IRIS AperTO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

**Prospettive di confronto sull’esercizio di fatto di pubbliche funzioni nella Chiesa e nello Stato**

**This is the author's manuscript**

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available http://hdl.handle.net/2318/47499 since

*Publisher:*

Giappichelli

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

12 October 2024

Si ringraziano

per il contributo all'organizzazione delle *Giornate:*

Regione Veneto
Azienda di Soggiorno e Turismo di Venezia
Banco San Marco - Venezia
Banca Antoniana di Padova e Trieste - sede di Padova
Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo

e per il contributo alla pubblicazione degli *Atti:*

Istituto Bancario San Paolo di Torino

Si ringraziano inoltre Rossana Clemente e Roberto Mazzola
per la cura redazionale del volume.

# DIRITTO CANONICO E COMPARAZIONE

*Giornate canonistiche di studio - Venezia 22-23 maggio 1991*

a cura di
R. BERTOLINO - S. GHERRO - L. MUSSELLI

G. GIAPPICHELLI EDITORE

Copyright © 1992 - G. Giappichelli Editore
Torino - Via Po 21 - Tel. 011/812.76.23

ISBN 88-348-2026-6

*Volume pubblicato con il contributo dei fondi ministeriali 40%
assegnati all'Università di Pavia e Torino
per la ricerca su "Cultura giuridica attuale e diritto canonico"*

*Composizione*: Compograf - Torino
*Stampa*: Stampatre s.a.s. - Torino

NESSUNA PARTE DI QUESTO VOLUME PUÒ ESSERE RIPRODOTTA IN QUALSIASI
FORMA A STAMPA, FOTOCOPIA, MICROFILM
O ALTRI SISTEMI, SENZA IL PERMESSO SCRITTO DELL'EDITORE

Nel volume sono pubblicati gli Atti delle *Giornate canonistiche veneziane* (22-23 maggio 1991), dedicate allo studio del diritto canonico e della comparazione.

Le *Giornate* sono state organizzate per essere occasione di confronto e di riflessione collettiva per gli studiosi, specialmente giovani ricercatori, della canonistica italiana di scuola laica. Guidati dalle sapienti riflessioni delle relazioni introduttive, condotte su problemi centrali del sapere canonistico, e con l'apporto di differenziate esperienze di ricerca e di diverse sensibilità interpretative, si è inteso verificare la sostanziale unitarietà del modello di elaborazione scientifica adottato e riproporlo a quasi 'credo' e segno distintivo della scuola italiana: non potere lo studio del diritto canonico, pur nello spessore decisivo del suo sostrato ecclesiologico-teologico, prescindere mai dalla utilizzazione dei più aggiornati criteri e delle più avanzate regole ermeneutiche della scienza giuridica contemporanea.

Nell'occasione, a 'metodo di verifica' e a 'materiale di reazione' è stato proposto l'uso della comparazione, intesa sia quale criterio di indagine e di organizzazione sistematica del sapere giuridico, che quale sua feconda elaborazione scientifica. La lettura degli *Atti* consente di giudicare che ne è stato quasi sempre fatto un uso raffinato.

C'è pertanto da bene sperare per il futuro della canonistica italiana, come scienza e come scuola.

# PROSPETTIVE DI CONFRONTO SULL'ESERCIZIO DI FATTO DI PUBBLICHE FUNZIONI NELLA CHIESA E NELLO STATO

ILARIA ZUANAZZI

## 1. Premesse.

La locuzione 'esercizio di fatto' di pubbliche funzioni vuole significare un particolare fenomeno di contrasto tra situazione giuridica apparente e situazione reale occulta nella posizione della persona che si trova materialmente a disporre di pubblici poteri [1]. Il presunto ufficiale sembra correttamente legittimato ad agire in nome dell'istituzione, mentre in effetti è privo di regolare investitura e quindi il suo operato risulta per sé invalido. Tale evenienza si può verosimilmente prospettare in ogni società con struttura organizzativa complessa e determina gravi danni sia alla legalità del funzionamento dei pubblici uffici, sia all'ordine della collettività, sia alla certezza delle situazioni giuridiche soggettive che i singoli acquistano in base al provvedimento illegittimo.

La scelta che ciascun sistema giuridico compie per la validità o l'invalidità degli atti del funzionario senza titolo legittimo (c.d. funzionario di fatto) dipende in definitiva dalla prevalenza attribuita ai due opposti principi di inderogabilità delle norme che regolano lo svolgimento delle pubbliche funzioni,

[1] L'espressione di tale concetto si trovava già nella Decretale 9 (*Literas Vestras* in *X*, III, 8), ove si affermava che una prebenda concessa ad una persona che non poteva riceverla «etsi non de facto, de iure tamen vacare noscatur». Sinibaldo de' Fieschi, nel commento a questo passo, spiegava: «...quia in veritate praelatus non est... de facto tamen non de iure est praelatus vel canonicus» (*Commentaria Apparatus in quinque libros Decretalium*, Francofurti 1570, lib. VI, tit. VIII, c. IX, n. 3).



oppure di rilevanza giuridica della situazione apparente per tutelare il bene comune, che può venire maggiormente turbato dall'annullamento degli atti compiuti, o per proteggere l'affidamento del singolo cittadino, che si trova nella necessità di ricorrere ai pubblici uffici e molto spesso non è in grado di controllare l'esistenza dei necessari requisiti. L'esame comparatistico di questo problema nell'ordinamento dello Stato ed in quello della Chiesa dimostra la profonda diversità di impostazione teorica dei due sistemi, sotto il profilo sia delle tecniche giuridiche adottate, sia dei principi che informano l'organizzazione delle pubbliche funzioni, sia dei criteri e dei presupposti specificatamente richiesti, nonostante si possa verificare una parziale coincidenza di alcuni effetti pratici, dovuta all'origine comune dal diritto pubblico romano ed al generico riferimento ad una medesima ragione di equità.

## 2. Il problema nell'ordinamento della Chiesa.

Nell'ordinamento canonico vige, giusta un'antica tradizione, l'istituto della supplenza di giurisdizione, secondo il quale la Chiesa, in presenza di condizioni specifiche che chiamano in causa l'utilità pubblica, interviene in modo straordinario ed automatico ad impedire l'invalidità di tutti i singoli atti posti dal funzionario privo di potere. Tale disciplina, di natura umano-positiva, è formulata in una norma generale del Codice di diritto canonico, che recepisce sostanzialmente la elaborazione svolta dalla precedente riflessione dottrinale [2]. Sembra quindi opportuno premettere all'analisi del cano-

[2] Oltre alle opere di commento generale al Codice di diritto canonico, hanno trattato specificamente l'istituto della supplenza di giurisdizione: A. TROMBETTA, *Supplet Ecclesia seu commentarium in can. 209 CJC*, Napoli 1931; P. FEDELE, *Il funzionario di fatto nel diritto canonico*, in *Studi in onore di F. Scaduto*, I, Firenze 1936, pp. 321-379; J. CREUSEN, *Pouvoir dominatif et erreur commune*, in *Acta Congressus iuridici internationalis*, IV, Romae 1937, pp. 181-192; A. SALVADOR, *Iurisdictionis suppletio ab Ecclesia in errore communi*, Manila 1939; F.A. WILCHES, *De errore communi in iure romano et canonico*, Romae 1940; G. CAVAZZANA, *La giurisdizione straordinaria nel Codice di diritto canonico*, Roma 1942; S. ALONSO, *En caso de error comun, la Iglesia suple la jurisdicción*, in *Rev. Esp. Der. Can.*, I, 1948, pp. 1223-1243; R. BIDAGOR, *Adnotationes de interpretatione can. 209*, in *Mon. Eccl.*, 1952 (LXXVII), pp. 411-420; D. STAFFA, *Adnotationes ad Pontificiae Commissionis ad Codicis canones authentice interpretandos responsiones diei 26 martii 1952; V. De interpretatione can. 209*, in *Apollinaris*, 1952 (XXV), pp. 404-407; G. OESTERLE, *De interpretatione can. 209*, in *Il Dir. Eccl.*, 1952 (LXIV), pp. 143-147; A. BRIDE, *Erreur commune et suppléance de la jurisdiction. Doctrine, histoire et iurisprudence*, in *Re-*

ne una sintesi del suo sviluppo storico, al fine di comprendere meglio le ragioni che hanno ispirato questo istituto.

La teorica della supplenza di giurisdizione trova fondamento comune, sia per il diritto canonico che per quello civile, nel diritto pubblico romano. In particolare viene citato il noto passo di Ulpiano, inserito nel Digesto[3], ove si espone il caso di uno schiavo fuggitivo, di nome Barbarius Philippus, che riuscì a nascondere la propria condizione servile e a farsi eleggere pretore dai comizi curiati[4]. Nonostante l'invalidità dell'investitura per la violazione del principio generale che richiedeva lo *status libertatis*, il giureconsulto riteneva che dovessero considerarsi validi gli atti compiuti nell'esercizio della falsa pretura, sia quelli propri del funzionario, sia quelli svolti dai privati dinnanzi allo stesso. Le ragioni che giustificavano questo *ius singulare* si riconnettono a due distinti criteri. La prima è una ragione di equità umana («humanius est»), per cui il rigore del diritto viene attenuato «propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt»[5], senza neppure distinguere espressamente tra coloro che conoscevano e quelli che ignoravano il vizio dell'investitura, sul presup-

*vue de droit canonique*, 1953 (III), pp. 278-296 e (*suite*) 1954 (IV), pp. 3-49; S. Peperoni, *Intrusus in Codice iuris canonici*, in *Ephem. Iur. Can.*, 1954 (X), pp. 133-183 e (*suite*) 1955 (XI), pp. 28-64; L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata; Commentarius in cann. 196-109*, Romae-Parigi-New York-Tournai 1957, pp. 103-150; L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione nel diritto canonico secondo il can. 209 del CJC*, Bologna 1958; P.A. D'Avack, *Autorità ecclesiastica*, in *Enc. del Dir.*, IV, pp. 495-497; S. Gherro, *Supplenza della Chiesa per errore comune e «matrimonium in fieri»*, in *Il Dir. Eccl.*, 1967 (II), pp. 272-296; L. Musselli, *Sulla validità del matrimonio canonico celebrato dinanzi ad un apparente ministro del culto cattolico*, in *Il Dir. Eccl.*, 1970 (LXXXI), I, pp. 145-162.

[3] Ulpianus, lib. 38 *ad Sabinum*, in *D.* I, 14 (*De officio praetorum*), 3. Sull'argomento si vedano: M.E. Lucifredi Peterlongo, *Barbarius Philippus... servus fugitivus... praetor designatus est*, in *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, Milano 1965, pp. 1-113; P. Voci, *D.* I, 14, 3. *Note in tema di esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, in *Studi di diritto romano*, I, Padova 1985, pp. 623-648, e gli Autori ivi citati.

[4] L'episodio di *Barbarius* o *Barbatius* (secondo l'interpretazione di *Mommsen* accolta da Voci, *op. cit.*, pp. 627-629) è ricordato anche da: Appiano, *Bell. civ.*, V, 4,31; Dione Cassio, *Hist. Rom.*, XLVIII, 34, 5; *Suida Lexicon* (ed. Bekker, Berlino 1845, p. 213).

[5] Secondo la lettera del testo, si tratta dell'utilità privata delle singole persone che hanno adito il magistrato e non dell'utilità pubblica invocata dai successivi commentatori del passo. Per tale precisazione si veda: P. Voci, *D.* I, 14, 3. *Note in tema di esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, cit., pp. 633-634.



posto quindi che tutti si fossero trovati nello stato di necessità di dover adire quel magistrato[6]. La seconda è invece una ragione di possibilità giuridica, fondata sul volere dell'autorità che detiene il potere supremo (per Ulpiano il popolo nei comizi curiati, per i compilatori giustinianei l'imperatore). Questa, se avesse conosciuto l'impedimento, avrebbe sempre potuto concedere allo schiavo la gestione di fatto della pretura e abilitarlo ad esercitare validamente i relativi poteri, pur senza conferirgli la carica formale di pretore.

Dall'esame combinato di questo con altri testi[7], si può ritenere che la soluzione favorevole alla validità degli atti del falso funzionario fosse accolta come regola generale anche nel diritto giustinianeo, ed applicata allo svolgimento di tutte le funzioni ed uffici pubblici[8]. Rimaneva necessaria la condizione, peraltro, che l'agente avesse almeno ricevuto dall'autorità legittima un titolo d'investitura ancorché irregolare, ed erano escluse quindi le fattispecie di usurpazione[9].

La *lex Barbarius* costituì il precedente autorevole cui fece costante riferimento la successiva trattazione giuridica della questione in *utroque iure*[10], in

[6] Contro l'opinione di parte della dottrina (cfr. M.E. Lucifredi Peterlongo, *Barbarius Philippus... servus fugitivus... praetor designatus est*, cit., p. 71), si deve ritenere che la *bona fides* dei privati non fosse un requisito necessario per l'efficacia degli atti, essendo sufficiente la ragione di utilità per mantenere ferme le situazioni giuridiche soggettive già acquisite in apparente conformità alla legge.

[7] Vengono ricordati, come fattispecie analoghe, gli episodi di *Marco Perpenna*, assunto irregolarmente al consolato per difetto dello *status civitatis* (Valerio Massimo, *Factorum Dictorumque memorabilium*, III, 4,5) e di *Clodio*, la cui elezione a tribuno della plebe fu contestata da *Cicerone* per l'invalidità della sua arrogazione da parte di un plebeo di nome *Fonteio* (Cicerone, *De domo sua*, 13, 34 e 35; 14, 36 e 38; 15, 40 e 41; 16, 42; Plutarco, *Vita di Catone Uticense*, 40; *Vita di Cicerone*, 34).

[8] Il principio della validità degli atti viene ripetuto in altri testi giuridici inseriti nella *Compilazione giustinianea: C.* VII, 45, 2 (*Antoninus A. Sextilio*) *De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum*; *C.* VI, 23, 1 (*Hadrianus A. Catonio Vero*), *De testamentis: quemadmodum testamenta ordinantur*; *I.* II, 10 (*De testamentis ordinandis*), 7.

[9] L'esame delle fonti dell'età del principato e del dominato dimostra che nelle fattispecie di usurpazione da parte del tiranno la validità degli atti era subordinata ad una successiva manifestazione di volontà dell'autorità legittima, una volta ripristinata. Si vedano i testi in: M.E. Lucifredi Peterlongo, *Barbarius Philippus... servus fugitivus... praetor designatus est*, cit., p. 106, nt. 292; P. Voci, *D.* I, 14, 3. *Note in tema di esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, cit., pp. 645-648.

[10] Per un'analisi storica dell'applicazione del principio, si vedano: M.E. Luci-

quanto il testo romano «etsi civilis, tamen, cum non sit reprobatus a iure canonico, vim habet etiam in illo» [11]. La riflessione dottrinale sviluppatasi in modo comune e con reciproci fecondi apporti tra civilisti e canonisti, conservò la sostanza del principio affermato da Ulpiano, ma precisò con opportune distinzioni e concettualizzazioni le ragioni e i presupposti del suo funzionamento, cosicché venne ad estendere la sua applicazione anche a fattispecie eterogenee da quella prevista nel passo citato.

Nell'ambito del diritto canonico, glossatori e commentatori adattarono tale regola ai vizi di irregolarità nell'investitura a pubbliche funzioni contemplate nel Decreto di Graziano [12] e nelle Decretali pontificie [13], configurando così un'ampia e minuziosa casistica di ipotesi di giurisdizione supplita, peculiari e tipiche dell'ordinamento della Chiesa [14]. Secondo una comune classificazione, si distingueva tra il *titulus fictus*, che era del tutto inesistente ma falsificato ad arte in modo da apparire vero; il *titulus invalidus seu nullus*, quando vi era stata effettivamente la provvisione all'ufficio o la delega ma queste erano radicalmente nulle per la chiara incompetenza del superiore da cui provenivano o per un altro vizio manifesto; il *titulus coloratus*, che aveva il colore e la forma del titolo vero in quanto conferito dal superiore legittimo, ma la sua validità ed efficacia erano impedite, fin dall'origine o successivamente, da una circostanza occulta riguardante sia il concedente, sia il ricevente, sia la provvisione stessa [15]. Su questa partizione si fondava l'importante contrapposizione tra il *praelatus intrusus* in senso stretto o *invasor*, che si insediava nell'ufficio *propria auctoritate* con la forza o l'inganno, e il *praelatus intrusus* in senso lato o *putativus*, che invece aveva ricevuto un titolo d'investitura dall'autorità superiore, benché invalido [16].

La sanatoria straordinaria degli atti del *praelatus de facto* era riconnessa alla situazione di apparente regolarità nel possesso dell'ufficio, definita *quasi-possessio* [17], in base ad un *titulus putativus* viziato da una causa occulta [18], che ingenerava nella pubblica opinione l'errata convinzione dell'esistenza di una vera legittimazione e quindi l'affidamento nella validità dell'operato [19]. L'esigenza di tutelare la buona fede della comunità faceva preferire alla rigida osservanza della situazione legale l'espediente di dar valore alla situazione creduta pubblicamente vera [20], secondo l'aforisma, anch'esso tratto dal

---

FREDI PETERLONGO, *Barbarius Philippus... servus fugitivus... praetor designatus est*, cit., pp. 12-28 e pp. 101-107; C. VITTA, *Il funzionario di fatto*, in *Riv. dir. pub. e giur. amm.*, 1923 (I), pp. 494-504; P. FEDELE, *Il funzionario di fatto nel diritto canonico*, in *Studi in onore di F. Scaduto*, Firenze 1936, pp. 321-379.

[11] S. ALFONSO M. DE' LIGUORI, *Theologia moralis*, Augustae Taurinorum 1891, lib. VI, tract. IV (*De poenitentia*), n. 572, p. 451.

[12] *C.* III, qu. 7, c. 1 (*Infames iudices esse non possunt*): «*Verumtamen si servus dum putaretur liber ex delegatione sententiam daret, quamvis postea in servitute depulsus sit, sententia ab eo dicta, rei iudicatae firmitatem tenet*». Il passo ripete quasi *ad litteram* il testo del *Codex* di Giustiniano (*C.* VII, 45, 2).

[13] *X*,I,6 (*De electione et electi potestate*), 44 (*Nihil*): invalidità della conferma di un prelato indegno eletto *ad regimen animarum*; *X*, I, 6, 24 (*Quaerelam*): istituzione per elezione del popolo che *tempore electionis* era nella *quasi-possessio* dello *ius electionis*; *X*, 6, 54 (*Dudum*): ineleggibilità a più benefici e più dignità senza dispensa del Papa; *X*, II, 27 (*De sententia et re iudicata*), 24 (*Ad probandum*): revoca della sentenza emanata da un collegio di cui uno dei giudici delegati era pubblicamente scomunicato; *X*, III, 38 (*De iure patronatus*), 19 (*Consultationibus*): rimozione di colui che è stato istituito *ad praesentationem* di chi non aveva lo *ius patronatus*, salvo il caso che ne avesse il possesso di fatto e '*credebatus esse patronus*'; X, V, 8 (*De schismaticis et ordinatis ab eis*), 1 (*Quod a praedecessore*): invalidità delle ordinazioni, collazioni di benefici e alienazioni delle *res ecclesiasticae* fatte da scismatici e da laici; *X*, V, 20 (*De crimine falsi*), 2 (*Super eo*): non eseguibilità della sentenza '*lata per falsas literas*'.

[14] Si veda un'esemplare elencazione in P. FEDELE, *Il funzionario di fatto nel diritto canonico*, cit., pp. 336-337.

[15] PH. MAROTO, *Institutiones iuris canonici*, I, Madrid-Roma-Barcelona 1918, pp. 709-710. Le diverse specie di titoli invalidi erano ricomprese nel genere di *titulus putativus*, come tale contrapposto al *titulus verus* (TH. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, Venetiis 1693, lib. III, Disp. XXII, 2).

[16] A. REIFFENSTUEL (*Jus canonicum universum*, Venetiis 1756) definisce entrambe le ipotesi come *intrusus generatim loquendo*, e svolge un'accurata analisi dei diversi requisiti ed effetti, in rapporto alle tipiche fattispecie canonistiche di elezione non seguita dalla *confirmatio* (libr. I *Decr.*, tit. VI, § II, nn. 42-54) e di intrusione nel beneficio (Libr. III *Decr.*, tit. V, § XVII, nn. 511-531).

[17] Glossa *Administrent* alla *Decretale* 44 in *X*, I, 6: «*quia fuit in quieta administratione et in quasi possessione praelationis de licentia papae et pro praelatus habitus est, unde omnia quae fecit medio tempore, rata sunt quae poterat facere*». Si veda anche Glossa *Credebatur* alla *Decretale* 19, in *X*, III, 38.

[18] Glossa *Innodatus* alla *Decretale* 24 in *X*, II, 27: «*aliud si occulte; quia tunc ipse nec alii ipsum tenebantur vitare quia divinare non poterant... unde cum communi opinione liber et absolutus habeatur et credatur*».

[19] Glossa *Dum putaretur* al c. 1, Ca. III, qu. 7 del *Decretum Gratiani*: «*ecce quantum communis opinio operatur*».

[20] Glossa *Credebatur* alla *Decretale* 19 in *X*, III, 38: «*plus valet quod est in opinione, quam quod est in veritate... sed hoc facit bona fides*». Si precisa peraltro come l'opinione debba riconnettersi alla *quasi possessio*: «*credulitas sine possessione non valet vel non prodest*» (Glossa *Removeri* alla *Decretale* cit.).

diritto romano[21]: «error communis facit ius»[22]. Successivamente si pose in luce come l'errore, quale stato soggettivo di falsa conoscenza, non potesse costituire la causa del sorgere della giurisdizione, ma piuttosto dovesse considerarsi un mero presupposto di fatto che, scusando il comportamento dei soggetti, giustificava l'adozione di un regime particolare[23]. Questo trovava invece fondamento adeguato nella ragione della *publica utilitas*, per la quale si riteneva che quanto compiuto in favore della comunità non dovesse essere eliminato a suo pregiudizio[24], e fosse altresì necessario evitare i maggiori danni e lo scandalo conseguenti alla eventuale revocazione. Gli effetti della sanatoria si verificavano quindi per il bene della collettività in relazione ai singoli atti di giurisdizione, mentre non avevano l'effetto di sanare il titolo di investitura del *praelatus*, che rimaneva comunque invalido[25].

L'opinione dominante all'origine nella dottrina canonistica riteneva indispensabile, oltre al presupposto del possesso dell'ufficio che ingenerava l'*error communis*, anche il *canonicum ingressum*[26], o *titulus collatus a superiore legitimo*[27] (*titulus coloratus*[28]). Le ragioni poste a fondamento dell'istituto coincidevano quindi con quelle già esposte da Ulpiano: da un lato il criterio giuridico dell'*auctoritas legitimi superioris*, come manifestazione puntuale della volontà di conferire valore agli atti nonostante la irregolarità dell'investitura[29]; dall'altro, il criterio equitativo della *publica utilitas*, in favore della quale la *benignitas* prevale sul *rigor iuris*[30]. Non mancarono tuttavia tentativi di impostare il problema secondo principi di stretta logica giuridica che possono considerarsi precursori delle moderne teoriche giuspubblicistiche. Così, Sinibaldo de' Fieschi (papa Innocenzo IV) riteneva che gli atti compiuti dal *praelatus de facto* provvisto della *confirmatio superioris*, dovessero considerarsi validi *ratione officii*, in quanto erano imputati alla competenza astratta dell'organo e non alla persona fisica[31].

---

[21] Nella Glossa di Accursio, *Reprobari* alla L. 3 in *D.* I, 14 viene richiamato il passo di Paulus, *Lib. 4 ad Sabinum*, in *D.*, XXXIII, 10 (*De suppellettile legata*), 3, § 5: «*error ius facit*», che si riferiva però al diverso contesto dell'errore-vizio della volontà negoziale riguardo alla qualità della cosa.

[22] Glossa di Accursio, *Reprobari*, cit.: «*Et notat hic quod circa factum error communis facit ius... Item notat quod bene gestum est non debet ex alio eventu resuscitari*».

[23] Per confutare la tesi dell'*error communis* si adduceva una duplice motivazione: da un lato, la giurisdizione non poteva essere conferita dalla volontà dei privati (arg. ex *C.* III, 13, 3 (*Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Iudae*), *De iurisdictione omnium iudicum et de foro competenti*: «*Privatorum consensus iudicem non facit...*»); dall'altro, *a fortiori*, non può essere fondata sull'errore, né del popolo né dell'autorità, in quanto l'errore, ontologicamente, esclude il consenso alla situazione rimasta occulta. Si veda: Th. Sanchez, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., n. 4; J. Voet, *Commento alle Pandette*, ed. a cura di L. Fortis, Venezia 1846, I, tit. XIV, n. V, p. 171: «*ius omne ex voluntate ac consensu legislatoris profluat, quem error excludit*».

[24] Il presupposto dell'*error communis* veniva già limitato, peraltro, dal criterio della conservazione dei soli effetti favorevoli alla Chiesa: «*unde non valent, quae tali praelato fiunt in praeiudicium ecclesiae... credo tamen quod illud in favorem ecclesiae introductum est, quod si acquisit, teneat, nec cessabitur: quia quod favore alicuius introductum est, non convenit in eius laesionem retorqueri*» (Glossa *Firmitate* alla *Decretale* 1 in *X*, V, 8. Si veda anche la Glossa *Administrent* alla *Decretale* 44, in *X*, I, 6).

[25] Nonostante il parere contrario di alcuni Autori, la maggioranza della dottrina si espresse nel senso che *Barbarius* non fu pretore (si veda: Th. Sanchez, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., n. 5).

[26] Sinibaldo De' Fieschi, *Commentaria Apparatus in quinque libros Decretalium*, cit., libr. I, tit. VI, c. XLIIII (*nihil*), fol. 74-75.

[27] Th. Sanchez, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., nn. 49-50.

[28] Gli argomenti addotti dai sostenitori di questa tesi si rifanno al dato letterale delle fonti, prima fra tutte la *lex Barbarius*: «*Nec communis error iuvat, ex quo deest authoritas superioris. Nam l. Barbarius... fundat se super communi errore, et super authoritate superioris*» (Panormitanus, *Commentaria in primam primi Decretalium libri partem*, Venetiis 1571, tomo I, tit. *De electione*, cap. XLIIII (c. *Nihil*), fol. 199, n. 11). Si veda un'ampia elencazione dei testi in Th. Sanchez, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Libr. III, Disp. XXII, n. 49.

[29] La tolleranza o conferma da parte dell'autorità superiore corrisponde in realtà ad una volontà meramente ipotetica, nel caso che l'organo preponente fosse del tutto ignaro del vizio invalidante l'investitura. Perciò, l'argomento a sostegno della validità degli atti si traduceva in una vera *fictio iuris*. Lo stesso Sanchez, pur richiedendo il presupposto del *titulus coloratus*, riteneva che l'attività fosse sanata dallo stesso diritto positivo e non dalla provvisione del superiore «*cum per errorem id faciat et error consensum non habet*» (*De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., nn. 4 e 14).

[30] «*Humanius est q.d. de iure stricto aliud esset. Et sic notat quod benignitas praefertur rigori*» (Glossa di Accursio, *Humanius* alla L. 3 in *D.* I, 14). Il criterio equitativo, che in Ulpiano era riferito all'utilità dei singoli, nella dottrina successiva è ricollegato all'utilità pubblica.

[31] «*Ipsa dignitas facere videtur, et non persona excommunicata*» (*Commentaria Apparatus in quinque libros Decretalium*, cit., Lib. I, Tit. VI, c. XLIIII (*nihil*), fol. 74-75). La spiegazione di Innocenzo IV fu ripresa da Niccolò de' Tedeschi (Panormita-

L'opposta tesi, invece, che cominciò a riscuotere sempre maggiori consensi a partire dal XVIII secolo, fino a diventare assolutamente prevalente ancora prima del *Codex* piano-benedettino, ragionava secondo l'unica *ratio* della *publica utilitas*[32] e perciò riconosceva la medesima esigenza di provvedere al *bonum commune* anche riguardo all'attività del funzionario privo del *titulus coloratus*, equiparando così la situazione del *praelatus invasor* a quella del *praelatus putativus*. Sotto il profilo giuridico, la possibilità di esercitare validamente la giurisdizione pure in mancanza di un'esplicita investitura e sul presupposto del mero possesso di fatto[33], era giustificata in base alla regola che permetteva di conseguire tale potere per effetto di prescrizione acquisitiva[34]

---

NUS) in *Commentaria in tertiam secundi Decretalium libri partem*, Venetiis 1571, tit. *De sententia*, cap. XXIV (*Ad probandum*), fol. 100, n. 15.

[32] La tesi risalente a Cino da Pistoia e Bartolo da Sassoferrato, fu accolta, fra gli altri, da B. PONTIUS, *De sacramento matrimonii tractatus*, Venetiis 1656, Lib. V, cap. XX; A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, cit., *Lib. IV Decretalium*, tit. III, § II, n. 78; F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, Romae 1844, II, P. I, tit. I, § II, n. 21 e IV, P. II, tit. III, § III, n. 181; S. ALFONSO M. DE' LIGUORI, *Theologia moralis*, cit., p. 452.

[33] Le fonti giuridiche richiamate per confermare la sufficienza del possesso senza titolo sono: *X*, III, 38, 19 (*Consultationibus*) riguardo allo *ius praesentandi* del patrono; *X*, I, 6, 24 (*Quaerelam*) riguardo allo *ius eligendi*; *Nov.* XLIV (*De tabellionibus ut protocolla dimittant in chartis*), cap. I, § ult. sull'attività di notaio. Contro tali argomentazioni PANORMITANO (*Commentaria in primam primi Decretalium libri partem*, cit., I, tit. *De electione*, cap. XLIIII (c. *Nihil*), fol. 199, n. 11) e TH. SANCHEZ (*De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., lib. III, disp. XXII, n. 54) sostengono che tali fattispecie riguardano solo gli atti espressione di diritti che non resistono al possesso («*quando ius non resistit possessioni, quia scilicet non requiritur decretum superioris, quare non requirunt quasi possessiones iuris eligendi et praesentandi*»), mentre non sarebbero estensibili agli atti di giurisdizione. Tale obiezione è stata contestata dagli avversari come priva di fondamento, in quanto non viene minimamente provata la differenza di regime tra gli atti di presentazione e di elezione e quelli di giurisdizione compiuti dal mero possessore. Sulla controversia si veda: E. PIRHING, *Ius canonicum nova methodo explicatum*, Dilingae 1675, Lib. II, tit. I, sect. III, § 1, n. LXXXVII, p. 29.

[34] La facoltà di usucapire la giurisdizione da parte del possessore in buona fede mediante l'esercizio di fatto del potere protratto per un certo tempo e con la scienza e tolleranza del superiore viene considerato come diritto certo in dottrina (INNOCENZO IV, in *Libr. II Decr.*, tit. XIII (*De restitutione spoliatorum*), cap. XVII (*Olim inter possessionem*), n. 1: «*quilibet clericus potest possidere et praescribere ius excommunicandi et caetera consimilia... per patientiam et per tacitum consensum... dummodo bona fides utantur ipsa potestate bene possident et bene praescribunt*»).



o di consuetudine[35], ovvero in ogni altro modo legittimo previsto dal diritto positivo, «ergo etiam occasione erroris communis per dispositionem legis»[36]. L'evoluzione della riflessione dottrinale aveva pertanto condotto a superare la primitiva impostazione autoritaristica e a fondare la supplenza di giurisdizione non tanto sul potere di colui che compie l'atto o del superiore che l'ha preposto, ma sul dover essere istituzionale dell'ordinamento, in forza della sola esigenza della *salus animarum*[37].

È importante sottolineare come la dottrina tradizionale risalente allo *ius antiquum, novum et novissimum*, ha sempre considerato come sicuro l'intervento suppletivo della Chiesa per impedire le conseguenze negative dell'invalidità a danno dei fedeli, tanto che l'atto posto in essere con i necessari presupposti è ritenuto di giurisdizione, se non vera, egualmente *certa*, ancorché in modo riflesso «seu relate ad actum secundum, i.e. ad interventum iuris quae in certis casibus supplet iurisdictionem»[38]. Peraltro, in questo periodo non sono state particolarmente approfondite le ragioni del funzionamento tecnico dell'istituto, cioè il modo o veste giuridica in cui viene sanato il difetto di potere, poiché l'attenzione era piuttosto accentrata sulla elencazione analitica delle diverse fattispecie, nonché dei limiti e presupposti di fatto per la sua applicazione. Innanzi tutto, l'opinione più accreditata ha escluso l'intervento straordinario nel caso che l'invalidità del titolo discenda da un impedimento di diritto divino positivo[39] o naturale[40], in quanto la Chiesa non ha il potere di

---

Si veda: E. PIRHING, *Ius canonicum nova methodo explicatum*, cit., p. 29. L'Autore deduce da tale regola la validità degli atti così compiuti, «*neque enim per actus invalidos praescriptio perfici, et iurisdictio vere acquiri potest*».

[35] L'insegnamento dottrinale sull'acquisto della giurisdizione per consuetudine viene ricordato anche da S. ALFONSO M. DE' LIGUORI riguardo alla giurisdizione probabile nell'amministrazione dei sacramenti (*Theologia moralis*, cit., p. 453, n. 573), ove riporta la Glossa *Vel consuetudine* alla *Decretale* 13 (*Cum contingent*) in *X*, II, 2 (*De foro competenti*): «*Nota quod consuetudo dat iurisdictionem*»).

[36] F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, cit., n. 21.

[37] S. ALFONSO M. DE' LIGUORI, *Theologia moralis*, cit., p. 452, n. 572.

[38] PH. MAROTO, *Institutiones iuris canonici*, cit., p. 710.

[39] Tali requisiti possono essere il sacramento dell'ordine per la gestione di uffici con cura d'anime, ovvero il sesso maschile per ricevere il sacerdozio o essere eletto al Pontificato (TH. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., n. 28 esclude il verificarsi della supplenza nell'ipotesi di donna eletta al Pontificato).

[40] Ad esempio la capacità di intendere e di volere, ovvero altra capacità psicofisica necessaria.

derogare al diritto divino né di modificare i «substantialia sacramentorum»[41]. Per la medesima ragione, si ritiene che non si possa supplire al difetto nel *praelatus de facto* della *potestas ordinis*, che si acquista unicamente con la recezione della sacra ordinazione. All'opposto, se questa è stata ritualmente conferita, stante il suo carattere personale indelebile e l'efficacia ontologico-sacramentale, il suo irregolare esercizio, benché illecito, non impedisce la validità degli atti compiuti[42].

La supplenza funziona quindi come regola generale solo per la potestà di giurisdizione, ordinaria o delegata, in relazione a tutte le sue funzioni, e per gli effetti sia in foro esterno che in foro interno[43]. Essa è stata estesa anche agli atti posti in base ad un ufficio pubblico benché non di stretta giurisdizione[44], alla potestà dominativa dei Superiori religiosi[45], al potere di assolvere i

[41] TH. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., n. 27.

[42] Per l'esercizio della *facultas confitendi*, vel *confirmandi*, vel *adsistendi celebrationi matrimonii* è però richiesta *ad validitatem* una speciale licenza. Sulla natura puramente formale di questa autorizzazione, che si differenzia dalla delega in quanto non è diretta a conferire un potere ma a rimuovere un ostacolo alla sua esplicazione, si veda: E. CORECCO, *Natura e struttura della 'sacra potestas' nella dottrina e nel nuovo codice di diritto canonico*, in *Communio*, 1984 (44), p. 49; E. LABANDEIRA, *Tratado de Derecho administrativo canónico*, Pamplona 1988, p. 195, nt. 118. Sul rapporto tra questa facoltà e la *potestas regiminis*, nonché sull'applicabilità o meno ad essa delle norme previste per la giurisdizione, vedasi in senso critico: V. DE PAOLIS, *Il sacramento della penitenza*, in *I sacramenti nella Chiesa (il codice del Vaticano II)*, Bologna 1989, 195.

[43] Per una critica alla dottrina che negava l'efficacia in foro interno della supplenza di giurisdizione, si veda: TH. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXII, nn. 12-13.

[44] Quali l'attività di notaio, l'elezione o presentazione a uffici o benefici, la gestione economica dei beni ecclesiastici, ecc. Si veda: L. LESSIUS, *De iustitia et iure*, Lib. II, cap. 29, n. 67, VII, citato da D. STAFFA, *De interpretatione can. 209*, cit., 405, nt. 7.

[45] Sull'opinione favorevole alla estensibilità della supplenza di giurisdizione alla potestà dominativa ancora prima del responso del 1952 della Pontificia commissione per l'interpretazione del Codice, per l'analogia con la potestà di giurisdizione, si vedano: A. LARRAONA, *De potestate dominativa publica in iure canonico*, in *Acta Congressus iuridici internationalis*, Romae 1937, pp. 145-180; J. CREUSEN, *Pouvoir dominatif et erreur commune*, cit., pp. 181-192; R. BIDAGOR, *Adnotationes de applicatione praescriptorum cann. 197, 199, 206-209 potestati dominativae*, in *Mon. Eccl.*, 1952 (LXXVII), pp. 418-420; G. OESTERLE, *De interpretatione can. 209*, in *Il Dir. Eccl.*, 1953 (LXIV), pp. 144-147; L. BENDER, *Potestas ordinaria et delegata*,



peccati e, dopo il Decreto *Tametsi* del Concilio di Trento, alla funzione definita di *quasi-iurisdictio*[46], o di testimonianza qualificata[47] dell'Ordinario, del parroco[48] o di un sacerdote dagli stessi delegato[49] per assistere alla celebrazione dei matrimoni.

Il Codice del 1917 sanciva per la prima volta con una norma generale[50] la regola della supplenza di giurisdizione, accogliendo il principio nella sua massima estensione per l'esercizio di tutte le funzioni della potestà di giurisdizione, senza porre limiti espliciti a nessuna di esse. Successivi pronunciamenti della Pontificia Commissione per l'interpretazione del Codice[51] ratificavano in modo favorevole la sua estensione alla facoltà di assistere alla celebrazione dei matrimoni e alla potestà dominativa dei Superiori religiosi.

cit., pp. 128-129; L. SPINELLI, *La supplenza di giurisdizione*, cit., pp. 115-116, nt. 6.

[46] TH. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXXVI, n. 8.

[47] E. PIRHING, *Ius canonicum*, cit., lib. IV, tit. III, § III, n. XVIII; SRR Decisio c. Jullien, diei 24 maii 1939, in *SRR Decisiones seu Sententiae*, XXXI, 1939, p. 309, n. 3. In modo favorevole all'applicazione della regola di supplenza alla facoltà di assistere i matrimoni si sono sempre espresse uniformemente la giurisprudenza della Rota Romana e la prassi della Curia Romana. Si vedano le decisioni citate da: D. STAFFA, *Adnotationes*, cit., p. 406; L. SPINELLI, *La supplenza di giurisdizione*, cit., p. 116.

[48] TH. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXII, nn. 60-65; E. PIRHING, *Ius canonicum*, cit., lib. IV, tit. III, § III, n. XVIII; A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, cit., Lib. IV *Decr.*, tit. III, § II, 78; F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, cit., Libr. IV, P. II, tit. III, § III, n. 181.

[49] TH. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXII, nn. 15-20, estende la supplenza all'ipotesi di delega particolare conferita per un'unica causa, ed anche al caso in cui il delegato sia un laico «*si communi aestimatione, et errore credebatur sacerdos, pro tali publice se gerens*», poiché l'impedimento che vieta al parroco di concedere la licenza ad un non sacerdote «*est solus iuris humani*» (*De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXII, n. 61).

[50] Can. 209: «*In errore communi aut in dubio positivo et probabili sive iuris sive facti, iurisdictionem supplet Ecclesia pro foro tum externo tum interno*».

[51] PONTIFICIA COMMISSIO AD CODICIS CANONES AUTHENTICE INTERPRETANDOS, *Responsa ad proposita dubia*, diei 26 martii 1952, in *AAS*, XXXXIV (1952), pp. 497 ss., nn. V e VI.

I presupposti di fatto necessari per l'efficacia della supplenza sono individuati nei due *status* soggettivi dell'*error communis* e del *dubium positivum et probabile*. Il significato di tali concetti, peraltro, è stato oggetto di una sempre più accurata precisazione da parte della dottrina, la quale, seguendo i criteri più favorevoli alla *salus animarum*, è giunta a conclusioni che possono sembrare in contraddizione con la *ratio publicae utilitatis* addotta a giustificazione dell'istituto ed inducono quindi a ripensare il valore di tale principio.

Il primo requisito di fronte al quale si sentì in origine l'esigenza di tutelare il bene dei fedeli è l'errore, inteso in senso positivo come falso giudizio sulla reale esistenza del titolo, e distinto quindi dall'ignoranza, che è una condizione meramente negativa di non conoscenza [52]. In ragione della pubblica utilità, l'*error* deve essere *communis*, cioè diffuso nella comunità dei fedeli cui l'atto è diretto ed in presenza dei quali è compiuto [53]. Sorge peraltro il grave problema di individuare un criterio per valutare la rilevanza pubblica dell'errore. Il riferimento matematico-statistico al numero degli erranti viene infatti considerato del tutto inadeguato ed impreciso [54], sia per le difficoltà pratiche di siffatto calcolo, sia soprattutto perché il mero dato quantitativo, avulso da ogni considerazione di valore, non è idoneo da solo a spiegare i limiti di operatività del principio [55]. Inoltre, si sottolinea come non sia importante il numero delle persone che hanno effettivamente adito il funzionario, ovvero l'ammontare degli atti illegittimi da questo compiuti, quanto soprattutto la convinzione sulla validità dell'operato condivisa dall'insieme dei fedeli del luogo [56]. Se vi è questa opinione comune, la supplenza si verifica anche in occasione di un singolo atto di giurisdizione [57].

Queste riflessioni conducono a superare l'opinione stimata prevalente prima del codice piano-benedettino, secondo la quale gli estremi dell'*error communis* ricorrono solo nell'ipotesi di *error actualiter communis (error de facto et in actu secundo)*, quando realmente *multi decepti sunt* [58], e ad accogliere invece la tesi [59] che ritiene sufficiente l'*error virtualiter communis (de iure o in actu primo)*, impostato sull'esistenza di condizioni oggettivamente idonee a trarre in inganno più persone in modo collettivo ed indifferenziato (*multi decipiendi possunt*) [60]. Riguardo tuttavia al fondamento di questo errore virtuale, la maggioranza della dottrina sostiene che debba consistere in un fatto formatosi pubblicamente o noto alla generalità [61]. Alcuni peraltro sottolineano

---

[52] Invero, l'*error* viene definito anche *communis opinio*, per sottolineare la diversa posizione psicologica del soggetto, che nel caso di errore è di cognizione attiva, benché falsa, mentre nel caso di ignoranza subisce passivamente il difetto di conoscenza (si veda: L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata*, cit., pp. 112-115; L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., p. 74). A tal fine non è considerato idoneo *l'error crassus vel supinus*, sia in quanto inescusabile, sia in quanto esclude il fondamento di probabilità della *communis opinio* (si veda: E. Pirhing, *Ius canonicum*, cit., Lib. II, tit. I, sect. III, § I, n. LXXXIV).

[53] L'errore di pochi o delle parti avanti le quali il funzionario presta la sua opera è ritenuto irrilevante «*quia... non sequuntur inconvenientia, et scandala ex sententiarum rescissione, quibus occurrere voluit jus, quando error esset communis. Tandem quia impedimento communiter noto, error unius vel alterius nec justus, nec probabilis est: et proinde aequum non est illi jus subvenire*» (Th. Sanchez, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXII, n. 6. Si veda anche: E. Pirhing, *Ius canonicum*, cit., Lib. II, tit. I, sect. III, § I, n. LXXXIV; F. Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum*, cit., Tom. II, P. I, tit. I, § II, n. 22).

[54] Per una critica al metodo statistico si veda: F. Wernz-P. Vidal, *Ius canonicum*, II, Roma 1943, pp. 441-442; F. Cappello, *Summa iuris canonici*, I, Roma 1951, pp. 238-239.

[55] Le risultanze matematiche, infatti, prese in se stesse, non danno ragione della possibile discriminazione di regime tra un numero maggiore o minore di erranti. In realtà, ciò che conta non è il sondaggio universale e completo dei membri della comunità, quanto piuttosto individuare il principio di relazione tra una maggioranza che erra e corrisponde alla regola, e una minoranza che conosce il difetto e rappresenta l'eccezione, secondo una valutazione qualitativa delle circostanze e del modo di sentire. Si veda: F. Wernz-P. Vidal, *Ius canonicum*, cit., p. 442; L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata*, cit., pp. 118-119.

[56] Il concetto di *communis* ha un significato relativo, sia con riguardo allo spazio, in quanto non si riferisce alla totalità della Chiesa ma alla comunità locale cui è diretta la giurisdizione, sia con riguardo al tempo, in quanto si considera la sua presenza attuale e non quella passata o futura (si veda: Th. Sanchez, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXII, nn. 9-10; E. Pirhing, *Ius canonicum*, cit., Lib. II, tit. I, Decr. III, § I, n. LXXXIV).

[57] F. Wernz-P. Vidal, *Ius canonicum*, cit., p. 441; F. Cappello, *Summa iuris canonici*, cit., p. 238; G. Oesterle, *De interpretatione can. 209*, cit., p. 144; D. Staffa, *Adnotationes*, cit., p. 407.

[58] Questa tesi fu sostenuta successivamente all'emanazione del Codice da L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata*, cit., pp. 120-127.

[59] Propositore originario della distinzione tra *error de facto* ed *error de iure* fu J. Bucceroni, *Casus conscientiae*, Romae 1895, p. 464.

[60] «*Res scilicet non ex numero sed ex causa quidem dimetienda est*» (SRR decisio c. Pompedda diei 17 aprilis 1972, in *SRR Decisiones seu Sententiae* LXIV, 1972, p. 175, n. 2). Questa tesi fu accolta dalla maggioranza della giurisprudenza rotale dopo la promulgazione del Codice del 1917 (si veda: SRR c. Jullien, cit., p. 313, n. 7).

[61] «*Cum datur factum publicum quod* per se *natum est inducere in errorem non*

come possano configurarsi eguali ragioni di tutela se il fatto, pur manifestatosi esternamente per l'esercizio di pubbliche funzioni, coinvolga in effetti solo poche persone[62].

Invero, se non si vuole cadere in contraddizione ed introdurre surretiziamente il criterio quantitativo del numero di coloro che hanno avuto conoscenza del fatto e sono caduti in inganno, è indispensabile considerare in modo autonomo il criterio della rilevanza potenziale dell'errore sull'opinione comune, rispetto alla circostanza della diffusione pubblica del fatto che ne costituisce la causa. L'uno è il solo requisito giuridico sostanzialmente richiesto; l'altra invece è un dato concreto che indica il grado di probabilità del coinvolgimento collettivo nell'errore ed attiene propriamente al momento strumentale della prova. Non è il carattere pubblico in sé del fatto, a giustificare l'intervento di supplenza, ma la sua *obiettiva idoneità* a creare una falsa convinzione nella coscienza comune: tale presupposto si può verificare anche se l'avvenimento, per circostanze secondarie ed accidentali, sia rimasto circoscritto a pochi individui[63]. In ogni caso, essendo l'erronea opinione pubblica una situazione eccezionale, la sua esistenza reale o virtuale, deve essere provata concretamente caso per caso e non può essere presunta a priori[64]. Quindi, anche nell'ipotesi accreditata dalla dottrina dell'evento noto alla generalità, non è sufficiente a considerare realizzata tale condizione la semplice presenza di un fatto pubblico astrattamente idoneo, se non risulta che abbia effettivamente provocato un falso giudizio, almeno in alcune persone del gruppo dei fedeli[65].

Siffatte conclusioni possono essere accolte qualora venga superata definitivamente ogni valutazione di tipo quantitativo-statistico dell'*error communis*, ed esso sia invece configurato sotto il profilo qualitativo, come lo stato attuale della sensibilità collettiva, espressione della coscienza comune circa i requisiti giuridici necessari per l'esercizio della giurisdizione[66]. Solo in questa prospettiva si può ritenere che la convinzione di singole persone possa essere un indice rivelatore affidabile del sentire dell'intera comunità[67].

Dalle sopraesposte considerazioni emerge altresì come si debba tenere concettualmente distinto il presupposto normativo dell'*error communis* dall'elemento teleologico del bene comune, connesso all'estensione pubblica dei danni conseguenti all'atto invalido[68]. Il problema si propose con riferi-

---

*unum vel alterum, sed quoslibet promiscue*» (F. Wernz-P. Vidal, *Ius canonicum*, cit., p. 442). Si veda anche: A. Vermeersch-J. Creusen, *Epitome iuris canonici cum commentariis*, I, Parisiis-Bruxellis 1937, p. 269; F. Cappello, *Summa iuris canonici*, cit., p. 239; L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., p. 76. Dopo il nuovo Codice: J. Arrieta, *Commento al can. 144*, in *Codice di diritto canonico*, I, Pamplona-Roma 1986, p. 138.

[62] G. Oesterle, *De interpretatione can. 209*, cit., p. 144; S. Gherro, *Supplenza della Chiesa per errore comune e «matrimonium in fieri»*, cit., p. 284.

[63] Questa tesi è stata accolta anche dalla Pontificia commissione per la redazione del nuovo Codice. Nel I *Schema*, infatti, la primitiva formulazione del canone richiedeva che l'errore sorgesse «*ex facto scilicet publico probabiliter contingente*». Nella successiva discussione, invece, fu approvata all'unanimità l'obiezione del secondo Consultore, per il quale «*factum non debere esse publicum*», e fu espunta dal testo ogni definizione o qualificazione della causa fondante dell'errore. Si veda: *Communicationes*, 22 (1990), pp. 25-26.

[64] «*Communis error non ita obvie solet contingere*» (F. Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universrum*, cit., tom. II, P. I, tit. I, § II, n. 20). Non è quindi condivisibile l'opinione di F. Cappello, (*Summa iuris canonici*, cit., pp. 239-240), per il quale l'*error communis* sorge *iure* dalle stesse circostanze del fatto pubblico ed esterno, anche *antecedenter* all'effettivo contatto di qualcuno con il funzionario.

[65] Contro la teorica dell'*error de iure* è stato giustamente osservato come una sua valutazione puramente teorica condurrebbe ad un'applicazione indiscriminata a tutti i fatti compiuti pubblicamente (L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata*, cit., p. 122). Invero, non si può prescindere dal contatto con la realtà, per cui non sorge l'*error communis* se nessuno dei presenti è caduto di fatto in errore (S. Gherro, *Supplenza della Chiesa per errore comune e «matrimonium in fieri»*, cit., p. 283).

[66] «Questione di prova non sarà il dimostrare se tale giudizio sia formulazione di uno, di pochi, di molti ...» ma «... il dimostrare se determinate circostanze abbiano palesemente provocato un giudizio erroneo da ritenersi il prodotto della coscienza della comunità» (S. Gherro, *Supplenza della Chiesa per errore comune e «matrimonium in fieri»*, cit., p. 290). L'Autore svolge interessanti riflessioni sull'analogia tra l'*error communis* e la *communis opinio* della consuetudine, la cui interpretazione da parte della dottrina tradizionale non è mai stata afflitta da difficoltà relative alla consistenza numerico-proporzionale della comunità (*Supplenza della Chiesa per errore comune e «matrimonium in fieri»*, cit., pp. 278-289).

[67] Singole persone considerate comunitariamente, cioè quali membri attivi di un complesso corpo sociale, non prese individualmente. Si veda: L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., p. 78.

[68] A. Bride, *Erreur commune et supplèance de la jurisdiction*, cit., pp.11-20 e L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., pp. 77-78, non ritengono che il principio del bene comune sia una condizione o requisito essenziale della nozione di errore comune. S. Gherro (*Supplenza della Chiesa per errore comune e «matrimonium in fieri»*, cit., pp. 284-286), vede in esso un semplice motivo politico che ha ispirato dall'esterno la produzione del canone.

mento specifico alla delegazione della facoltà di assistere alla celebrazione dei matrimoni, per la quale alcuni negavano la supplenza nell'ipotesi di concessione particolare, poiché ritenevano difficile o impossibile che si realizzasse un danno alla società dei fedeli [69]; altri, invece, ne sostenevano l'applicabilità, in quanto la *ratio publicae utilitatis* non è condizionata al bene generale, ma può sorgere anche in rapporto al bene particolare [70]. Invero, il fine pubblico dell'istituto è collegato non tanto agli effetti materiali dell'esercizio irregolare della giurisdizione, che possono incidere direttamente su una o più persone, quanto all'interesse per il suo corretto funzionamento, che coinvolge sempre l'intera comunità [71].

Questa precisazione permette di non riscontrare contraddizione nella constatazione che la supplenza possa verificarsi per un singolo caso, ma la rilevanza dell'errore debba valutarsi in rapporto alla coscienza della collettività. La dottrina tradizionale, infatti, ha sempre ritenuto che lo stato soggettivo di mala fede dei protagonisti dell'atto, derivante dalla loro conoscenza del difetto di investitura, non pregiudichi la validità dell'operato in virtù della *communis opinio* [72]. Come eccezione a tale regola viene tuttavia indicata la confessione sacramentale, nella quale la corretta disposizione interiore del penitente è una condizione essenziale per l'efficacia dell'assoluzione [73]. In un primo tempo si ritenne giusto punire per il loro peccato coloro che scientemente e volontariamente fossero ricorsi al funzionario privo di giurisdizione, prospettandosi la *retractatio o irritatio in odium scientis impedimentum* [74], fatta salva l'ipotesi in cui, *excusante necessitate*, venisse meno la loro colpa [75]. Successivamente, invece, si teorizzò la distinzione concettuale tra l'efficacia della supplenza di giurisdizione, valida anche *inter scientes* [76], e le conseguenze morali connesse alla liceità o meno dell'uso della falsa potestà, certa solo *in actu secundo* [77]. L'esercizio di questa da parte del funzionario presunto viene considerato moralmente lecito quando ricorra una causa non solo di grave necessità [78], ma anche razionalmente adeguata alle esigenze dei fedeli e a quelle

---

[69] A. Vermeersch-J. Creusen, *Epitome iuris canonici*, cit., p. 269; F. Cappello, *Summa iuris canonici*, cit., p. 238; L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata*, cit., pp. 122 ss.

[70] D. Staffa, *Adnotationes*, cit., p. 407; J. Hervada, *Commento al can. 1111*, in *Codice di diritto canonico*, II, Pamplona-Roma 1987, pp. 799-800. Secondo l'autorevole insegnamento di Th. Sanchez, «*satis esse versari publicam utilitatem in officii qualitate, licet in exercitio agatur de utilitate privata: et dum hoc contingit in delegatione: quia committit iure publico, ... agitur etiam de utilitate publica, licet intersit unius tantum, quia interest reipublicae cuilibet iustitiam ministrari*» (*De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXII, n. 20).

[71] Sembra invece non comprendere tale distinzione la sentenza rotale *coram* Serrano del 29 aprile 1983 (in *Il diritto ecclesiastico*, XCV (1984) II, pp. 359-376), che nega l'efficacia della supplenza nell'ipotesi di un atto così raro da confezionarsi che il numero delle persone ricorrenti al funzionario sia, tanto di fatto quanto potenzialmente, molto esiguo (nella fattispecie si trattava di una procura a celebrare il matrimonio).

[72] La regola non è che una conseguenza del principio generale di irrilevanza della *scientia privata* sull'esercizio della giurisdizione: «*quia iura ad valorem sic gestorum non attendunt errorem, aut ignorantiam unius, vel alterius, sed communem... ergo sicut error particularis non sufficit... ita nec scientia alicuius particularis impedit, quin gesta respectu ipsius valent*» (Th. Sanchez, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXII, n. 42).

[73] Secondo l'insegnamento di Sanchez, l'*absolutio* è *iure divino* nulla, non per un difetto di potestà del confessore («*nam ob communem errorem eam habet*»), ma per un *obicem poenitentis* («*eo quod confitens... peccat lethaliter*»). Tale *obex* invece non sussiste *ratione necessitatis vel ignorantiae* (*De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXII, n. 46). Si veda anche: F. Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum*, cit., tom. II, p. I, tit. I, § II, n. 22.

[74] Codesta *limitatio*, attribuita al maestro Giovanni Calderino, fu accolta dal Panormitano (*Commentaria in tertiam secundi Decretalium libri partem*, Venetiis 1571, tit. XXVII, cap. XXIV (c. *Ad probandum*), foll. 100-101, n. 15), che la applica agli atti compiuti *ratione publici officii*, mentre quelli *pro privato interesse* li considera nulli *ipso facto* secondo l'opinione di Giovanni d'Andrea e Giovanni di Dio; da Antonius a Butrio (*Super prima secundi Decretalium Commentarii*, Venetiis 1628, tom. III, *De sententia et re iudicata*, cap. XXIV (c. *Ad probandum*), foll. 130-131, n. 11); da Th. Sanchez, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXII), che la prevede espressamente per le sentenze giudiziali (n. 42) mentre non la menziona per i matrimoni (n. 61).

[75] Th. Sanchez, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, cit., Lib. III, Disp. XXII, n. 45.

[76] F. Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum*, cit., tom. III, p. I, tit. I, § II, n. 22.

[77] Nella fattispecie di colpa, oltre alla situazione di peccato nel foro della coscienza, sono previste *coram Ecclesia* specifiche sanzioni penali per usurpazione degli uffici ecclesiastici (can. 1378 §§ 2-3: interdetto o sospensione l.s. per esercizio abusivo degli atti di *potestas ordinis*; can. 1381: giusta pena per usurpazione di ufficio ecclesiastico o illegittima conservazione dello stesso).

[78] A. Vermeersch-J. Creusen, *Epitome iuris canonici*, cit., p. 270; F. Wernz-P. Vidal, *Ius canonicum*, cit., pp. 444-445; F. Cappello, *Summa iuris canonici*, cit., pp. 240-241.

personali dell'agente, in rapporto sia alle circostanze concrete, sia alla qualità dell'atto[79]. Parimenti, per escludere la colpa nel comportamento del fedele è necessaria una giusta causa, determinata da un'urgente necessità o da una vera difficoltà a trovare un ministro competente[80].

Il secondo presupposto soggettivo della supplenza di giurisdizione venne individuato, in un momento successivo[81], nel dubbio positivo e probabile circa l'esistenza e l'estensione della potestà del funzionario. La dottrina distingue tra il *dubium proprie dictum* o *pure negativum*, nel quale non vi sono argomenti decisivi né per affermare né per negare la giurisdizione, ed il *dubium improprie dictum* o *positivum*, in cui le ragioni per sostenere la giurisdizione prevalgono su quelle contrarie, sebbene non raggiungano il grado di certezza morale[82]. La Chiesa supplisce il difetto di potere solo quando il dubbio, oltre che positivo, sia pure probabile, fondato cioè su motivi gravi e solidi, tali da convincere una persona saggia e prudente[83]. Ricorrendo tali condizioni, l'esercizio della giurisdizione probabile è certamente valido, ed altresì lecito se non è possibile risolvere il dubbio senza un grave incomodo per l'agente, non richiedendosi una causa giustificatrice ulteriore. Nell'ipotesi invece di dubbio negativo, l'atto è valido subordinatamente al fatto che il ministro sia dotato realmente della necessaria potestà. In ragione di questa incertezza, si può agire lecitamente solo in caso di grave necessità e *sub conditione (si possum)*, ammonendo il fedele dell'onere di ricorrere all'autorità sicuramente competente quando se ne presenti l'opportunità[84].

---

[79] Ph. Maroto, *Institutiones iuris canonici*, cit., p. 711; L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., pp. 95-108; L. Chiappetta, *Il Codice di diritto canonico. Commentario giuridico-pastorale*, I, Napoli 1988, p. 198.

[80] Si vedano gli Autori citati nelle due note precedenti.

[81] La questione del dubbio sulla giurisdizione era già stata sollevata da altri Autori, ma ricevette per la prima volta una compiuta trattazione teorica dal F. Suarez, *De sacramentis*, Venetiis 1748, p. II, Disp. XXVI, sect. VI, n. 1 in merito al potere di assolvere i peccati.

[82] Non esclude pertanto la «*prudentem formidinem errandi*» (F. Cappello, *Summa iuris canonici*, cit., p. 242). Si veda anche: Ph. Maroto, *Institutiones iuris canonici*, cit., p. 710; F. Wernz-P. Vidal, *Ius canonicum*, cit., pp. 443-444; L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata*, cit., pp. 132-133; L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., pp. 87-89; L. Chiappetta, *Il Codice di diritto canonico*, cit., pp. 198-199.

[83] Si vedano gli Autori citati nella nota precedente.

[84] Ph. Maroto, *Institutiones iuris canonici*, cit., p. 711; F. Wernz-P. Vidal, *Ius canonicum*, cit., p. 144; A. Vermeersch-J. Creusen, *Epitome iuris canonici*, cit., p.



Distinzioni ulteriori riguardano la contrapposizione tra il *dubium iuris*, relativo all'esistenza e significato della legge, e il *dubium facti* sulle circostanze concrete di un fatto particolare[85]. Tra *dubium subiectivum* o stato di incertezza soggettiva, che è la dimensione essenziale del dubbio, e *dubium obiectivum*, concepito in senso solo analogico e derivato dal primo, con riferimento all'oscurità oggettiva delle parole della legge, o all'adesione di più persone (in questo caso è definito più propriamente come *dubium commune*)[86].

L'equivalenza tra lo stato di dubbio e quello di errore viene individuata sul piano delle conseguenze pratiche, in quanto si ravvisa la medesima *ratio* di protezione dell'affidamento della comunità anche nell'ipotesi di esercizio di una giurisdizione ritenuta pubblicamente probabile dall'autorità, ma effettivamente non esistente[87]. Un ulteriore argomento era indicato nella prassi universale della Chiesa di considerare lecito l'esercizio della *iurisdictio probabilis* nell'amministrazione dei sacramenti e su tale consuetudine la comune dottrina fondava la certezza morale di validità degli atti compiuti[88].

In realtà, non si può non rilevare come la fattispecie del dubbio sia profondamente diversa da quella dell'errore, sia riguardo agli effetti della supplenza, sia ai presupposti soggettivi. Sotto il profilo funzionale, mentre nella giurisdizione falsa colui che agisce è sicuramente privo di potere e quindi l'intervento straordinario è sempre necessario per evitare l'invalidità degli atti, nella giurisdizione dubbia vi è invece una condizione di incertezza circa la sua reale investitura, per cui la supplenza si realizza solo qualora il ministro risulti effettivamente sprovvisto di potere[89]. Sotto il profilo psicologico, colui che versa in errore è certo della situazione apparente, perché ignora i motivi contrari e quindi non si pone il problema di indagare la realtà; di contro, chi dubita è consapevole delle opposte argomentazioni e pertanto svolge un ra-

---

270; F. Cappello, *Summa iuris canonici*, cit., pp. 242-243; L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata*, cit., p. 150.

[85] Il *dubium iuris* pone una questione teorica che può essere risolta da qualsiasi studioso od operatore di diritto, mentre il *dubium facti* riguarda un caso pratico che può riguardare solo poche persone.

[86] La distinzione è riportata da L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata*, cit., pp. 134-141.

[87] F. Suarez, *De sacramento*, op. loc. cit.

[88] S. Alfonso M. De' Liguori, *Theologia moralis*, cit., p. 453, n. 573.

[89] «*Ecclesia statuit supplentiam* ad cautelam, *ita ut actus de cuius validitate secus haberetur dubium, nunc est certo validus*» (L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata*, cit., p. 104).

gionamento per accertare la verità secondo la congettura ritenuta prevalente e probabile. L'errore è dunque un *habitus* mentale; il dubbio un procedimento razionale di conoscenza.

In ragione della differenza di presupposti, le due condizioni divergono anche sul piano della rilevanza comunitaria. L'errore, infatti, è la fattispecie principale ed assorbente, mentre il dubbio viene in considerazione solo nelle ipotesi ad essa residuali [90]. Inoltre, l'errore deve essere sempre comune, invece il dubbio è sufficiente che sussista nella mente dell'agente che esamina prudentemente la questione [91], in quanto le ragioni di probabilità che fondano il giudizio del singolo individuo sono parimenti valide di quelle che determinano il giudizio pubblico. Secondo questa prospettiva si è ritenuto rilevante non solo il *dubium iuris*, che coinvolge in modo generale tutte le fattispecie rientranti nella norma, ma anche il *dubium facti* relativo ad un singolo fatto concreto [92].

In definitiva, le fattispecie dell'errore e del dubbio pur costituendo due diversi stati della coscienza pubblica e privata, si possono assimilare sotto il profilo della causa giustificativa di validità degli atti compiuti sul loro presupposto, in ragione del principio per cui la comunità e i singoli nell'ambito di essa non possono essere gravati di un onere di certezza oltre quello che può essere ragionevolmente richiesto.

Il can. 144 del Codice del 1983 ha risolto le controversie dottrinali accogliendo nel significato più ampio i presupposti dell'*error communis, «de facto aut de iure»*, e del *dubium positivum et probabile «sive iuris sive facti»*. Inoltre nel § 2 prevede l'applicazione del principio alla facoltà di amministrare la confermazione (cann. 882 e 883), di confessare (can. 883) e di assistere alla celebrazione dei matrimoni sia per potestà ordinaria (can. 1108) sia per delega generale e particolare (can. 111 § 1) [93]. Tuttavia, nel § 1 limita la supplenza

---

[90] P. Fedele, *Il funzionario di fatto nel diritto canonico*, cit., p. 372.

[91] In un primo tempo la maggioranza della dottrina riconosceva la rilevanza della sola probabilità pubblica (o dubbio comune). Successivamente prevalse la tesi opposta, confortata anche dalla lettera del can. 209 del CJC 1917 che non pone restrizioni nei confronti della probabilità privata (o dubbio privato). Sulla discussione si veda: F. Wernz-P. Vidal, *Ius canonicum*, cit., pp. 443-444; P. Fedele, *Il funzionario di fatto nel diritto canonico*, cit., pp. 371-372; L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., pp. 87-89.

[92] Sui contrasti dottrinali relativi all'estensione della supplenza all'ipotesi del *dubium facti* si vedano gli Autori citati nella nota precedente.

[93] In questo senso fanno propendere sia il testo del can. 1111 § 1, ove non si distingue tra le due forme di delega, sia i lavori preparatori del canone. Si veda:



di giurisdizione alla sola *potestas regiminis exsecutiva*, con esclusione della *potestas legislativa et iudicialis* [94]. Si tratta di una disposizione di notevole importanza, in quanto esprime la volontà del legislatore supremo di innovare la disciplina dell'istituto rispetto alla dottrina tradizionale ed alla precedente normativa [95], in base ad una valutazione più approfondita delle garanzie che devono informare l'esercizio dei pubblici uffici per corrispondere alle istanze individuali e comunitarie della persona ed alla funzione sacramentale dell'intero ordinamento [96]. L'interprete, pertanto, deve prendere atto di questa precisazione e giustificare le ragioni ed il funzionamento della supplenza con riferimento esclusivo alla natura della potestà esecutiva, non di quella legislati-

---

*Communicationes*, 10 (1978), pp. 90-92. Poiché l'*ordinatio in sacris* non è un requisito essenziale di diritto divino per la validità della *facultas assistendi matrimonio*, che ha natura di pubblico potere certificativo, non si esclude l'applicazione della supplenza all'ipotesi di esercizio di fatto da parte di un laico. Cfr. L. Musselli, *Sulla validità del matrimonio canonico*, cit., pp. 156-160; L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., p. 65.

[94] Non operando per queste funzioni la norma eccezionale di supplenza, si applica il principio generale della invalidità degli atti del *praelatus de facto*. Per quanto riguarda la sentenza giudiziale, il vizio del difetto di potestà viene equiparato a quello di incompetenza assoluta dell'organo giudicante che determina la nullità insanabile del provvedimento (can. 1620, n. 1) (J.M. Serrano Ruiz, *La querela nullitatis*, in *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, p. 361). Sulla peculiare concezione ontologica della competenza in diritto canonico come «giurisdizione nel caso concreto» si veda: J. Ochoa, *I titoli di competenza*, in *Il processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 68-72.

[95] Si è sottolineato come l'istituto della supplenza sia un principio di diritto positivo umano e quindi la sua vigenza ed estensione dipendono dalla statuizione discrezionale dell'autorità ecclesiastica (L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata*, cit., pp.105-106). Sul valore 'relativo' o 'elastico' dei principi positivi che regolano l'esercizio della *potestas regiminis* in rapporto al dover essere della costituzione materiale della Chiesa si veda: S. Gherro, *Privilegio, bene comune e interesse privato*, Padova 1977, pp. 119-124.

[96] Dall'esame della discussione che ha accompagnato la redazione del canone, si evince come l'esclusione della supplenza nella potestà legislativa e giudiziaria sia stata determinata dal motivo che: «*omne fere de competentia dubium etsi positivum et probabile in Superioris et auctoritatis favorem resolutum esset, magno cum iuris personae detrimento*» (*Communicationes*, 1990 (22), p. 27). La necessità di evitare conseguenze pregiudizievoli ai diritti dei fedeli aveva indotto i Consultori a restringere la portata del principio alla sola potestà esecutiva '*gratiosa*', definizione che è stata invece omessa nella formulazione definitiva.

va e giudiziaria, per le quali il Codice ha considerato prevalenti altri valori [97].

Di conseguenza, la struttura onto-fenomenologica della supplenza di giurisdizione si coglie attraverso una complessiva considerazione del rapporto tra finalità pratiche dell'istituto e principi giuridici specifici dell'organizzazione sociale di governo, che a loro volta sono subordinati alla realizzazione del fine ultimo di salvezza della missione ecclesiale. Sotto il profilo teleologico generale, l'intervento straordinario della Chiesa è determinato da una ragione di pubblica utilità, che si giustifica sul piano escatologico in ordine alla norma suprema della *salus animarum*, mentre sotto il profilo funzionale specifico corrisponde ad una precisa *ratio* tecnica che spiega i criteri e le modalità del suo operare in conformità alle regole e valori propri del sistema giuridico.

Appunto questa peculiare struttura tecnico-giuridica della supplenza di giurisdizione non appare sufficientemente chiarita dalle interpretazioni emerse sinora in dottrina, nessuna delle quali risulta pienamente convincente [98]. Si è rilevato, correttamente, come gli effetti della supplenza si verifichino *ipso facto*, in forma automatica e preventiva, per impedire le stesse conseguenze del difetto di potere, poiché il diritto positivo non potrebbe sanare *ex post* un atto perfezionatosi invalidamente [99]. Tuttavia si discute sul modo in cui si provvede alla mancanza della necessaria potestà nel ministro.

Secondo l'opinione tradizionale, la Chiesa supplisce in via preventiva al difetto di giurisdizione dell'agente secondo lo schema della delega *a iure* [100].

---

[97] Il regolamento di queste funzioni è ispirato a più rigide garanzie, sia sotto il profilo del funzionamento, per il rigoroso rispetto del principio di legalità, sia sotto il profilo dell'organizzazione, per i criteri restrittivi nell'ammettere la delega di poteri (can. 135 §§ 1 e 2). Sulla rilevanza in diritto canonico del principio di legalità nell'esercizio delle funzioni della *potestas regiminis*, si veda: J. Herranz, *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, Milano 1990, pp. 111-169.

[98] Nessun chiarimento decisivo ha portato né la formulazione del can. 144, che per volontà dei Consultori ha voluto evitare ogni definizione o spiegazione e rimetterle alla dottrina, né la discussione nella Commissione di revisione, che non raggiunge un accordo sulla natura della supplenza, limitandosi a confermare la locuzione tradizionale. Alcuni componenti di essa sottolineano, peraltro, conformemente all'opinione dominante, come non si tratti di una '*sanatio a iure*', che interverrebbe dopo la confezione di un atto già invalido, quanto di un intervento preventivo di delegazione (*Communicationes*, 1990 (22), p. 26).

[99] L. Bender, con riferimento all'assoluzione sacramentale e al matrimonio, afferma: «*semel invalide positi, nulla potestate humana convalidari possint*» (*Potestas ordinaria et delegata*, cit., p. 108).

[100] A. Vermeersch-J. Creusen, *Epitome iuris canonici*, cit., p. 268; F. Wernz-P.



La potestà supplita si distingue da quella abituale connessa ad una valida investitura in quanto viene conferita transitoriamente *in singulis casibus* ed *in ipso actu*, cosicché non la si possiede prima dell'azione né la si conserva dopo. A questa tesi si può contestare la differenza di struttura tra le fattispecie di delega *a iure* [101] e quella di supplenza di giurisdizione [102]. Nella prima, sul presupposto dei requisiti di necessità ed urgenza, il ministro riceve il potere e lo esercita in modo pienamente conforme al diritto positivo; nell'altra, invece, il funzionario presunto rimane comunque in una condizione *contra legem*, poiché l'intervento della Chiesa è diretto esclusivamente a rendere validi i risultati dell'attività e non a regolarizzare il comportamento dell'agente [103].

Secondo una tesi opposta, la supplenza non si realizza mediante la concessione di potere al ministro, bensì attraverso l'intervento immediato e diretto della Chiesa, che in forza del proprio *ius nativum* ad esercitare in ogni modo possibile la potestà di giurisdizione, si sostituisce al soggetto umano e convalida *ipso iure* l'atto compiuto [104]. Il potere supplito risulta quindi una forma straordinaria di giurisdizione, che non è posseduta da alcun funzionario ma viene disposta direttamente dall'istituzione ecclesiastica a prescindere

---

Vidal, *Ius canonicum*, cit., po. 439-440; F. Cappello, *Summa iuris canonici*, cit., p. 237; L. Bender, *Potestas ordinaria et delegata*, cit., pp. 103-104; L. Chiappetta, *Il codice di diritto canonico*, cit., p. 197; V. De Paolis, *Il libro primo del Codice: Norme generali (cann. 96-203)*, in *Il diritto nel mistero della Chiesa*, I, Roma 1986, p. 400.

[101] Sono ipotesi di delega *a iure* l'assoluzione sacramentale in pericolo di morte (can. 888 CJC 1917 - can. 976 CJC 1983) e la dispensa da alcuni impedimenti matrimoniali in circostanze eccezionali (can. 1043 e 1044 CJC 1917 - cann. 1079 e 1089 CJC 1983).

[102] L. Spinelli sottolinea la diversità degli stati d'animo dei protagonisti attivi e passivi dell'atto: nella delega i soggetti sono consapevoli del beneficio concesso dal diritto, mentre nella supplenza possono essere in buona fede ovvero operare dolosamente contro il diritto (*La supplenza di giurisdizione*, cit., pp. 58-59). Si veda anche E. Labandeira, *Tratado de derecho administrativo canonico*, Pamplona 1988, pp. 197-199.

[103] Una conferma al fatto che non venga concesso alcun potere a chi ne è privo si ricava dalla possibile qualificazione di illiceità della sua condotta: se acquistasse davvero il potere al momento in cui compie l'atto, non sarebbe più in contrasto con la regola e pertanto non sorgerebbe più questione del suo stato di peccato (L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., p. 56).

[104] L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., pp. 39-58; P.A. D'Avack, *Autorità ecclesiastica*, cit., p. 495; E. Labandeira, *Tratado de derecho administrativo canónico*, cit., p. 199.

dalla partecipazione dell'ufficio da cui proviene l'atto, e si attiva solo in singole circostanze eccezionali e per singoli casi che fuoriescono dalle normali competenze[105]. Di conseguenza, il funzionario presunto rimane estraneo al meccanismo di supplenza dell'ordinamento, in quanto pone solo la causa materiale, mentre la causa formale deriva dal diritto[106].

A questa impostazione si può obiettare come una supplenza che operi non sull'agente ma sul fatto compiuto non possa sopperire in via preventiva al difetto di giurisdizione, ma intervenga solo successivamente, nel senso quanto meno logico se non temporale, a rimediare ad un atto già di per sé invalido. Ma tale sanatoria *ex post*, si è visto, esorbita dai poteri di disposizione del diritto positivo della Chiesa. Inoltre, suscita qualche perplessità la riduzione del ministro a semplice strumento passivo per la realizzazione di effetti prodotti automaticamente dall'ordinamento. Siffatta concezione sembra infatti contrastare con la natura specifica della potestà di giurisdizione che, a differenza della potestà d'ordine, «pur attingendo da Cristo la sua virtù e la sua ragion d'essere, possiede un suo proprio procedimento umano che fa di chi n'è investito un esecutore responsabile, una causa seconda, come dicono i teologi»[107].

Un'altra interpretazione viene fornita dalla dottrina che sostiene la soggettività autonoma dell'ufficio ecclesiastico rispetto alla persona del suo titolare[108]. Secondo questa tesi, l'atto del funzionario di fatto viene considerato un'emanazione della competenza astratta ed oggettiva dell'ufficio, che esiste

---

[105] L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., pp. 41 e 54. Si veda anche: Id., *Considerazioni sul potere ecclesiastico di giurisdizione*, in *Studi in onore di V. Del Giudice*, Milano 1953, pp. 378-380.

[106] E. Labandeira, *Tratado de derecho administrativo canónico*, cit., p. 199.

[107] Paolo VI, *Allocuzione alla Rota Romana*, 27 gennaio 1969, in *AAS* LXI (1969), pp. 174-175. Sull'argomento si vedano: P. Lombardia, *Lezioni di diritto costituzionale canonico*, Milano 1985, pp. 107 e 125; J. Hervada, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, pp. 234-236.

[108] La nozione dell'ufficio come *ens iuridicum «stabiliter constitutum... quod vitam et existentiam in iure ducit independenter ab eo qui illud constituit et pariter ab eo qui nunc ipso gaudet»* risale a Ph. Maroto (*Institutiones iuris canonici*, cit., p. 547) e venne accolta e sviluppata da M. Petroncelli, *Contributo alla personalità dell'ufficio sacro nell'ordinamento canonico*, in *Festschrift Stutz*, Stuttgart 1939, pp. 389-412; A. Restivo, *Personalità dell'ufficio nell'ordinamento canonico*, Palermo 1942; P.G. Caron, *Natura del rapporto tra ufficio ed organo del diritto canonico*, in *Raccolta di Scritti in onore di A.C. Jemolo*, 1963, I, t. 1, pp. 111-163.



ed è sempre efficiente anche in mancanza del legittimo titolare[109]. Invero, il principio giuridico che astrae l'atto dalla persona fisica e lo riferisce all'organo istituzionale, permette di mantenere valida l'azione nonostante il difetto di potere dell'agente, e tuttavia non spiega la ragione per cui l'operato di un soggetto estraneo, privo di legittimazione, debba essere imputato all'ente che ha competenza in materia[110]. Inoltre, questa impostazione sembra difficilmente applicabile alla molteplicità ed elasticità di forme in cui si organizza ed esercita la giurisdizione nella Chiesa, ove gli incarichi e le competenze alle persone vengono attribuiti secondo una varietà di tecniche, non sempre riconducibili al rigido schema dell'investitura ad un ufficio oggettivamente precostituito[111].

Un'ultima tesi esclude che si tratti di una supplenza propriamente detta, verificabile solo nei rapporti interorganici[112], e propone nel caso di errore comune la figura della convalida, mentre nel caso di dubbio positivo e probabile lo schema della proroga eccezionale di competenza, in quanto il ministro riceve dalla legge il potere di operare oltre i limiti delle sue normali attribuzioni[113]. Questa impostazione ha il pregio di sottolineare la peculiare natura della giurisdizione dubbia rispetto a quella falsa, ma ad essa si può obiettare la diversità di struttura della fattispecie di *prorogatio* dei poteri elaborata dalla dottrina pubblicistica. Infatti, secondo la nozione tradizionale, la stessa non

---

[109] «La posizione del funzionario di fatto... non è, quindi, dissimile da quella del facente funzione dell'ufficiale assente, nel caso di vacanza» (P.G. Caron, *Natura del rapporto tra ufficio ed organo del diritto canonico*, cit., p. 134). Il principio della validità degli atti *ratione officii* viene affermato anche da P. Fedele, *Il funzionario di fatto nel diritto canonico*, cit., p. 379.

[110] Si è visto in precedenza come tale principio fosse già stato esposto da Innocenzo IV, il quale però deduceva la presunta (meglio fittizia) legittimazione del *praelatus de facto* dalla *confirmatio auctoritatis superioris* connessa al possesso del *titulus coloratus*, secondo un'impostazione autoritaristica non più accolta dall'odierna dottrina.

[111] Si veda, per esempio, l'ipotesi della delega «*quae ipsi personae non mediante officio conceditur*» (can. 131 § 1), ovvero alle facoltà abituali conferite per le speciali caratteristiche della persona (can. 132). Sulle diverse tecniche di *missio canonica* si veda: P. Lombardia, *Lezioni di diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 156-163.

[112] J.A. Souto, *La noción canonica de oficio*, Pamplona 1971, p. 269.

[113] J.A. Souto, *La noción canónica de oficio*, cit., pp. 269-270; P. Lombardia, *Lezioni di diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 162-163.

riguarda l'ampliamento di competenza dell'ufficio, bensì la prosecuzione transitoria dell'esercizio dei poteri da parte del funzionario legittimamente costituito e scaduto dall'incarico, nei limiti del precedente mandato e fino all'insediamento del successore [114].

In conclusione, si deve prendere atto della difficoltà di inquadrare l'istituto della supplenza di giurisdizione secondo le ordinarie categorie giuridiche e della conseguente necessità di proporre concettualizzazioni più adeguate ai principi costituzionali che informano l'organizzazione ed il funzionamento della *potestas regiminis exsecutiva* nella Chiesa.

## 3. Il problema nell'ordinamento dello Stato.

L'analisi dei principi dell'organizzazione statuale viene svolta con particolare riferimento all'ordinamento italiano, che ha fornito l'occasione di uno studio più approfondito [115].

Si può innanzitutto constatare come non esista nel complesso normativo una disposizione generale che regoli in modo universale le ipotesi di esercizio abusivo delle pubbliche funzioni, ma siano contemplate solo previsioni eccezionali che, come tali, non possono essere estese oltre il caso disciplinato espressamente [116]. Al contrario, il sistema appare ispirato ad una massima op-

[114] L'istituto è conosciuto anche nell'ordinamento canonico. Un'applicazione particolare viene fatta nel can. 142 § 2.

[115] Oltre ai manuali di esposizione generale del diritto amministrativo e costituzionale, hanno trattato specificamente l'argomento dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni: C. Vitta, *Il funzionario di fatto*, in *Riv. Dir. Pubbl. Giur. Amm.*, 1923 (I), pp. 473-558; A. Agostinelli, *Il possesso e il funzionario di fatto*, Piacenza 1925; A. Malinverni, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Nss. Dig. It.*, XIV, pp. 581-582; G. Miele, *Funzionario pubblico, ivi*, VII, pp. 684-686; R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, in *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, Milano 1965, pp. 116-196; S. Terranova, *Funzionario (diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, pp. 285-288; L. Galateria, *Il funzionario di fatto*, in *Informazione Previdenziale*, 1988 (IV), pp. 421-424; G. Vacirca, *Funzionario*, in *Enc. Giur.*, XIV.

[116] L'unica disposizione legislativa disposta in via preventiva e astratta è l'art. 113 del Codice civile, che riguarda la celebrazione del matrimonio avanti ad un apparente ufficiale di stato civile. Altri provvedimenti appositi sono stati invece adottati in via successiva per regolare accadimenti straordinari di rottura dell'assetto costituzionale, quali il D. lg. lgt. 5 ottobre 1944, n. 249 per gli atti della Repubblica Sociale Italiana, RR.DD.LL. 11 febbraio 1944 n. 31 e 20 luglio 1944 n. 162,



posta che esclude *a priori* qualsiasi ingerenza estranea nello svolgimento degli affari pubblici, quale si può desumere dalla rigorosa applicazione del principio di legalità nell'organizzazione degli uffici e dalla minuziosa regolamentazione delle procedure amministrative nell'esplicazione dei pubblici poteri [117]. Pertanto, in assenza di una esplicita norma derogatrice, non si può concettualizzare nell'ordinamento statuale, a differenza di quello della Chiesa, una regola assoluta di supplenza di giurisdizione, ma solo una generica figura di funzionario di fatto in cui vengono ricomprese molteplici fattispecie, fondate su vari presupposti e che producono diverse conseguenze [118].

La soluzione del problema è quindi affidata alle costruzioni teoriche elaborate dalla dottrina ed ai criteri pratici individuati dalla giurisprudenza in rapporto alle singole fattispecie. Tuttavia, la carenza sia di indicazioni legislative sia di una tradizione unitaria come nel diritto canonico, provoca profonde divergenze di opinioni tra gli autori circa il significato della nozione di funzionario di fatto, l'ambito di applicazione, i criteri per l'imputazione dell'attività allo Stato, gli effetti sui rapporti sia tra i terzi e l'istituzione pubblica, sia tra questa e l'agente. La giurisprudenza, invece, tende ad assumere un indirizzo uniforme che accoglie nel modo più estensivo la figura del funzionario di fatto e adotta il criterio empirico del 'fatto compiuto', ispirato al principio della massima conservazione dell'attività qualora non si opponga un interesse specifico del destinatario o dell'ente pubblico [119].

Tale situazione frammentaria e contrastata dei diversi pareri rende difficile un'esposizione sintetica della disciplina nell'ambito del diritto ammini-

per gli atti delle autorità alleate occupanti. Circa la non applicazione in tali ipotesi dei principi sul funzionario di fatto si vedano: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1988, p. 289; G. Vacirca, *Funzionario*, cit., p. 2; R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 142-143.

[117] Sulla inammissibilità della gestione di affari altrui nell'attività degli enti pubblici per l'esistenza di una generale *prohibitio domini*, si veda: A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli 1982, p. 155. Invece, per la sua ammissibilità riguardo ai soli rapporti patrimoniali tra amministrazione e *negotiorum gestor* si vedano: R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 153-160; A. Barettoni Arleri, *Gestione affari altrui (Diritto amministrativo)*, in *Enc. del Dir.*, XVIII, pp. 678-681.

[118] Per un'ampia casistica si vedano: C. Vitta, *Il funzionario di fatto*, cit., pp. 486-490; R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 129-139.

[119] Consiglio di Stato, VI Sez., 28-9-1971, n. 712, in *Consiglio di Stato*, 1971 (I), pp. 1627-1632. Si veda anche: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 287.

strativo [120]. Invece per la funzione giurisdizionale vi è una convergenza di opinioni [121] nell'affermare una stretta applicazione del principio di legalità, in considerazione delle particolari garanzie che informano la costituzione dell'organo giudicante [122].

I requisiti che per opinione comune qualificano le diverse fattispecie di funzionario di fatto sono: sotto il profilo oggettivo, un'azione propria del potere amministrativo svolta da un soggetto privo di regolare investitura, in modo effettivo, cioè con esclusione del legittimo titolare, e pacifico, cioè senza pubblica protesta o contestazione dell'ente pubblico [123]; sotto il profilo soggettivo, l'intenzione dell'agente di riferire l'attività alla Pubblica Amministrazione, manifestata dal fatto di spendere il nome di questa. Questa figura viene

---

[120] Secondo alcuni Autori (A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 200-202 e M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 285) i principi del diritto amministrativo valgono anche per quello costituzionale.

[121] V. Denti, *Inesistenza degli atti processuali civili*, in *Nss. Dig. It.*, VIII, pp. 635-638; E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano 1984, p. 238. Per la giurisprudenza si veda: Cass. Sez. un. 8 novembre 1971, n. 3151; Cass. Sez. un. 18 dicembre 1975, n. 4165; Cass. Sez. un. 3 giugno 1978, n. 2774; Cass. Sez. lav. 25 gennaio 1980, n. 625; Cass. Sez. un. 2 ottobre 1980, n. 5339.

[122] Dottrina e giurisprudenza prospettano due diverse ipotesi di vizi che possono inficiare il titolo di investitura all'ufficio giudiziale. Quando esiste un formale atto di nomina emanato dall'autorità competente, se questo è irregolare per qualsiasi vizio o se è irregolare la costituzione dell'organo giudicante, l'attività è nulla in modo assoluto e rilevabile d'ufficio ex art. 157 c.p.c. per difetto di legittimazione nella *potestas iudicandi*. Tuttavia, il vizio non è così radicale da privare l'organo del carattere giurisdizionale e pertanto la sentenza non si sottrae al principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame per combinato disposto degli artt. 158 e 161 c.p.c., potendo così restare sanata in mancanza di impugnazione.

Quando invece vi è una carenza totale di legittimazione per la mancanza dell'atto di nomina, o l'assoluta inidoneità dei componenti il collegio, ovvero per l'alterazione della composizione numerica o per difetto di altri elementi costitutivi venga meno la coincidenza dell'organo con quello previsto dalla legge come dotato di *potestas iudicandi*, la sentenza è considerata inesistente per difetto di giurisdizione, in quanto non provenendo da chi riveste la qualità di giudice nell'ordinamento non solo viola i limiti stabiliti dalle norme sulla giurisdizione, ma non può essere neppure ricollegata all'autorità dello Stato.

[123] Tale condizione non è esclusa dall'esistenza di controversie sul titolo avanti la legittima autorità giudiziaria o amministrativa, fino a quando non sopraggiunga una dichiarazione definitiva di invalidità (C. Vitta, *Il funzionario di fatto*, cit., p. 531).



quindi rigorosamente distinta da altre situazioni solo apparentemente simili, quali il vizio di incompetenza assoluta [124], la proroga di competenza [125], e l'esercizio privato di pubbliche funzioni [126].

Secondo l'impostazione logica deducibile dall'elaborazione giuspubblicistica, il problema del funzionario di fatto deve essere suddiviso in due questioni complementari. Quella preliminare riguarda la possibilità di imputare o meno alla Pubblica Amministrazione l'operato dell'agente di fatto, a seconda che venga considerato prevalente il principio che vieta l'ingerenza di estranei nelle pubbliche funzioni, ovvero quelli contrapposti della necessaria continuità dell'attività amministrativa o dell'affidamento del cittadino. L'altra, conseguenziale, concerne il quesito della validità dei singoli atti compiuti: se questi valgano in modo assoluto o se invece siano condizionati all'inesistenza di un interesse ad annullarli. Anche in questo caso la soluzione dipende dall'importanza attribuita al principio di conservazione o a quello di legalità. In relazione alla prima questione sembra più corretto distinguere ulteriormente, sotto il profilo oggettivo, l'attività del soggetto privo di qualsiasi titolo di investitura (vera attività *de facto*), da quella del funzionario provvisto di un titolo invalido o inefficace, che in forza della presunzione di legittimità del provvedimento di investitura, deve considerarsi attività *de iure* fino all'accertamento definitivo dell'invalidità del titolo [127]. Di conseguenza, il problema della impu-

---

[124] Nel vizio di incompetenza assoluta il funzionario è regolarmente istituito ma esorbita dalle attribuzioni del ramo di amministrazione cui appartiene il suo ufficio o dello stesso potere amministrativo, e quindi l'atto viene considerato inesistente, non tanto perché manca l'apparenza di legalità (C. Vitta, *Il funzionario di fatto*, cit., p. 512) quanto perché ha usato di un potere di cui non poteva disporre (A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 593). Invece, nelle funzioni di fatto l'atto rientra nella competenza dell'ufficio impegnato e pertanto viene ad esso imputato, ancorché il titolare vi sia insediato invalidamente.

[125] Sulla diversità di struttura della *prorogatio*, si veda il precedente paragrafo. L'istituto viene considerato un principio generale dell'ordinamento, che si applica in tutti i casi in cui non è disposto diversamente, al fine di garantire la continuità nell'esercizio delle pubbliche funzioni. Si veda: R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 184-186; A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 200; L. Galateria, *Il funzionario di fatto*, cit., pp. 421-422.

[126] In tale fattispecie il soggetto privato è abilitato, in base ad un titolo specificamente previsto dalla legge, ad esercitare determinati poteri pubblici ma in nome proprio, per cui l'attività non è considerata amministrativa e non viene imputata all'ente pubblico. Si veda: A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., pp. 498-502.

[127] Si sottolinea come la contrapposizione tra azione amministrativa *de iure* o

tazione si prospetta solo nel primo caso, mentre nel secondo gli atti vengono senz'altro riferiti all'ente pubblico, sebbene siano suscettibili di successivo annullamento.

La fattispecie di ingerenza nei compiti pubblici senza un titolo legittimo, si può verificare per vari motivi: la necessità di rimediare ad una situazione di carenza degli uffici ordinari, altri scopi altruistici conformi al dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 della Costituzione, oppure per fini illeciti. La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritengono che anche l'attività dell'usurpatore possa rientrare nella figura del funzionario di fatto, in quanto mantengono distinta la qualifica penalistica del comportamento illecito dagli effetti prodotti per l'esercizio arbitrario di pubblici poteri [128]. Nell'ambito del sistema di organizzazione amministrativa le conseguenze riguardano sia i rapporti personali tra l'agente e la pubblica amministrazione [129], sia quelli pubblici tra l'ufficio impegnato dal funzionario presunto e i terzi coinvolti nella sua attività.

Sulla rilevanza di questi ultimi, si fronteggiano due opinioni radicalmente contrapposte. Secondo una prima tesi i singoli atti devono essere conservati e riferiti all'ente pubblico per il sorgere di un rapporto organico di fatto con

---

*de facto* non riguardi la sua conformità o meno alla legge, quanto la legittimazione dell'agente a riferire l'operato all'ente in nome del quale ha agito (R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 123-124; S. Terranova, *Funzionario*, cit., p. 287).

[128] A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., pp. 201-202; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 286. Di contro, alcuni Autori ritengono che il principio non possa applicarsi all'ipotesi di attività sovversiva diretta a impadronirsi del potere contro il governo legittimo, in quanto manca l'intenzione dell'agente di riferire l'operato all'ordinamento preesistente. Gli atti sono dunque validi solo per il governo di fatto, non per quello legittimo che, una volta ripristinato, potrà eventualmente appropriarsi dei risultati con apposita ratifica (C. Vacirca, *Funzionario*, cit., p. 2). In senso analogo: R. Lucifredi (*Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 124-126), che sostiene non si possa parlare in queste ipotesi di attività amministrativa in senso sostanziale, per mancanza dell'elemento soggettivo.

[129] Si discute se in capo al funzionario si costituisca un rapporto di servizio di fatto, con diritto alla retribuzione (G. Miele, *Funzionario pubblico*, cit., p. 685) oltre che al rimborso spese (A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 223); ovvero si producano solo conseguenze patrimoniali tutelate dall'*actio contraria* di *negotiorum gestio* (R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., p. 155) o da quella generica di ingiustificato arricchimento.



il funzionario in questione [130], qualora ricorrano, in via alternativa, due diversi presupposti. L'uno è lo stato di necessità e di urgenza verificatosi in seguito a circostanze eccezionali che hanno reso impossibile il regolare svolgimento di funzioni essenziali ed indifferibili da parte degli organi competenti, anche quando i terzi fossero stati a conoscenza della mancanza di investitura [131]. L'altro è la situazione di apparente legalità nell'esercizio degli affari pubblici determinata da circostanze oggettive e univoche tali da dare ai destinatari dell'atto un ragionevole motivo per credere nella competenza dell'agente [132]. Per la tesi opposta [133], invece, tali presupposti non sono idonei a scriminare l'opera del funzionario di fatto che rimane un'attività di natura privata, efficace solo nei rapporti tra l'agente e i terzi, mentre è priva di rilevanza nei confronti della pubblica amministrazione, salvo che lo Stato non decida di ratificarla espressamente per legge o con provvedimento amministrativo [134].

---

[130] A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 202; L. Galateria, *Il funzionario di fatto*, cit., p. 423.

[131] A.M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 201; G. Miele, *Funzionario pubblico*, cit., p. 685; L. Galateria, *Il funzionario di fatto*, cit., p. 422.

[132] Espressione di tale principio è l'art. 113 del Codice civile che si applica solo sul presupposto dell'apparenza e della buona fede di entrambi gli sposi. Invece, nelle ipotesi eccezionali di necessità ed urgenza si ricorre, per opinione comune, al precedente principio, e si prescinde quindi dalla buona fede (L. Galateria, *Il funzionario di fatto*, cit., p. 423).

[133] C. Vitta, *Il funzionario di fatto*, cit., pp. 514-522; A. Agostinelli, *Il possesso e il funzionario di fatto*, cit., p. 16 e pp. 42-43; R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 141-160; S. Terranova, *Funzionario*, cit., pp. 287-288; P. Virga, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1989, p. 89.

[134] Le motivazioni addotte a sostegno di questa tesi sono varie. Da un lato, si richiamano le disposizioni positive emanate dallo Stato italiano nel dopo-guerra quando provvide a regolare l'efficacia degli atti delle autorità occupanti (R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., p. 143; S. Terranova, *Funzionario*, cit., p. 284). Dall'altro, si contesta il valore della buona fede, sia perché non è una ragione sufficiente per fondare il sorgere di effetti giuridici (A. Agostinelli, *Il possesso e il funzionario di fatto*, cit., pp. 23-28), sia perché la tutela dell'affidamento non è un principio generale che si possa estendere per analogia oltre i casi espressamente previsti dall'ordinamento. (Sull'argomento si veda: E. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970, particolarmente pp. 129-139). Infine, si nega allo stato di necessità la natura di fonte di diritto, evidenziando al contrario il carattere eccezionale delle poche ipotesi contemplate dalla legge, nonché il pericolo di abusi che potrebbero sorgere da una sua ammis-

La fattispecie di esercizio delle funzioni in base ad un titolo effettivamente conferito ma invalido, fin dall'origine o per un evento successivo, comprende ogni ipotesi di irregolarità che riguardi sia l'investitura ad un ufficio, sia la delega per lo svolgimento di particolari poteri. In questo caso gli atti sono senz'altro riferiti alla Pubblica Amministrazione e quindi sorge solo la questione relativa alla loro validità. La tesi che ritiene applicabile in via generale il principio di tutela dell'affidamento considera validi ed efficaci gli atti compiuti fino al momento dell'esautorazione dell'agente dall'ufficio [135]. L'opinione che al contrario rigetta tale principio sostiene che si debbano applicare i principi generali in tema di annullabilità dell'atto amministrativo per vizio di legittimità [136] o di incompetenza [137]. Di conseguenza l'operato viene considerato pienamente valido solo in assenza di una iniziativa pubblica o privata diretta ad eliminarlo, ovvero quando questa sia divenuta impossibile per la sopravvenuta inoppugnabilità dell'atto [138].

Analoghe considerazioni possono svolgersi per la fattispecie di funzionario provvisto di titolo inefficace, fin dall'origine o per fatto sopravvenuto, nei casi in cui non si applichi la regola della proroga di competenza. Peraltro, se interviene un provvedimento di integrazione di efficacia del titolo, gli atti compiuti *medio tempore* vengono sanati *ex tunc* [139].

In conclusione i criteri cui si ispirano le diverse opinioni possono ricondursi a tre principi fondamentali. Innanzitutto, il principio di legalità formale, che non consente alcuna deroga alle norme generali sull'invalidità degli atti amministrativi illegittimi e viene temperato unicamente dall'espediente pratico di subordinare l'annullamento ad un preciso interesse del soggetto pubblico o privato, mantenendo quindi fermo solo l'atto non più impugnabile (c.d. teoria del fatto compiuto).

Poi, il principio dello stato di necessità ed urgenza che ammette, in occasione di eventi straordinari, la possibile ingerenza di soggetti estranei nello svolgimento di pubbliche funzioni essenziali ed indifferibili. Tali circostanze costituiscono un titolo eccezionale di legittimazione all'esercizio dei poteri da parte del funzionario di fatto, in ragione del principio intrinseco al sistema che impone di garantire la continuità dei servizi pubblici, nell'interesse non solo dei privati ma anche dell'amministrazione [140].

Infine, il principio di tutela della buona fede dei terzi destinatari dell'atto, che hanno confidato nell'esistenza dell'apparente titolo di legittimazione dell'agente. A fondamento di tale criterio viene richiamato il concetto di apparenza elaborato nell'ambito del diritto privato [141], composto da due elementi: la base oggettiva, che poggia su univoche circostanze di fatto tali da manifestare come vero un rapporto organico non corrispondente alla realtà giuridica, e il coefficiente soggettivo, costituito dal ragionevole affidamento del destinatario passivo e determinato da un errore obiettivamente scusabile, in concorso con la sua buona fede [142]. L'operato del funzionario di fatto viene considerato rilevante esclusivamente in ragione della posizione e dell'interesse del terzo, cosicché sono ritenuti validi i soli atti che producono effetti immediati e diretti nei suoi confronti [143].

---

sione indiscriminata (R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 147-148; S. Terranova, *Funzionario*, cit., p. 288).

[135] C. Vitta, *Il funzionario di fatto*, cit., pp. 527-536; P. Virga, *Diritto amministrativo*, cit., p. 90; L. Galateria, *Il funzionario di fatto*, cit., p. 423.

[136] R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., p. 163.

[137] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 287.

[138] Si possono verificare due situazioni. Prima della dichiarazione di invalidità del titolo, gli atti devono essere impugnati insieme con il provvedimento di investitura, nei termini e modi previsti dal diritto, da parte del soggetto che ne abbia interesse, ovvero in sede di autotutela *ex officio* qualora ricorra uno specifico interesse pubblico. Dopo la dichiarazione definitiva di invalidità del titolo, gli atti compiuti *medio tempore* non sono annullati *ipso iure*, ma si richiede anche per questi un'apposita sentenza o decreto, ad istanza di parte o *ex officio* (R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 163-177).

[139] P. Virga, *Diritto amministrativo*, cit., p. 90.

[140] G. Miele, *Funzionario pubblico*, cit., p. 685.

[141] Sull'argomento si vedano: M. D'Amelio, *Apparenza del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, I, pp. 714-719; A. Falzea, *Apparenza*, in *Enc. del Dir.*, II, pp. 682-701; M. Bessone-M. Di Paolo, *Apparenza*, in *Enc. Giur.*, II. Il Codice civile prevede alcune norme che esprimono in forma 'pura' la fattispecie di apparenza, ove l'errore del terzo viene causato dalla sola situazione di fatto. (Ad esempio artt. 534, 1189, 1415 e 1416, 1729, 1835). Tali ipotesi sono però considerate eccezionali, mentre valore di principio generale viene riconosciuto da dottrina e giurisprudenza alla sola forma 'colposa', ove l'errore è provocato dal comportamento colposo o doloso del titolare reale del diritto soggettivo, contro il quale si invoca l'apparenza (A. Falzea, *Apparenza*, cit., p. 698; M. Bessone-M. Di Paolo, *Apparenza*, cit., p. 3).

[142] Nell'ordinamento positivo italiano si riconosce rilevanza all'apparenza solo in concorso con la buona fede soggettiva (A. Falzea, *Apparenza*, cit., p. 694; L. Galateria, *Il funzionario di fatto*, cit., p. 423).

[143] Consiglio di Stato, Sez. IV, 13 aprile 1949, n. 145, in *Foro Amm.*, 1969 (I), 1, pp. 299-302; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 dicembre 1962, n. 1160, in *Consiglio di Stato*, 1962 (I), pp. 2040-2043.

L'adozione di tali criteri non conduce peraltro a considerare valido in modo assoluto il complessivo operato del funzionario di fatto, ma solo i singoli atti che per la natura, la finalità e le circostanze in cui furono compiuti corrispondono ad un preciso interesse ad essere conservati. Tale interesse viene condizionato all'esistenza di diversi presupposti: la certezza nei rapporti pubblici connessa alla presunzione di legittimità dell'atto viene subordinata alla mancanza di una concreta iniziativa per eliminarlo nei termini previsti; l'esigenza di continuità delle funzioni pubbliche viene limitata ai soli provvedimenti oggettivamente urgenti ed indifferibili; l'affidamento dei terzi nell'apparenza di legalità del pubblico ufficiale viene tutelata solo in concorso con la loro buona fede soggettiva.

Inoltre, la teoria del funzionario di fatto non sana pienamente la posizione dell'agente, che rimane comunque *contra legem* [144]. Sotto il profilo del rapporto organico, nel caso in cui gli atti siano considerati validi e riferiti all'ente pubblico si deve riconoscere una legittimazione, pur sempre irregolare, dell'agente ad esercitare i poteri pubblici, nei limiti anzidetti [145]. Sotto il profilo invece dei rapporti personali l'istituto non produce alcun effetto e lascia impregiudicata la responsabilità penale, civile ed amministrativa del soggetto, da regolarsi secondo le norme apposite.

## 4. Prospettive di confronto.

Da questa sintetica esposizione della disciplina vigente nell'ordinamento canonico e in quello statale si può notare come il tema dell'ingerenza senza titolo legittimo nell'esercizio di pubbliche funzioni coinvolga problematiche complesse e di difficile soluzione. Il confronto tra i due sistemi, peraltro, evidenziando la differente impostazione, stimola a ricercarne il fondamento nei principi di organizzazione e funzionamento dei poteri pubblici propri della Chiesa e dello Stato, e pertanto può contribuire a comprendere meglio le ragioni dell'istituto in ciascun ordinamento.

Un esame preliminare rivela alcuni aspetti convergenti nella struttura del fenomeno. Sotto il profilo dell'ambito di applicazione viene considerata un'ipotesi eccezionale, che si verifica riguardo ai singoli atti, sulla base di specifici presupposti e nei confronti di determinate persone. Sotto il profilo della tecnica giuridica l'agente deve operare in nome dell'ente pubblico e nell'ambito della competenza effettiva dell'ufficio di cui esercita i poteri, in modo che l'atto venga imputato all'istituzione e non alla persona fisica. Sotto il profilo della *ratio* politica, è una disposizione derogatoria alla regola generale, ispirata da un lato al criterio di equità che mitiga nel caso concreto il rigore del diritto, dall'altro al criterio dell'utilità generale che esige la certezza nei rapporti giuridici instaurati apparentemente in forma regolare dalla pubblica autorità.

Tuttavia, un'analisi più approfondita pone in luce la prevalenza degli elementi divergenti, sia in rapporto ai presupposti di fatto, sia soprattutto all'impostazione generale.

Riguardo ai presupposti, si devono — ovviamente — prendere in considerazione le sole tesi pubblicistiche che ammettono la possibilità di deroga al principio di legalità, in base alle condizioni dello stato di necessità e di tutela dell'affidamento per confrontarle con i requisiti canonistici dell'*error communis* e del *dubium positivum et probabile*. Si rileva innanzitutto come la motivazione basata sul primo di tali presupposti sia ispirata ad una ragione tecnica che prescinde completamente dal fenomeno dell'apparenza. Lo stato di necessità, infatti, consiste in circostanze eccezionali ed urgenti di tale gravità da rendere noto a chiunque la divergenza tra situazione reale e situazione legale, cosicché è impossibile o quanto meno assai improbabile che qualcuno possa essere tratto in inganno. La causa del regime straordinario, quindi, considera soltanto l'impedimento allo svolgimento regolare dei compiti pubblici e si giustifica in virtù del principio che impone di garantire la continuità delle funzioni essenziali ed indifferibili per il bene della collettività. La diversità di fondamento rispetto all'*error communis* è rilevato anche dalla constatazione che nell'ordinamento canonico il caso urgente è preso in considerazione da altre specifiche disposizioni, quali ipotesi di delega *a iure* di potere. Si tratta, invero, di fattispecie di modifica della normale competenza dei ministeri che rispondono ad una tecnica e motivazione del tutto diverse dalla supplenza di giurisdizione [146].

Le tesi costruite invece sui presupposti dell'affidamento e dell'*error communis* sono entrambe informate al principio dell'apparenza e tuttavia differiscono tra loro per il criterio in base al quale valutano la rilevanza giuridica del falso giudizio sulla realtà [147]. La prima impostazione considera indispensabili

---

[144] La situazione apparente di fatto non crea alcuna situazione di diritto: vengono solo recuperati determinati effetti in ragione dell'interesse del terzo o dell'utilità generale (A. Falzea, *Apparenza*, cit., p. 692).

[145] P. Virga, *Diritto amministrativo*, cit., p. 90, nt. 11.

[146] Questa differenza di struttura è già stata sottolineata in precedenza, con riguardo alla posizione dell'agente che nelle une è *secundum legem*, nelle altre *contra legem*.

[147] Sul confronto tra il principio dell'affidamento e quello dell'*error commu-*

sia l'elemento oggettivo della causa univoca idonea a provocare l'inganno, sia l'elemento soggettivo della buona fede del terzo. L'indagine è quindi prevalentemente soggettiva ed individuale, volta a dimostrare la posizione concreta di ogni persona che ha partecipato all'attività del funzionario di fatto, e di conseguenza l'interesse che viene tutelato è quello del privato che ha confidato senza colpa nell'efficacia dell'atto [148]. La seconda impostazione, all'opposto, considera esclusivamente la diffusione attuale o potenziale della falsa opinione nella coscienza collettiva, cioè la reazione prodottasi nella comunità in seguito alla situazione apparente, a prescindere dalla causa materiale che le ha dato origine. All'errore del singolo viene riconosciuta rilevanza solo come indice rivelatore della *communis opinio*. Tale criterio assiologico si distingue da quello dell'affidamento, in quanto non guarda alla posizione individuale dei protagonisti dell'atto né attribuisce rilievo alla loro condizione soggettiva di mala fede, ma considera principalmente lo stato attuale e oggettivo del sentire dell'intero gruppo sociale. L'interesse tutelato, infatti, non è solo il bene particolare del privato direttamente coinvolto, ma quello generale al corretto adempimento delle pubbliche funzioni, secondo la sensibilità e le aspettative concrete della comunità in un determinato momento storico.

L'ultimo presupposto del dubbio positivo e probabile non trova un corrispondente simile nell'ordinamento statale, in quanto si collega a problemi di coscienza che trovano protezione solo nel diritto della Chiesa. Invero, a differenza dell'errore, il dubbio non deriva da alcuna situazione di falsa apparenza, poiché son ben note all'agente le motivazioni che si oppongono all'affermazione della giurisdizione. L'intervento suppletivo non avviene quindi per corrispondere alle attese dell'opinione comune, ma al fine di superare le incertezze soggettive nei casi in cui non sia possibile raggiungere un grado diverso di conoscenza e per assicurare comunque l'efficacia del potere esercitato.

Questo rilievo introduce al secondo e principale aspetto di differenziazione tra ordinamento canonico e quello statale, che riguarda l'impostazione generale dell'istituto. Infatti, pone in luce come la supplenza di giurisdizione nella Chiesa abbia una finalità non tanto formale di stabilire i criteri di imputazione dell'attività all'ente pubblico, quanto sostanziale di garantire la certezza e l'efficacia delle pubbliche funzioni, sia quando l'agente è totalmente privo di potestà, sia quando la possiede solo in modo probabile. Lo Stato, informato al rigido rispetto della legalità, è preoccupato di escludere l'ingeren-

---

*nis* si vedano: M. D'Amelio, *Apparenza*, cit., pp. 716-717; A. Falzea, *Apparenza*, cit., pp. 693-694.

[148] A. Falzea, *Apparenza*, cit., p. 697.



za di estranei dagli uffici pubblici, consentendola solo nelle fattispecie eccezionali di affidamento, quando alla caducazione dell'atto si opponga un qualificato interesse del terzo, ma solo per gli effetti immediati e diretti nei suoi confronti. La Chiesa, invece, sancisce la validità degli atti compiuti erroneamente senza titolo legittimo o nell'incertezza di operare fuori dei limiti di competenza, come un principio generale dell'ordinamento giuridico che si attua sempre su presupposti uniformi ed assicura la piena efficacia del potere di giurisdizione. La supplenza canonica si configura quindi come una norma di completamento a chiusura del sistema, diretta a regolare l'esercizio della *potestas regiminis* nei casi che fuoriescono dalle previsioni legali, in modo da evitare che il *summum ius* si traduca in una *summa iniuria* per i fedeli, ma, al contrario, siano conservati tutti i comportamenti e i profitti necessari a realizzare il loro bene [149].

Sul criterio formale di legalità prevale il criterio sostanziale di corrispondenza ai valori della missione ecclesiale, individuati con riferimento complessivo al rapporto tra fine supremo della *salus animarum* e fine specifico dell'istituto. Pertanto, ogniqualvolta si realizzino precise circostanze in base alle quali l'attività compiuta in nome della Chiesa risulti di fatto conforme sia allo scopo di salvezza soprannaturale, sia alle garanzie richieste dall'ordinamento giuridico-sociale, la Chiesa la riconosce *ex natura rei* come propria, benché sia svolta da persone non investite formalmente di potere [150]. Per quanto riguarda le esigenze specifiche da tutelare nell'organizzazione e funzionamento della *potestas exsecutiva*, si deve guardare all'obiettivo perseguito dalle

---

[149] Sulla supplenza come norma generale di giurisdizione, si vedano: L. Spinelli, *La supplenza di giurisdizione*, cit., p. 43; S. Gherro, *Supplenza della Chiesa per errore comune e «matrimonium in fieri»*, cit., p. 289.

[150] Questa efficacia sostanziale della supplenza, in rapporto ad un potere validamente esercitato a prescindere dai criteri formali di attribuzione di competenza, si evince anche dai lavori di revisione del Codice, riguardo al canone che doveva applicare specificamente il principio alla celebrazione del matrimonio, ma successivamente venne espunto dalla stesura definitiva e la trattazione della materia fu demandata alla norma generale sulla *potestas regiminis*. La prima formulazione prevedeva la sanazione *in radice* del matrimonio celebrato davanti a un ministro irregolare e a due testimoni, senza neppure richiedere il presupposto dell'*error communis*. Tale espressione piaceva per la sua chiarezza in quanto sottolineava con certezza la validità incondizionata del negozio. Tuttavia venne preferita una seconda formulazione, che stabiliva la condizione dell'*error communis*, non tanto perché dallo stesso derivasse la facoltà di assistere le nozze, quanto perché costituiva un criterio oggettivo di correttezza che evitava i possibili abusi dell'istituto (si veda: *Communicationes*, 1978 (10), p. 90).

disposizioni sull'attribuzione della *missio canonica*, vale a dire la necessità di regolare in modo armonico e sicuro l'esercizio combinato di una medesima funzione distribuita tra più organi e persone [151]. Sebbene nelle fattispecie di supplenza di giurisdizione siano state violate queste norme sulla competenza, l'ordinamento riconosce tuttavia che i presupposti di fatto dell'errore comune e del dubbio positivo e probabile garantiscono sostanzialmente le medesime condizioni di ordine e certezza, valutate non astrattamente in base alle disposizioni di legge, ma concretamente in rapporto alle opinioni e aspettative della comunità intera [152]. Non si tratta, giova ripeterlo, di proteggere la buona fede soggettiva dei singoli, ma di riconoscere rilievo giuridico alla fiducia, o meglio, alla convinzione oggettiva e attuale della collettività dei fedeli.

L'istituto della supplenza di giurisdizione tutela quindi un valore di certezza che non è ispirato ad un criterio di stretta giustizia, ma a quello più autentico e sostanziale di equità [153]. Invero, il sistema giuridico di governo nella Chiesa non è un ordine di rapporti solo formali, ma mira a dare veste giuridica alla realtà ontologica ecclesiale, e per questo deve far sì che l'assetto esterno sia consono all'essere e al sentire interiore della comunità [154]. Solo in questo modo il *finis operis* può corrispondere al *finis* supremo della *salus animarum*.

Riguardo infine al principio giuridico che giustifica il riconoscimento di validità degli atti compiuti senza titolo legittimo da parte del ministro di fatto, si deve prendere atto dell'impossibilità di inquadrare l'istituto della supplenza di giurisdizione nelle normali tecniche di attribuzione formale del potere (delega, surrogazione, avocazione, supplenza organica, ecc.). Il comportamento dell'agente, infatti, si pone in contrasto con le norme positive di ripartizione della competenza e qualsiasi tentativo di ricondurlo nei legittimi schemi di organizzazione si risolverebbe in una inammissibile *fictio iuris*. Però è indispensabile sottolineare come l'assunzione senza titolo della potestà, in

[151] Costituzione dogmatica *Lumen gentium, Nota explicativa praevia*, n. 2.

[152] Si ricorda come la costituzione di un ufficio ecclesiastico e la sua investitura possano avvenire anche per legittima consuetudine (can. 145 § 1 e Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, n. 24), e come l'*error communis* sia stato assimilato *quoad substantiam positivam* alla *communis opinio* della consuetudine.

[153] Sull'equiparazione della certezza in diritto canonico con la verità ontologica e quindi con l'equità come espressione sintetica della norma fondamentale di origine divina, si vedano: C. Capograssi, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in *Ephem. Iur. Can.*, 1949 (V), pp. 9-30; P. Fedele, *Aequitas canonica*, in *Apollinaris*, 1978 (LI), pp. 415-439.

[154] P. Lombardia, *Lezioni di diritto costituzionale canonico*, cit., p. 127.



presenza di una causa ragionevolmente adeguata, può non solo essere lecita, ma addirittura doverosa in favore del bene delle anime, e sarebbe quindi incongruente considerarla negativamente come un'ingerenza arbitraria.

Per comprendere tale fenomeno si può fare riferimento a due principi complementari che fondano l'organizzazione delle funzioni pubbliche nell'ordinamento canonico. Il primo, già ricordato, sancisce la prevalenza, rispetto a criteri meramente estrinseci e formali stabiliti dal diritto umano, del contenuto ed efficacia sostanziale della potestà costituita da Cristo nella comunità ecclesiale, ed in essa presente ed operante secondo una regola di giustizia trascendente. Il secondo considera invece la completezza dei poteri che la Chiesa ha ricevuto dal Fondatore, per la realizzazione della missione salvifica, e di cui è titolare esclusiva come istituzione oggettiva [155]. I singoli uffici stabilmente costituiti partecipano parzialmente, secondo la propria competenza, all'esercizio della giurisdizione, ma non esauriscono tutte le potenzialità di esplicazione della funzione [156]. Altre figure soggettive possono essere utilizzate per lo svolgimento del potere anche in modo straordinario ed i risultati vengono sempre imputati alla personalità dell'ente-Chiesa [157]. Sembra quindi di poter sostenere come la norma sulla supplenza di giurisdizione riconosca in capo al ministro di fatto un autentico *munus* o incarico ecclesiale inteso in senso soggettivo [158], conferito in modo transitorio e autonomo dalle

[155] P. Lombardia, *Lezioni di diritto costituzionale canonico*, cit., p. 129; J. Hervada, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 243-247.

[156] Questa varietà di forme corrisponde alla necessaria elasticità dell'organizzazione giuridica della Chiesa, che non è legata ad alcuno schema predeterminato, ma al contrario deve adottare in ogni situazione gli strumenti più adeguati a perseguire la *salus animarum*.

[157] Si può del resto annotare come la stessa evoluzione dell'amministrazione nello Stato democratico e sociale tenda ad abbandonare il modello tradizionale di uniformità organizzativa centrata sulla figura dell'organo-persona giuridica, per adottare nuove ed eterogenee forme di imputazione dell'attività all'ente pubblico, creando (o riscoprendo come nel caso del *munus*) altre figure di riferimento, totale o parziale. Si veda: M. Nigro, v. *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, in *Enc. giur.*, II, p. 3. Sulle diverse figure soggettive di organizzazione dei pubblici poteri, si rinvia a: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., I, pp. 127-149.

[158] Sulla distinzione tra i concetti di ufficio in senso soggettivo e ufficio in senso oggettivo, si veda: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., I, pp.127-149. Pur senza entrare nel merito della discussione ancor viva in dottrina sulla nozione di ufficio nel diritto canonico, si può rilevare come le due diverse figure giuridiche soggettive possano coesistere nell'ambito della medesima organizzazione.

consuete tecniche formali di investitura. La persona non muta la sua precedente condizione, ma, in forza della situazione concreta, viene investita del compito di curare l'interesse pubblico e per questo diviene titolare di una situazione soggettiva di potestà, con i poteri, diritti e doveri di agire ad essa correlati, mentre i risultati dell'attività vengono imputati all'ente che rappresenta [159].

Nella prospettiva salvifica ecclesiale simile ingerenza di fatto si giustifica in virtù della partecipazione ontologica al sacerdozio comune acquisita dai fedeli con il battesimo, che li rende solidali e corresponsabili nel perseguire il fine comune [160]. Questa posizione fondamentale si estrinseca sul piano dinamico nelle diverse forme di intervento attivo alla vita pubblica della Chiesa, tra le quali si configura la funzione di supplenza in talune attività ministeriali che non richiedono necessariamente il sacramento dell'ordine, qualora non sia possibile l'esercizio da parte dell'autorità legittima [161].

L'istituto della supplenza di giurisdizione diventa così rappresentativo della realtà solidale della Chiesa, sia per la materna sollecitudine dell'istituzione verso le esigenze dei fedeli, sia per la multiforme partecipazione degli stessi ai fini e alle responsabilità comuni.

---

[159] «...il *munus* è l'attribuzione del carattere di figura soggettiva ad una funzione assegnata ad un soggetto in quanto cura interessi alieni» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 129).

[160] P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto costituzionale canonico*, cit., p. 97; E. CORECCO, *Battesimo*, in *Dig. delle disc. pubb.*, I, pp. 214-215.

[161] J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 260-266. L'Autore non menziona espressamente l'esempio del can. 144, ma non si può escludere che l'istituto, pur con le sue peculiari caratteristiche, rientri nella generale funzione di supplenza dei fedeli nel governo della Chiesa.



# LA TUTELA DEGLI INTERESSI DIFFUSI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO E NELL'ORDINAMENTO CANONICO

CARMELA VENTRELLA

## 1. Considerazioni introduttive.

Il lavoro affronta la tematica della 'giustiziabilità' degli interessi diffusi dal punto di vista della giurisdizione amministrativa e si avvale, pertanto, di apporti normativi e giurisprudenziali di tale settore dell'ordinamento statuale.

Potenzialmente l'esistenza di tale problematica può essere verificata anche nell'ordinamento canonico (di cui è incontestabile la giuridicità), esistendo una precisa richiesta di tutela da parte di soggetti collettivi.

Sulla base di tale presupposto e conformemente alle opinioni dominanti nella scuola laica italiana [1], si è ritenuto necessario impostare il presente lavoro seguendo il metodo comparativo fra diritto statuale e diritto canonico, le cui peculiarità, lungi dal costituire un ostacolo al detto confronto, sono con questo meglio evidenziate e penetrate nella loro intima essenza. La comparazione, infatti, che «è, anzitutto, nozione esatta delle differenze» [2], non mira ad agguagliare diversi sistemi di norme giuridiche né ad operare forzate trasposizioni di istituti e concetti peculiari, ma si propone di verificarne la validità in entrambi gli ordinamenti.

---

[1] Sugli apporti della scuola italiana, anche con riguardo ai differenti indirizzi, cfr. di recente, F. BOLOGNINI, *Lineamenti di diritto canonico*, Torino 1991, pp. 5-19.

[2] F. VASSALLI, *L'invalidità del matrimonio nel diritto canonico e nel diritto civile. Spunti di un'indagine comparativa*, in *Studi giuridici*, Milano 1960, pp. 101 ss.