L'ATTO DISPENSATORIO COME ATTO AMMINISTRATIVO*

SOMMARIO: 1. Introduzione.- 2. I termini del dibattito dottrinale.- 3. Significato e portata della distinzione di funzioni.- 4. La norma singolare e il principio di legalità.

1. *Introduzione*

A proposito della ricezione da parte dell'ordinamento giuridico della Chiesa della distinzione di funzioni di governo, la canonistica si è occupata di analizzare la natura di determinati atti giuridici emanati dall'autorità ecclesiastica allo scopo di inquadrarli in una o in un'altra funzione di governo. Ciò è avvenuto soprattutto con taluni atti singolari *praeter* e *contra ius*, dato che, se, da una parte, la loro caratteristica di singolarità suggeriva la qualifica amministrativa, dall'altra, la non sottomissione alla legge male si concordava con tale carattere amministrativo. Così, mentre per alcuni questi atti, di notevole tradizione nel diritto canonico (si pensi al privilegio, al precetto penale, ecc.), erano da annoverare tra gli atti amministrativi, altri, invece, sottolineavano il fatto che, non essendo *secundum legem*, avevano un'efficacia normativa, innovativa, e perciò dovevano essere considerati atti, sia pure singolari, del legislatore. Tra questi atti spicca indubbiamente la dispensa dalla legge, giacché la sua finalità è proprio quella di rilassare la legge in un caso singolare. Non intendo in questa sede riferire con dovizia di dettagli l'evoluzione della discussione dottrinale su questo punto, tra l'altro perché esiste già bibliografia che si è occupata del tema[1]. Mi pare, invece, che possa gettare qualche luce sul tema la considerazione della natura medesima dell'istituto dispensatorio come pure la riflessione sulla ragione d'essere della distinzione di funzioni nell'ordinamento canonico[2].

---

* Pubblicato in *Metodi, fonti e soggetti del diritto canonico. Atti del Convegno Internazionale di Studi «La Scienza Canistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi e prospettive in D'Avack, Lombardía, Gismondi e Corecco». Roma 13-16 novembre 1996*, a cura di J.I. Arrieta e G.P. Milano, Città del Vaticano 1999,pp. 503-519.

[1] Per lo *status quaestionis* prima dell'entrata in vigore del Codice del 1983, cfr. E. MAZZACANE, *La* justa causa dispensationis *nello scioglimento del matrimonio per inconsumazione. Contributo alla teoria degli atti amministrativi canonici*, Milano 1963, pp. 22-36 e la bibliografia ivi citata. Per la situazione posteriore al Codice, cfr. H. SOCHA, sub *can. 85*, nn. 7 e 8, in *Münsterischer Kommentar zum* Codex Iuris Canonici, a cura di K. LÜDICKE, Essen 1985 e ss., e, riguardo specificamente le distinte posizioni che circa la natura, amministrativa o legislativa, hanno sostenuto Lombardía e Labandeira, cfr. M. BLANCO, *Consideraciones sobre el «ius singulare» y el acto administrativo*, in «Ius Canonicum», 29 (1989), pp. 663-677.

[2] Dopo la stesura della presente comunicazione, ho ripreso l'argomento, in un contesto più ampio, in E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Milano 1997, specie 223-242.

Per quanto riguarda la natura della dispensa, essa può essere ricavata a partire dallo stesso del Codice del 1983, il quale, alla stessa stregua del Codice piano-benedettino, fornisce una definizione di questa figura, affermando che essa è una «legis mere ecclesiasticae in casu particulari relaxatio» e, diversamente da quanto affermato dal Codice del 17, stabilisce che può essere concessa da «qui potestate gaudent exsecutiva»[3]. Dalla definizione legale, dunque, si evidenziano ad un primo acchito due elementi essenziali che possono apparire contraddittori: da un canto, la dispensa produce un effetto derogatorio della legge, dall'altro, esso è emanato da colui che gode di potestà esecutiva, vale a dire, viene tipizzato come atto «esecutivo».

Intendendo per norma la regola di condotta, la *ratio* di una condotta giuridica, sembra fuori dubbio che la dispensa abbia una dimensione normativa, dal momento che legittima giuridicamente un tipo di condotta che prima non godeva dell'assenso legale. E' *opinio communis* nella canonistica considerare che la dispensa non è *tollere legem*, ma *ordinare ex causa*[4]. Con ciò non si nega, evidentemente, l'effetto derogatorio proprio della dispensa, ma si vuole significare semplicemente che l'atto dispensatorio non è un atto *contra legem*, inteso quale atto contrario all'ordinamento giuridico, ma è un atto che genera una norma, vale a dire che con questa espressione si afferma appunto che la dispensa crea una nuova norma, una nuova *ratio operandi*, per il caso singolare proprio attraverso la deroga ad una legge. Ad ogni modo, va evidenziato che la dimensione normativa della dispensa si limita al solo effetto derogatorio[5]. Infatti, la dispensa è una norma singolare meramente permissiva, giacché ha solo l'effetto di rilassare una legge, abolendo un obbligo o eliminando un ostacolo legale, senza però aggiungere nessun'altra norma positiva[6].

2. *I termini del dibattito dottrinale*

Nonostante quanto sopra affermato, alcuni autori hanno negato che la dispensa creasse diritto oggettivo perché, data la sua efficacia meramente singolare, non innoverebbe l'ordinamento giuridico; partendo da questo presupposto, si concludeva senza difficoltà che la dispensa era da annoverare tra gli atti amministrativi[7]. Questa tesi è stata, però, duramente

---

[3] Can. 85 del Codice del 1983. Cfr. anche can. 1536, § 1 del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*. Il Codice del 1917, al can. 80, stabiliva che la dispensa «concedi potest a conditore legis, ab eius sucessore vel Superiore, nec non ab illo cui iidem facultatem dispensandi concesserint».

[4] Cfr. S. BERLINGÒ, *La causa pastorale della dispensa*, Milano 1978, pp. 228 e 304, con gli opportuni riferimenti bibliografici.

[5] In quella che comunemente si considera la prima definizione tecnica di dispensa data nella storia, appariva già messo in risalto proprio l'effetto derogatorio: «est itaque dispensatio iusta causa faciente ab eo, cuius interest, canonici rigoris casualis facta derogatio». RUFINO, *Summa decretorum*, ed. H. SINGER, (Paderborn 1902=Aalen 1963), *ad* C.1 q.7 d. a. c.6, p. 234.

[6] Proprio in questo punto si suole indicare il divario tra il privilegio e la dispensa. Già Sánchez, infatti, lo aveva segnalato (cfr. T. SÁNCHEZ, *De Sancto Matrimonii Sacramento disputationum*, Matriti 1623, L. 8, *disputatio* 2, n. 15).

[7] Questa era l'opinione sostenuta da V. DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, Estratto dagli «Annali. Istituto Giuridico dell'Università di Perugia» (1923-924), pp. 33 e ss., seguita da O. GIACCHI, s. v. *Dispensa. Diritto canonico*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Torino 1960, p. 1129.

combattuta, e ormai sembra abbandonata, giacché l'effetto derogatorio palesa l'efficacia innovativa della dispensa, seppure per un caso singolare[8].

E' proprio l'effetto normativo l'elemento che ha fatto dubitare la dottrina al momento di includere la dispensa nella funzione legislativa, ovvero in quella amministrativa[9]. Bisogna tenere conto, infatti, che, tra i criteri validi per attribuire un determinato atto ad una delle tre funzioni della potestà ecclesiastica, quello decisivo nell'ordinamento della Chiesa è il criterio materiale o finalistico, giacché non sono chiarificatori né il ricorso all'organo che emanò l'atto (dato che gli organi capitali accumulano in sé le tre funzioni), né la formalità che possa rivestire l'atto[10].

Facendo perno sull'effetto normativo della dispensa, un settore dottrinale ha qualificato l'atto che contiene una dispensa come atto legislativo[11]. Alcuni autori hanno sottolineato l'effetto derogatorio e, quindi, innovativo, dell'atto dispensatorio per far notare che non può essere amministrativo l'atto che non è sottoposto alla legge[12]. Altri autori, partendo ormai dalla constatazione della scelta operata dal legislatore del 1983, hanno ammesso la caratterizzazione della dispensa come atto amministrativo perché sottoposto al requisito

---

[8] Lo stesso Del Giudice rettificò la sua opinione affermando che la dispensa è un atto innovativo e costitutivo, che pone in essere diritto oggettivo dal quale scaturiscono diritti soggettivi (cfr. V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, edizione preparata con la collaborazione di G. CATALANO, Milano 1970, p. 170).

[9] Per esempio, Graziani, dapprima, affermava che il rescritto che contenesse una dispensa, essendo di contenuto normativo («statuizione di una norma per stabilire una eccezione a precedente norma»), dovrebbe attribuirsi alla funzione legislativa, sebbene egli riconoscesse che l'idea di governo e di amministrazione che dà la dispensa rende incerta la sua qualifica quale atto legislativo, e partisse dal presupposto che nell'ordinamento canonico una siffatta discussione avesse scarsa utilità, data (prima del Codice attuale) l'inesistenza della distinzione dei tre poteri (cfr. E. GRAZIANI, *La «causa» del provvedimento canonico come limite agli effetti civili di esso*, in «Il Diritto Ecclesiastico», 68 [1957/1], p. 17 in nota). Posteriormente, però, l'autore sosteneva che non sono caratteristiche esclusive della legge l'astrattezza (che è presente anche nella norma, perché è una volizione di un astratto, di una classe di azione futura), né la novità, giacché tutte le norme contengono qualche innovazione. Ne seguirebbe che l'unica nota esclusiva della legge sarebbe la generalità, e, essendo la dispensa una norma singolare, sarebbe da considerarsi un atto amministrativo, sia pure normativo (cfr. IDEM, s. v. *Legge [diritto canonico]*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Milano 1973, pp. 1103-1104).

[10] Cfr. J. ARIAS, *El precepto canónico como norma jurídica o como acto administrativo*, in «Revista Española de Derecho Canónico», 39 (1983), pp. 217-224. Va, però, avvertito che sarebbe possibile (e auspicabile), almeno da un punto di vista teorico, formalizzare gli atti di governo, in modo tale che la loro forma giuridica stesse ad indicarne la natura (legislativa, amministrativa o giudiziaria). Nell'attuale prassi, invece, avviene che sotto una stessa forma (per esempio, sotto quella di costituzione apostolica) ci possa essere un atto legislativo ovvero un atto amministrativo, applicativo di una legge, senza nessuna pretesa normativa (per esempio, l'erezione di una diocesi). Sulla formalità degli atti pontifici, benché anteriore al Codice del 1983, continua ad essere di grande pregio il lavoro di J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Los actos pontificios como fuente del Derecho Canónico*, in «Ius Canonicum», 32 (1976), pp. 245-292.

[11] Cfr. I.C. IBÁN, *Reflexiones en torno al «ius singulare»*, in *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al profesor López Alarcón*, Murcia 1987, p. 243 (il testo di questo articolo fu scritto, però, prima della promulgazione del Codice del 1983). Anche Pio Fedele qualifica come legislativo l'atto dispensatorio, ma da una prospettiva diversa: parte dal fatto che la dispensa è espressione tra le più tipiche dello *ius eminens*, della *plenitudo potestatis* che solo ha il legislatore, sicché la dispensa è uno strumento di politica legislativa, che dipende dalla volontà del superiore (non dalla causa), per realizzare interessi del singolo, ma considerato in relazione con il bene pubblico della Chiesa (cfr. P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962, pp. 297 e ss.; IDEM, s. v. *Dispensa [diritto canonico]*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, Milano 1964, pp. 176 e ss.).

[12] Cfr., per esempio, J. ARIAS, *Las fuentes del* ius singulare *y el acto administrativo*, in *La norma en el Derecho Canónico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico. Pamplona 10-15 octubre 1976*, Pamplona 1979, vol. I, pp. 935-950.

legale della causa, ma, nel considerare il disposto che afferma la validità della dispensa data dal legislatore senza causa, hanno visto in questa specie di dispensa un atto di natura legislativa, perché non limitato dall'elemento causale ma solo dalla razionalità. Il Lombardía è forse l'autore più rappresentativo di questa posizione. Egli prendeva atto della «coraggiosa decisione di qualificare come amministrativi tutti gli atti singolari posti in essere nell'esercizio della *potestas regiminis*, inclusi quelli tradizionalmente qualificati come fonti del *ius singulare*, cioè come manifestazione del potere legislativo»[13]; e dopo aver fatto notare le critiche che furono mosse a tale decisione (per quel che ha di strano l'applicazione della teoria dell'atto amministrativo, che poggia precisamente sulla subordinazione alla legge, ad atti *contra legem*), Lombardía ravvisava nella dispensa senza causa data dal legislatore un atto legislativo, perché sarebbe l'unico modo di poter capire la disposizione che conferma la sua validità[14].

Viceversa, dopo l'entrata in vigore del Codice del 1983, altri autori ancora, nel commentare la nuova disciplina sulla dispensa, non hanno avuto nessuna difficoltà per ammettere la qualificazione dell'atto dispensatorio come atto amministrativo[15]. Qui interessa segnalare alcuni degli argomenti addotti da coloro che sostengono la natura amministrativa della dispensa in polemica con il settore dottrinale contrario. Due sono, a mio parere, i punti principali su cui si basa questa posizione dottrinale: il carattere singolare dell'atto dispensatorio e la considerazione della dispensa come atto *sub lege* piuttosto che *contra legem*.

La concretezza dell'atto viene contrapposta all'astrattezza tipica della legge, per dire che l'innovazione introdotta dalla dispensa non interessa l'ordinamento giuridico nel suo insieme, a differenza della legge, la quale viene emanata, appunto, per innovare l'ordinamento giuridico[16]. In effetti, fu proprio la considerazione del carattere di singolarità che spinse gli elaboratori del nuovo Codice a includere la dispensa tra gli atti amministrativi[17]. D'altronde, dispensare è amministrare, tenendo conto la varietà delle

---

[13] P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, in *Il nuovo Codice di diritto canonico*, a cura di S. FERRARI, Bologna 1983, p. 80.

[14] Cfr. *ibidem*, pp. 100-101 e IDEM, sub *can. 90*, in *Código de Derecho Canónico. Edición anotada*, a cura dell'INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA, Pamplona 1992, p. 109. Segue questa tesi di Lombardía, J. OTADUY, *El sentido de la ley canónica a la luz del Libro I del nuevo Código*, in *XVIII Semana Española de Derecho Canónico. Temas fundamentales en el nuevo Código*, Salamanca 1984, p. 74. Anche De Paolis constata la considerazione della dispensa come atto amministrativo, ma fa notare che rimane un qualche legame con la precedente legislazione, per il fatto che si dispone che la dispensa senza causa data dal legislatore è valida (cfr. V. DE PAOLIS-A. MONTAN, in *Il diritto nel mistero della Chiesa*, Roma 1988, pp. 315 e 322-323). Giova far notare che lo stesso Giacchi, il quale difendeva decisamente la natura amministrativa dei rescritti, fondava la sua opinione, tra molti altri motivi, proprio nel fatto che, per la validità della legge, contrariamente a quanto avviene per i rescritti, non ha rilevanza l'esistenza o la fondatezza del motivo finale che il legislatore ha avuto presente nell'emanarla (cfr. O. GIACCHI, *Natura giuridica dei rescritti in diritto canonico*, in IDEM, *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980). Studi raccolti e presentati da Ombretta Fumagalli Carulli*, vol. I: *La Chiesa e il suo diritto. Religione e società*, Milano 1984, pp. 442-443), argomento questo che, a rigor di logica, dovrebbe cadere nel caso, appunto, di un rescritto contenente una dispensa senza causa.

[15] Cfr., per esempio, A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Parte General del Derecho Canónico*, Madrid 1990, pp. 140 e ss.; T.J. JIMÉNEZ URRESTI, sub *can. 85*, in, *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada*, a cura di L. DE ECHEVERRÍA, Madrid 1985, p. 70; P.V. PINTO, sub *can. 85*, in *Commento al Codice di diritto canonico*, a cura di P.V. PINTO, Roma 1985, p. 55; J.E. RISK, sub *cann. 85-93*, in *The Code of Canon Law. A text and a commentary. Commissioned by the Canon Law Society of America*, London 1985, pp. 64-65.

[16] Tra altri argomenti, ne sottolinea questo E. MAZZACANE, *La* giusta causa…, cit., pp. 30-31.

[17] Cfr. le *relationes* del 1971 e del 1974, rispettivamente in «Communicationes», 3 (1971), pp. 89-91 e «Communicationes», 6 (1974), p. 54.

persone e delle situazioni. Ma solo questa argomentazione non è sufficiente, poiché rimane sempre l'obiezione che gli atti amministrativi devono essere sottoposti alla legge, mentre la dispensa deroga alla legge[18].

La risposta a siffatta critica consiste nel far notare che è la stessa legge a prevedere la dispensa, sicché questa non sarebbe contraria alla legge, ma rientrerebbe nel quadro legale; semmai, sarebbe *contra legem*, ma non *contra ius*, o, come preferiscono altri, l'atto dispensatorio è un atto *sub lege*. Questo rilievo viene proposto dai sostenitori del carattere amministrativo della dispensa con distinte sfumature. Alcuni, per esempio, si sottraggono all'obiezione dell'effetto derogatorio, attribuendo tale effetto, non alla dispensa, ma alla legge stessa che prevede la sua eccezione se c'è causa giusta[19]. Tale impostazione, se portata alle sue ultime conseguenze, ha però lo svantaggio di accostare troppo la dispensa all'interpretazione della legge o alla licenza, giacché, infatti, sarebbe da attribuire l'effetto derogatorio alla legge quando l'atto dispensatorio non facesse altro che applicare la legge che prevede la dispensa in determinate cause. Ma il fenomeno dispensatorio va ben oltre, anzi, è caratteristico della dispensa il consentire l'eccezione alla legge proprio nel caso particolare non contemplato dalla norma generale, e, sotto questo profilo, appare palese che la *legis relaxatio* è causata solo dalla dispensa.

Sembra, perciò, più convincente argomentare che la dispensa può essere considerata amministrativa perché la legge prevede questa figura e perché abilita il potere amministrativo a rilasciarla, purché ci sia causa giusta[20]. Ma rimane sempre la questione della dispensa senza causa concessa dal legislatore, la quale, a differenza di quella data dall'autorità esecutiva nelle stesse condizioni, è valida. Sembrerebbe che la validità sia dovuta al riconoscimento dell'introduzione di una nuova *ratio* normativa in forza del potere legislativo, sicché, almeno queste dispense sarebbero da attribuire alla funzione legislativa;

---

[18] Mi paiono molto significative dei dubbi che si hanno sulla natura della dispensa, proprio perché dispensare è amministrare, ma allo stesso tempo è agire contro la legge, le seguenti parole di Fang: «est tamen dispensatio vere actus potestatis iurisdictionis non secus ac legislatio: eadem enim requiritur ad ligamen auferendum quae requiritur ad ligamen inferendum; sed insuper est potestatis administrativae, quatenus dispensatio eo introducta est ut pro diversitate personarum, rerum et temporum diverso modo rigor iuris mitigetur». F. FANG, *Dispensatio matrimonialis urgente mortis periculo et instante nuptiarum contractu ad normam can. 1043-1045*, Romae 1946, p. 12.

[19] Così si esprime Mazzacane: «In definitiva si può parlare di modifica o di eccezione alla regola generale come effetto concreto dell'atto, ma in realtà la deroga alla legge è posta nella legge stessa che prevede la possibilità della deroga. E nell'attribuirne il potere, determina anche i limiti e le condizioni. E' la legge che impone di concedere la dispensa volta per volta con l'obbligo di considerare le peculiarità dei singoli casi; l'atto di deroga non è che l'applicazione del precetto legislativo, è semplice attuazione di una norma che già lo prevede e ne determina l'efficacia. In quanto è esecuzione della legge, esso non presenta, nel suo contenuto, i caratteri della novità che sono specifici dell'atto legislativo.» E. MAZZACANE, *La* giusta causa…, cit., p. 28.

[20] E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, pp. 360-361: «Perché una dispensa sia *secundum legem* — e siano così rispettate le esigenze che nascono dal principio della legalità amministrativa — il potere di concederla deve avere un fondamento legale. Non è possibile mettere in dubbio il fatto che il Diritto Canonico disciplini sufficientemente sia questi che gli altri elementi della dispensa: chi ha il potere di dispensare, in quali materie può farlo, chi può essere dispensato e qual è la causa necessaria per poter dare una dispensa. A generare l'effetto "derogatorio" sono tali norme abilitanti, che permettono a talune autorità esecutive di esimere da determinate leggi, e non il rescritto singolare che si limita a portare a compimento le stesse norme. Pertanto la dispensa non innova l'ordinamento ma gli dà esecuzione.» Si osservi che l'autore attribuisce l'effetto derogatorio alle norme che abilitano le autorità esecutive a rilasciare la dispensa; mi pare che sarebbe più esatto dire che tali norme sono il *fondamento* legale, che rende la prassi dispensatoria legittima e confacente con il principio di legalità amministrativa, ma l'effetto derogatorio proviene dall'atto che concede la dispensa.

tra gli autori che sono di questo avviso spicca, come è stato già notato, il Lombardía. Il Labandeira ha risposto a tale obiezione facendo notare che le dispense senza causa, nonostante che provengano dal legislatore, sono pur sempre atti illegittimi, giacché violano la giustizia distributiva e, come osservano tanti autori, sono atti immorali che gravano sulla coscienza dell'autorità dispensante. E se sono atti illegittimi — continua Labandeira -, non ha senso attribuirgli natura legislativa; essi rimangono atti amministrativi illegittimi, che, per motivi di sicurezza giuridica e per evitare dubbi morali ai beneficiari, che non sono incorsi in surrezione od orrezione, la legge non sancisce con la nullità, a norma del can. 124, § 1 e analogamente a quanto disposto dal can. 144, § 1[21].

Penso che il Lombardía, canonista sommamente sensibile al requisito della razionalità della legge[22], non volesse affatto *legalizzare* una dispensa ingiusta. Per questo autore, se ho bene inteso, il divario tra la dispensa concessa dal legislatore e quella rilasciata dall'autorità esecutiva si trova nel fatto che quest'ultima è condizionata (con requisito *ad validitatem*) alla previsione, per legge o per consuetudine, di una causa, mentre la prima ha solo i limiti della *rationabilitas*[23]. Orbene, affinché una norma singolare contraria alla legge sia razionale deve rispondere necessariamente ad una causa ragionevole: è la causa l'elemento che giustifica, che rende razionale, l'eccezione alla legge: nella dispensa, la razionalità coincide con la causalità. La dispensa che in sé stessa non recasse nessun danno, ma fosse stata rilasciata senza causa, non sarebbe razionale perché lesiva quanto meno della giustizia distributiva, del principio di uguaglianza dinanzi alla legge. Pertanto, la differenza tra le due specie di dispense, nel pensiero di Lombardía, non si troverebbe tanto nell'assenza della causa, quanto nella previsione della causa: se prevista *a iure*, la dispensa può essere rilasciata dall'autorità esecutiva; se, viceversa, non contemplata previamente, può essere concessa dal legislatore mediante un atto che andrebbe qualificato come norma singolare. A mio parere, però, una siffatta riduzione della dispensa *amministrativa* non trova sostegno nel testo del can. 90, § 1 (che non menziona la previsione legale della causa, ma considera solo la sua esistenza o inesistenza) e, alla fin fine, questo tipo di dispensa, risultato dell'applicazione di una causa contemplata dalla legge, non sarebbe in realtà un'autentica dispensa, ma piuttosto una licenza, poiché mancherebbe appunto l'elemento più caratteristico della dispensa, e cioè la sua efficacia derogatoria (per un caso singolare). D'altronde, ci sarebbe da chiedersi quali siano attualmente le cause previste *a iure* e a quali limiti rimarrebbe ridotta la prassi amministrativa dispensatoria[24].

3. *Significato e portata della distinzione di funzioni*

A mio avviso, per affrontare correttamente la questione della natura dell'atto di concessione di una dispensa, bisogna chiarire previamente la portata della distinzione di

---

[21] Cfr. E. LABANDEIRA, *Trattato…*, cit., p. 361 e IDEM, *Gli atti giuridici dell'Amministrazione ecclesiastica*, in «Ius Ecclesiae», 1 (1990), p. 259.

[22] Cfr., per esempio, P. LOMBARDÍA, *Norma canónica*, in IDEM, *Escritos de Derecho Canónico*, III, Pamplona 1974, pp. 447-470, *passim*.

[23] Cfr. P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine…*, cit., pp. 100-101.

[24] Prima si parlava delle cause canoniche per far riferimento alle cause che la Santa Sede prevedeva come giuste per rilasciare le dispense; cfr., per esempio, la lista di cause contenua in S. CONGREGAZIONE *DE PROPAGANDA FIDE*, *Istruzione* del 9 maggio 1877, in *Collectanea Sacrae Congregationis de Propaganda Fide*, vol. II, n. 1470.

funzioni (e la conseguente relatività dell'inclusione degli atti in una o in un'altra funzione), nonché il significato della norma singolare nei confronti del principio di legalità.

Innanzitutto, conviene ripensare alcune nozioni elementari sulle quali fa perno la distinzioni di funzioni. Bisogna premettere che il potere sociale, nelle sue origini, non si divide in tre (non solo nella Chiesa, ma anche, in ultima analisi, nella società civile). Ciò che è essenziale, dal punto di vista giuridico, è la potestà di comandare in una società, la potestà, cioè, di emanare atti aventi forza vincolativa. Tuttavia, come si sa, a partire dalla seconda metà del settecento si è soliti distinguere fra tre *tipi* di funzioni (legislativa, amministrativa e giudiziaria), e, in base a questa distinzione, organizzare il potere politico, sicché vengono creati tre organi di potere, ognuno con una funzione. La divisione di poteri gioverebbe alla tutela dei diritti dei governati perché gli organi di potere si controllerebbero a vicenda. In particolare, si vuole che l'attività amministrativa e giudiziaria si svolgano secondo il principio di legalità. Ne segue che si tende a concepire l'organo legislativo quale organo supremo, proprio perché è esso a dettare le norme di comportamento per gli altri poteri.

Nella Chiesa, però, deve rimanere ferma la potestà di cui godono il Papa, in tutta la Chiesa, e i vescovi nelle porzioni del Popolo di Dio loro affidate, potestà che comprende le tre funzioni. Non è possibile, dunque, creare, al massimo livello, una distinzioni di organi di potere, in modo tale che abbiano ognuno di essi una sola funzione, ma ciò non toglie che nel momento di decentramento della potestà vi sia una distribuzione organica di funzioni. Una siffatta distribuzione, del resto auspicabile perché garante dei diritti dei fedeli, è stata effettivamente introdotta nella Chiesa, sebbene sia discutibile la sua perfezione tecnica.

Anche nella Chiesa (evidentemente, non per motivi di ordine democratico, ma, al contrario, per rispetto della sua costituzione gerarchica) si riserva la funzione legislativa agli organi capitali, mentre la funzione amministrativa e giudiziaria viene deconcentrata in organi vicari. La funzione legislativa si caratterizza per dare norme generali allo scopo di ordinare la vita sociale verso il bene della collettività. La legge ordina pertanto l'attività esecutiva e giudiziaria, mette le basi per il resto delle attività sociali.

La funzione giudiziaria deve giudicare i litigi che possono sorgere all'interno della comunità, giudicando secondo giustizia, la quale comprende la giustizia legale e, pertanto, a norma di legge. Sarebbe, comunque, del tutto ingenuo, oltre che manifestazione di una mentalità positivista, pensare che il giudice si debba limitare ad applicare *tecnicamente* la legge. Il ruolo del giudice suppone, invece, l'esercizio della prudenza[25]. Il giudice, quindi, nello svolgere la sua funzione, introduce qualche novità.

Da sempre, ci si è incontrati con la difficoltà di definire la funzione amministrativa perché si presenta con un aspetto poliedrico. Ad ogni modo, senza voler fornire nessuna nozione tecnica, e solo agli effetti che ora qui interessano, può dirsi che essa comprende gli atti di governo quotidiano, non normativi, sottoposti alla legge. Mediante l'attività amministrativa si persegue la soddisfazione delle necessità singolari. Ne segue che è caratteristico degli organi aventi potestà esecutiva l'avere un contatto immediato con gli amministrati e il poter porre gli atti (amministrativi) con celerità. E' proprio riguardo la funzione amministrativa che si richiede il principio di legalità e, di conseguenza, la sindacabilità, anche per via contenziosa, del suo operato.

[25] Mi pare che corrisponda alla migliore tradizione filosofico-giuridica il concepire l'attività giuridica come un'arte prudenziale, anziché come una tecnica, come mise già in rilievo con particolare evidenza lo Stagirita (cfr. ARISTOTELE, *Etica Nichomachea*, tr. di A. PLEBE, Roma-Bari 1988, L. V, 9).

Benché sul piano concettuale possano farsi queste distinzioni, non è fattibile dividere la reale attività di governo di una società in compartimenti stagni, da un lato perché ci si trova con il fatto che gli organi aventi una certa funzione hanno, di fatto, la necessità, per attuare il loro ruolo, di porre in essere atti caratteristici di altre funzioni e, da altro lato, perché l'esperienza di governo scappa a questa tripartizione.

Non di rado, infatti, negli ordinamenti statuali, il giudice dà norme singolari (come avviene talvolta, per esempio, quando egli svolge la sua funzione di direzione del processo) o, proprio per garantire l'indipendenza del potere giudiziale, si affidano ad organi giudiziari il governo dell'organizzazione di giustizia (attività tipicamente amministrativa), oppure il legislatore si riserva la potestà di emanare certi atti amministrativi non normativi (ad esempio, l'erezione di un'università o la creazione di una provincia), oppure, infine, l'amministratore dà norme, anche generali, come avviene con i cosiddetti decreti-legge. Se tutto ciò vale per un ordinamento giuridico statuale, ancor di più può dirsi per l'ordinamento canonico, ove la divisione di funzioni non corrisponde esattamente ad una divisioni di organi di potere.

A parte l'impossibilità di realizzare una perfetta distinzione di funzioni sulla base del criterio organico, c'è un'altrettanta impossibilità dal punto di vista materiale. Infatti, ci sono degli atti che presentano caratteristiche tipiche di più funzioni. Ad esempio, il decreto generale esecutivo è indubbiamente una legge, sotto il profilo sostanziale (regola generale della vita della società), sennonché ha una finalità *amministrativa*, quella cioè di rendere applicabile una legge precedente, ragione per cui il sistema di attribuzioni di funzioni ha assegnato questo tipo di norme all'autorità esecutiva e ha stabilito delle cautele affinché questi decreti si muovano nei limiti della funzione amministrativa, rispettando, cioè, il principio di legalità: viene sancita con la nullità qualunque disposizione che vada oltre, o sia contraria, ad una legge, il decreto cessa se cessa la legge dalla quale dipende[26]. Può anche succedere che in un unico atto legislativo si costituisca un ente e se ne dia la normativa: in ciò che ha di normativo è indubbiamente di natura legislativa, ma la costituzione di un ente non è di per sé una legge, una norma generale (semmai sarebbe effetto di una legge). Infine, anche in una sentenza dettata da un giudice ci può essere, non solo un giudizio, ma anche una norma, come avviene, per esempio nel caso della ripartizione di un'eredità[27].

Ritengo, insomma, che la classica tripartizione delle funzioni della potestà risponda ad una divisione *tipologica*, non essenziale. Le funzioni di governo sono *tipi* che si costruiscono in base alla cumulazione di caratteristiche, non attraverso l'astrazione concettuale della realtà. Ne consegue che non deve destare meraviglia il fatto che esistano alcuni atti emanati dal potere sociale che presentano elementi caratteristici di più funzioni.

---

[26] Sia detto per inciso, ritengo che a nulla serva la tipizzazione del decreto generale esecutivo quale atto amministrativo (con tutte le conseguenze di sottomissione alla legge), se poi non può essere oggetto di ricorso. La regola sostanziale, che stabilisce la subordinazione di questi decreti alla legge, è stata formulata compiutamente (cfr. cann. 30-33), ma manca una norma che ne preveda la tutela giudiziaria, nonostante che l'introduzione della distinzione di funzioni si facesse pensando proprio alla tutela giudiziaria dei diritti dei fedeli nei confronti dell'attività amministrativa (cfr. il n. 7 dei principi approvati dal Sinodo dei vescovi del 1967 per la riforma del Codice [«Communicationes», 1 (1969), pp. 77-85]). Il sistema amministrativo della Chiesa, insomma, andrebbe completato, a mio avviso, con l'ammissione del ricorso contenzioso amministrativo contro i decreti generali esecutivi.

[27] Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Pamplona 1992, p. 406. Nella lezione destinata alla norma giuridica, l'autore muove da una nozione sostanziale di norma che lo porta a distinguere finemente gli atti normativi da quelli che non lo sono, al di là delle classificazioni formali (cfr. *ibidem*, pp. 303 e ss.).

Per quanto riguarda l'atto di concessione della dispensa, occorre dire che esso ha, per un verso, la caratteristica prettamente giudiziaria, una volta molto valutata, di essere emanata dopo una *causae cognitio*; il dispensante deve *giudicare* la ragionevolezza della causa di un caso singolo e, poi, dare la dispensa[28]. La dispensa, d'altro canto, rientrerebbe nella funzione legislativa per il suo aspetto derogatorio della legge, sia pure in un caso singolare; la dispensa, infatti, introduce una nuova norma (singolare) contraria ad una legge, una nuova *ratio iuris*. Infine, la dispensa, come vuole il suo significato etimologico («dis-pensare», distribuire soppesando, dividendo, *amministrando*) sovviene alla necessità di un caso particolare, senza pretendere di regolare la vita della società. L'atto dispensatorio, insomma, è un atto che resiste ad una inquadratura aprioristica all'interno di una delle tre funzioni. L'attribuzione della *potestas dispensandi* ad una o ad un'altra funzione non viene, quindi, predeterminato dalla natura della dispensa, ma si tratta di un'opzione del legislatore (incaricato di organizzare il potere sociale e di dare le norme di produzione)[29].

4. *La norma singolare e il principio di legalità*

La scelta del codificatore di includere la dispensa all'interno della funzione amministrativa appare, nella mia opinione, ragionevole e, per molti versi, opportuna. La dispensa, infatti, è innanzitutto uno strumento per sopperire alle necessità concrete della vita, fornendo una soluzione giuridica ad una situazione non prevista dalla norma generale e astratta emanata dal legislatore. Il fenomeno dispensatorio richiede da parte del dispensante una certa immediatezza con il caso e, spesso, una velocità di attuazione che difficilmente si può dare nel legislatore.

A questo proposito, giova ricordare la peculiare costituzione della Chiesa, la quale fa sì che vi sia un peculiare rapporto tra il diritto universale e quello particolare[30]. V'è, infatti, da una parte, la necessità di contare su di una legislazione universale (o quasi universale), il che è reso possibile grazie alla potestà del Romano Pontefice, ma, dall'altra, occorre pure rispettare l'esigenza costituzionale del potere di cui gode il vescovo nell'ambito della Porzione del Popolo di Dio affidatagli, in modo che egli possa effettivamente sopperire alle singole necessità dei suoi fedeli[31]. Conseguenza dell'armonizzazione di questi due principi è l'indirizzo segnalato dal decreto conciliare *Christus Dominus*, n. 8 b), che riconosce ai vescovi diocesani la facoltà di dispensare dalle leggi universali, ferma restando la potestà dell'autorità suprema di riservarsi la dispensa in alcune materie, disposizione questa che è

[28] La Glossa ordinaria al Decreto di Graziano così definiva la dispensa: «dispensatio est iuris communis relaxatio facta cum causae cognitione ab eo, qui ius habet dispensandi» (C.1 q.7 c.5 gl. v. *plerisque*). Questa nozione di dispensa fu comunemente accettata dalla tradizione canonistica, sino al punto da domandarsi se, non già la causa, ma la *cognitio causae* non fosse elemento essenziale della dispensa. Siccome la risposta comune era quella di affermare la validità della dispensa senza *causae cognitio* se rilasciata dal legislatore, il Codice del 17 non additò questo elemento come facente parte dell'essenza della figura giuridica della dispensa.

[29] A rigore affermava Van Hove che «dispensatio non est actus legislativus sed legislatori reservatur, vel illi cui ex iure scripto vel consuetudinario potestas dispensandi est commissa». A. VAN HOVE, *De privilegiis. De dispensationibus*, Mechliniae-Romae 1939, p. 305.

[30] Sul tema, vedi E. CORECCO, *Ius universale-ius particulare*, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae. Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici (19-24 aprilis 1993)*, Città del Vaticano 1994, pp. 551-574 e J. OTADUY, *La relación entre el derecho universal y el particular. A propósito de la Const. Ap. «Pastor Bonus»*, in «Ius Canonicum», 30 (1990), pp. 467-492.

[31] Cfr. *Lumen gentium*, n. 27.

stata recepita dal can. 87, § 1 del Codice del 1983 (e dal can. 1538, § 1 del Codice orientale), capovolgendo il disposto del can. 81 del Codice del 1917[32]. Il necessario riconoscimento della potestà del vescovo di dispensare da leggi emanate da un legislatore a lui superiore cozza con il principio che vuole identificare l'autore della legge con quello della dispensa, sicché si è costretti a riconoscere una potestà ordinaria di dispensare a chi non è legislatore (rispetto alla legge dispensata, seppur lo sia riguardo alle sue leggi particolari). Tutto ciò non comporta che il disposto conciliare obbligasse a tipizzare la dispensa come facente parte della funzione amministrativa (tra l'altro perché il vescovo non è una mera autorità esecutiva rispetto al legislatore supremo, seppure debba far compiere la legislazione universale), ma è evidente che agevolava la strada a chi voleva inquadrare l'atto dispensatorio tra gli atti amministrativi.

Ad ogni modo, restano alcune perplessità di ordine prettamente giuridico provocate dalla caratterizzazione amministrativa della dispensa. Bisogna dire, però, che tra le obiezioni che, sul piano teorico, possono porsi a tale soluzione sono da scartare innanzitutto quelle mosse da un volontarismo estremo, che vorrebbe che la dispensa fosse un atto del legislatore perché la legge sarebbe *quasi res eius*[33]. D'altra parte, non è neanche un ostacolo alla configurazione amministrativa della dispensa il suo effetto normativo (benché meramente derogatorio di una legge, senza che includa, cioè, positivamente nessun'altra novità); l'autorità amministrativa, nella società civile e nella Chiesa, emana spesso delle norme, addirittura anche generali (purché sottoposte alla legge). L'ostacolo che appare, però, più consistente è il fatto che la dispensa sia una norma derogatoria, *contra legem*, dato che, se ciò che si cerca con la distinzione di funzioni è proprio che l'attività amministrativa sia sottoposta alla legalità, male si comprende come un atto, che non persegue altro fine che derogare alla legge in un caso particolare, possa essere considerato quale atto amministrativo.

Come è stato già rilevato, i difensori della natura amministrativa della dispensa hanno risposto a quest'obiezione affermando che la dispensa è contraria ad una legge, ma non all'ordinamento giuridico. Ma, per fornire una risposta compiuta, ritengo che occorra approfondire ancora il significato della norma singolare e del principio di legalità.

La norma singolare è la regola di condotta giusta, la *ratio iuris*, che non contempla il suo destinatario attraverso una fattispecie astratta. Questo tipo di norme consentono di adeguare la disciplina alle peculiarità delle singole circostanze, e la sua presenza nell'ordinamento canonico è vista come una manifestazione del personalismo che deve

---

[32] Cfr. E. BAURA, sub *can. 87*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, a cura di A. MARZOA, J. MIRAS e R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, Pamplona 1996, vol. I, pp. 683-689. Per la storia di questo disposto conciliare e codiciale, vedi C. HEITZMANN, *La potestad de dispensar de las leyes universales*, (*thesis ad doctoratum in iure canonico totaliter edita*), Roma 1989 e la documentazione e bibliografia ivi citata.

[33] In materia di dispensa si nota con particolare evidenza come la canonistica tenda verso una concezione volontaristica della legge. Un autore così emblematico e influente sulla dottrina canonica come è Suárez affermava: «hic [si riferisce al tema della dispensa] multo clarius est dispensatione non esse nisi actum voluntatis Principis, quo vult liberum esse subditum a iugo legis suae, aliquo exteriori signo sufficienter manifestatum» (F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus* [Coimbricae 1612=Madrid 1968], L. VI, cap. 10.14). Ad ogni modo, il volontarismo è presente nella trattazione della dispensa prima di Suárez; già Sinibaldo de' Fieschi (essendo ormai Papa) così giustificava la dispensa da una legge data senza causa dallo stesso legislatore: «in his enim dispensationibus sufficit sola voluntas dispensatoris, etiam sine causa; quod probo, nam si sola voluntaria constitutio erat causa quare aliquid prohibeatur, et sola voluntas erat causa quare prohibitio relaxetur, quia eius est destruere ius qui illud condidit, nec tenetur princeps sua lege ligatus» (INNOCENZO IV, *Apparatus super V libris decretalium*, Lugduni 1525, *ad* X 3.35.6 [cap.*Cum ad monasterium*], fol. 156 ra).

orientare il governo della Chiesa, che, senza trascurare l'interesse comune, si preoccupa anche per il bene del singolo[34].

Tuttavia, è evidente che la presenza delle nome singolari pone subito il problema dell'inottemperanza al principio di uguaglianza dinanzi alla legge e di lasciare all'autorità un ambito di potere suscettibile di essere esercitato arbitrariamente. In definitiva, la norma singolare, specie la dispensa, cozza direttamente contro il principio di legalità.

Giunti a questo punto, occorre riflettere pure sul significato del principio di legalità. Ritengo che, come va smitizzata la divisione di funzioni, così pure andrebbe relativizzato, a mio avviso, il principio di legalità, inteso quale postulato di garanzia solo formale, giacché i principi della divisione di funzioni e di sottomissione alla legge sono garanzia dei diritti (e, in quanto tali vanno favoriti), ma non costituiscono la giustizia stessa. Una visione formalistica di questo principio che lo rendesse assoluto perché garante della legge sarebbe ancorata ad una concezione positivista del diritto (di matrice volontaristica)[35]. Il principio di legalità, in effetti, ha la sua ragion d'essere, non nella fiducia assoluta nell'operato del legislatore, ma nel suo scopo di garantire che l'attività amministrativa sia (sostanzialmente) giusta e possa essere sindacabile attraverso i ricorsi per via amministrativa e giudiziaria, mediante il confronto dell'atto amministrativo con il testo della legge.

Ebbene, la norma singolare non contraddice affatto la giustizia (sostanziale), neanche quella distributiva. Anzi, come la giustizia distributiva richiede il principio di uguaglianza davanti alla legge, così pure la stessa giustizia richiama il trattamento disuguale alle circostanze dissimili, e altro non è il fondamento della norma singolare[36].

Certo che la presenza di questo tipo di norme comporta il rischio di lesionare la giustizia distributiva, ma bisogna subito dire che anche la norma generale può essere *corruptio legis* e, d'altra parte, la norma singolare può essere l'unico modo di attuare effettivamente la giustizia perché si adegua alla realtà delle cose. In definitiva, la norma singolare, come tutte le norme, deve essere razionale. E, se la dispensa è razionale, nulla osta la sua ammissibilità, anzi essa diviene uno strumento di perfezionamento dell'ordinamento giuridico. Insomma, la norma dispensatoria non è contraria al fondamento sostanziale del principio di legalità[37].

Siccome lo scopo sostanziale del principio di legalità non è il rispetto della sovranità del legislatore, ma l'attività amministrativa giusta, esso va garantito con la *rationabilitas* della dispensa (cioè, con la sua causa), non con il suo affidamento al legislatore. Per quanto riguarda il profilo garantistico del principio in questione, bisogna dire che il controllo di legittimità dell'atto dispensatorio non lo si potrà compiere, evidentemente, mediante il

---

[34] Cfr. A. DE LA HERA, *La norma singular*, in *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al profesor López Alarcón*, Murcia 1987, pp. 210-213.

[35] Cfr. in questo senso I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, in «Ius Ecclesiae», 8 (1996), pp. 37-69, specie 37-51. L'autrice fa vedere come nella Chiesa non sia sufficiente il principio formale di legalità e come sia invece necessario ricorrere ad un criterio sostanziale. Invero, nella società civile avviene lo stesso.

[36] Difatti, benché con non poco sospetto, dato il positivismo imperante, che tende ad esaltare il primato della legge, gli ordinamenti statuali ammettono anche la presenza della norma singolare. Cfr. F. MODUGNO, s. v. *Norma singolare*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVIII, Milano 1978, pp. 506-533, ove si nota lo sforzo per compaginare la *ratio* della norma singolare con la diversa *ratio* della legge, ai fini di rispettare il principio di uguaglianza.

[37] Nel caso della dispensa, essendo una norma singolare contraria ad una norma generale precedente, la sua *ratio* deve, non solo causare la razionalità del risultato ottenuto, isolatamente considerato, ma giustificare anche l'eccezione alla legge.

confronto dell'atto con il testo legale, ma attraverso un giudizio di razionalità[38]. E tale controllo è giuridicamente possibile in forza della configurazione dell'atto dispensatorio quale atto amministrativo, sottomesso sempre a controllo di legittimità. Qui si palesa, insomma, il vantaggio della scelta della disciplina attuale, giacché questo controllo non sarebbe stato fattibile se la dispensa fosse stata affidata alla funzione legislativa.

Nell'attuale normativa, in effetti, l'atto con cui si concede una dispensa ha carattere amministrativo, anche quando viene posto dal legislatore, dato che nella Chiesa i legislatori hanno anche potestà esecutiva e, quando concedono una dispensa, esercitano la funzione esecutiva e, quindi, i loro atti sono sottoposti al controllo proprio degli atti amministrativi singolari[39]. Il disposto del can. 90, § 1, in effetti, che afferma la *validità* della dispensa data dal legislatore senza causa (ragionevole e giusta) non implica che ne stabilisca la *legittimità*, né preclude, quindi, la possibilità che essa venga sottoposta a controllo, come qualsiasi altro atto amministrativo, giacché questa statuizione (che, sia detto per inciso, proviene dalla concezione volontaristica della legge e della dispensa) non muta la natura dell'atto. Ne consegue, insomma, che, una volta introdotto nell'ordinamento giuridico l'istituto della dispensa, l'attribuzione di questa figura all'attività amministrativa, anziché a quella legislativa, diviene, paradossalmente, più confacente con lo scopo garantistico del principio di legalità.

Non si vede, dunque, nessuna difficoltà nel fatto che, al momento di organizzare il governo della società ecclesiastica, si attribuisca a colui che gode di potestà esecutiva la funzione di dare atti che derogano ad una legge in un caso particolare con giusta e ragionevole causa, considerando, dunque, l'atto dispensatorio come attinente alla funzione amministrativa di governo, anziché a quella legislativa[40]. La chiave di volta dell'istituto dispensatorio, che lo rende comprensibile perché coerente con il resto dell'ordinamento, è, dunque, la causa ragionevole e giusta derivata dalle peculiarità del caso singolare, né il fatto che la dispensa venga rilasciata dal legislatore. Indipendentemente da quale sia stata l'autorità dispensante (legislativa ovvero esecutiva), ciò che interessa agli effetti giuridici - sostanziali e garantistici - è che l'effetto dispensatorio abbia una causa ragionevole che lo legittimi e che ciò possa essere oggetto di ulteriore sindacato, il che avviene con la configurazione dell'atto dispensatorio come atto amministrativo.

L'attività dispensatoria non suppone, insomma, una crepa al principio di legalità né alla certezza giuridica, ma al contrario, è uno strumento che rende più giusta, più adeguata alla realtà, la norma generale. Per garantire che ciò sia davvero così, occorre la tipizzazione legale dell'istituto dispensatorio, come avvenne già nella codificazione del 1917; a mio avviso, poi, la scelta del codificatore del 1983 di configurare l'atto dispensatorio come atto amministrativo perfeziona ulteriormente l'istituto canonico della dispensa. Sarebbe, tuttavia, ingenuo pensare che l'effettiva adeguatezza della dispensa alla giustizia dipenda esclusivamente dalla formalizzazione giuridica di questo istituto; l'esperienza giuridica, in

---

[38] La riflessione sulla dispensa costituisce uno sprone a superare la mentalità legalista, che pensa che la sicurezza *giuridica* stia nel testo legale. V'è da dire che appare più sicuro il far ricorso ad un criterio più giusto e inamovibile di quello della volontà del legislatore, quale è, appunto, la realtà delle cose.

[39] Il controllo di legittimità comprende anche il sindacato sull'eventuale eccesso di potere, ma rimane sempre la diversità rispetto al controllo sul merito. Cfr. I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità…*, cit., p. 62.

[40] Negli ordinamenti civili si è soliti concepire la dispensa quale atto della pubblica amministrazione, ma «può manifestarsi solo se una legge od un atto avente valore di legge la prevedono espressamente» (C. CARBONE, s. v. *Dispensa*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, Milano 1964, pp. 149). L'ordinamento canonico, dunque, è andato oltre, nel dare all'autorità esecutiva l'abilitazione generale per dispensare dalla legge ecclesiastica (ferme restando le riserve che eventualmente può stabilire l'autorità legislativa).

effetti, si muove nell’ambito della libertà degli uomini e, pertanto, in ultima analisi, sarà la fedeltà e la prudenza del dispensatore a far sì che il suo atto contenga una giusta *dispensatio*,

anziché una *crudelis dispensatio*[41]. Ma è altrettanto vero che una buona disciplina legale circa l'attività dispensatoria giova al suo corretto espletamento.

Eduardo Baura

bibliotecanonica

[41] E' ricorrente nella letteratura canonistica l'allusione alle parole di San Bernardo in cui contrappone la corretta dispensa alla *dissipatio*: «"Quid?" inquis. "Prohibes dispensare?" Non, sed dissipare. Non sum tam rudis, ut ignorem positos vos dispensatores, sed in aedificationem, non in destructionem. Denique quaeritur inter dispensatores, ut fidelis quis inveniatur. Ubi necessitas urget, excusabilis dispensatio est; ubi utilitas provocat, dispensatio laudabilis est. Utilitas dico communis non propria. Nam cum nihil horum est, non plane fidelis dispensatio, sed crudelis dissipatio est.» BERNARDO DI CLAIRVAUX, *De consideratione*, 3.4.18 (PL 182.769). Mi pare significativo il fatto che San Tommaso concluda la sua trattazione sulla dispensa ricordando le parole del Signore sull'amministratore fedele e prudente («Quis, putas, est *fidelis dispensator et prudens*, quem constituit dominus super familiam suam?» [Lc. 12, 42]) avvertendo che, se il *rector communitatis* concede la dispensa per un capriccio della sua volontà egli sarà, infedele, se non bada al bene comune, o imprudente, se non bada ai motivi della dispensa. Cfr.TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. 97, a. 4.