lo devano far sapere man mano che vedono i singoli voti. Se si tiene conto che non si tratta solo di vedere il nome dell'eletto, ma anche di controllare se il voto è valido a norma del c. 172, § 1, sarà forse più conveniente che esaminino volta per volta i voti, alla presenza di chi presiede l'elezione — *ma non necessariamente alla presenza del gruppo!*; possono dunque fare lo *scrutinio* in un'altra sede —, per annunziare dopo complessivamente, « *quanti voti abbia riportato ciascuno* » (c. 173, § 2).

5) Gli scrutatori devono sottoscrivere gli atti redatti dal segretario, così come deve farlo il presidente dell'elezione (c. 173, § 4). Non si tratta di una formalità ma della conclusione del loro ruolo di *controllori* della legittimità dell'elezione.

46. Restano vari atti da non confondere tra loro:

1) La *proclamazione* dell'elezione da parte del presidente, non dell'elezione, ma del gruppo (c. 176). Poiché mentre ciascun voto mostra la volontà dell'elettore, la proclamazione è l'atto giuridico che esprime la volontà del gruppo: con essa dunque avviene formalmente l'elezione! Ed è per questo che deve farla il presidente del gruppo. È quindi per la validità non meno che la necessaria maggioranza ⁽⁵⁹⁾.

2) L'*intimazione* è la legittima domanda rivolta dal presidente del gruppo all'eletto se consente o no. Formalmente è atto diverso dal precedente, anche se può contenersi in esso quando l'eletto fa parte del gruppo. Ma se dovesse trovarsi altrove deve costare legittimamente il *momento* dell'intimazione, perché a partire di esso l'eletto ha 8 giorni per decidersi (c. 177, § 1).

3) Sia l'accettazione che la non accettazione sono atti, com'è ovvio, dell'eletto. A partire dall'accettazione (entro otto giorni dall'intimazione, e così possibilmente più di otto giorni dall'elezione se l'eletto non si trovava nel gruppo elettorale), scorrono *altri otto* giorni per presentare la richiesta di conferma se questa è necessaria (c. 179, § 1). Niente si dice dei termini entro i quali l'autorità *deve* confermare l'elezione, a meno di accertata mancanza di idoneità o di legittimità dell'elezione. Se il silenzio dovesse prolungarsi per tre mesi, si avrebbe un caso di presunto rifiuto in ordine ad un ricorso amministrativo (c. 57, § 2).

importante per le candidature (c. 119, 1°), perché *nihil est actum*, cioè non si è celebrato ancora lo scrutinio.

(58) Il diritto comune infatti non fa precettivo l'esercizio del diritto di voto, come può farlo invece, il diritto particolare.

(59) Per diritto comune, come detto sopra nel n. 30, 4). Il c. 173, § 2 distingue un *presidente dell'elezione* che attua con gli Scrutatori. E dunque il garante, con essi, della legittimità di quanto ha luogo durante l'elezione. Non è detto che debba necessariamente essere un'altra persona che il presidente del gruppo, il quale agisce a nome di esso, per la convocazione degli elettori (c. 166, § 1), la proclamazione (c. 176), l'intimazione (c. 177, § 1), la recezione dell'accettazione o del rifiuto (ib.).

PERDITA DELL'UFFICIO

47. Cessa il titolare e l'ufficio è vacante di diritto, quando si son compiuti il *tempo* per il quale era stato concesso, o l'*età limite* ⁽⁶⁰⁾; come pure per *rinunzia*, *trasferimento* ad un altro ufficio (per decreto scritto [c. 191, § 3]) e, a meno di altra disposizione del diritto o dell'autorità che imponga il trasferimento, dal momento della possessione del secondo ufficio (c. 191 § 1); per semplice *rimozione*, per decreto o per decisione dello stesso diritto nei casi stabiliti dal c. 194, § 1, o per *privazione* penale (c. 184, § 1).

48. La rinunzia deve farsi per un motivo ragionevole (c. 187) e, perché sia valida, all'autorità che lo concesse, per iscritto o davanti a due testimoni (c. 189, § 1). L'accettazione, quando è richiesta, è per la validità ⁽⁶¹⁾. E vale soltanto se fatta entro i tre mesi (c. 189, § 3). Se il titolare vuole sempre rinunziare, dovrà ricorrere a norma del c. 57, § 2; ma, se nel frattempo, ha cambiato idea e non vuole più rinunziare, basta che rammenti all'autorità il prescritto del c. 189, § 3.

49. Tanto nel caso di trasferimento imposto al titolare, come di rimozione (la non volontarietà da parte del titolare è implicita nel concetto), si richiedono:

1) Cause gravi sempre in relazione al bene delle anime (tra le quali anche l'anima dello stesso titolare!) (c. 190, § 2; 193, § 1). Si tratta infatti di privare di un diritto acquisito per la nomina all'ufficio.

2) La libertà del titolare ad esporre i propri motivi per non voler rinunziare al suo diritto (c. 190, § 2) ⁽⁶²⁾.

(60) In entrambi i casi, la perdita dell'ufficio non è automatica, ma avviene solamente « dal momento in cui è intimata per iscritto » (c. 186). Infatti nel diritto comune non c'è nessun caso di perdita di ufficio per il solo fatto di aver compiuto una determinata età. Tanto ai vescovi (cc. 401, § 1; 411), come ai parroci (c. 538, § 3) la legge impone che presentino le dimissioni. Il termine *rogatur* sembra una forma urbana ritenuta dal *ChD* 21 e *l'Ecclesiae Sanctae* I, 11 anche se il contesto è mutato. *L'Ecclesiae Sanctae* pregava i vescovi che non rimandassero le dimissioni « ultra » i 75 anni compiuti, mentre *ChD*, non determinava nessuna età perché pregava i vescovi di rinunziare quando, per motivi di età o per altra causa grave, si sentissero meno atti al loro ministero. Ma il c. 401 nei due paragrafi distingue tra il caso di età, che deve perciò determinare, e quello di altri motivi, in particolare quello di infermità. Gli stessi ragionamenti valgono per i parroci (cf. *ChD* 31,4 e *Ecclesiae Sanctae* I, 20, § 3). Lo stesso *rogatur* si ha per i Cardinali preposti ad istituti della Curia romana (c. 354).

(61) E richiesta come norma, perché nessuno può unilateralmente rendere inutile il decreto dell'autorità competente che conferì l'ufficio. Non consta nessun criterio generico per determinare che certe rinunzie non hanno bisogno di accettazione. Nel CIC c'è solo il caso dell'Amministratore diocesano (430, § 2). Dato che lo stesso è vero dell'elezione del R. Pontefice, si può concludere (così il CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, I Marietti 1950, n. 263, 2°, e) che si tratta di quelle elezioni che non hanno bisogno di conferma.

(62) Non si riprende la norma quando si tratta della rimozione, ma penso che ubi eadem est ratio, eadem est et iuris dispositio, e quindi anche in quel caso è da osservarsi. Anzi potrebbe dirsi che generalmente questo diritto si troverà incluso nel modo di procedere prescritto dal Diritto. D'altra parte,

3) L'osservanza del modo prescritto dal diritto (c. 190, § 2; 193, § 1). Il diritto prescrive un modo determinato per il trasferimento dei parroci (cc. 1748-1752) e per la loro rimozione (cc. 1740-1747); per i trasferimenti che abbiano carattere penale (cf. c. 1336, § 1, 4°: è una pena espiatoria) che richiedono di tener presenti i canoni sull'applicazione delle pene (cc. 1341-1353), sempre mediante processo, sia giudiziale (cc. 1717-1728), sia amministrativo (c. 1720). Lo stesso deve dirsi quando si tratti di rimozione con carattere penale, che il Codice chiama *privazione* (c. 196). Il Codice indica anche il modo di procedere per la rimozione dell'Economo diocesano (c. 494, § 2).

In molti casi, il Vescovo può procedere senza particolari regole, purché ci sia una giusta causa (c. 193, § 3). Così nel caso dei suoi Vicari Generali ed Episcopali (c. 477, § 1), del Cancelliere e altri Notai (c. 485), dei Vicari Parrocchiali (c. 552), dei Vicari Foranei (c. 554, § 3: e questo, nonostante che il § 2 prescriva che essi siano nominati per un tempo determinato, in contrasto, dunque, con la norma del c. 193, § 1), dei Rettori delle Chiese (c. 563) e dei Cappellani (c. 572). La giusta causa dovrà essere considerata alla luce dell'equità canonica, come lo richiede la *prudens discretio* (c. 193, § 3) di un'autorità ecclesiale.

In un altro certo numero di casi, il diritto rimane silenzioso quanto al modo di procedere ⁽⁶³⁾. L'autorità potrà ricorrere, a norma del c. 19, ai diversi modi sopra prescritti, per trovare ispirazione circa la procedura da seguire.

4) Per la validità, la decisione di trasferimento o di rimozione deve essere intimata (si tratta di un decreto) per iscritto (cc. 190, § 3; c. 193 § 4).

FRANCISCO JAVIER URRUTIA, S.I.
P.za della Pilotta 4 - Roma

per la rimozione il c. 192 ricorda che è necessario rispettare i possibili diritti acquisiti in virtù di un qualche possibile contratto. Ovviamente la stessa norma è da tenersi presente quando si tratta del trasferimento imposto, anche se i canoni rispettivi non la ricordano.

(63) Così quanto ai membri del Consiglio finanziario diocesano (c. 492, § 2) o parrocchiale (c. 537), del Consiglio presbiterale (c. 501, § 1), del Collegio di consultori (c. 502, § 1), dei Consigli pastorali diocesano (c. 513, § 1) e parrocchiale (c. 536, § 1).