

# Interesse legittimo ed esigenze di tutela contenzioso-amministrativa sostanziali nella Chiesa<sup>?</sup>

Massimo del Pozzo

Pontificia Università della Santa Croce

SOMMARIO: Premessa metodologica e circoscrizione dell'indagine / I. L'interesse legittimo nel diritto canonico: una questione superata ma non risolta / 1. La mancata ricezione normativa del concetto / 2. L'inquadramento della problematica nella dottrina canonistica / 3. La soluzione giurisprudenziale e le perplessità circa lo status questionis / II. Natura univoca dell'interesse al bene e presupposto sostanziale della tutela giudiziaria / 1. L'origine, lo sviluppo e la trasformazione del modello italiano / 2. La completa irriveribilità della posizione considerata all'ordinamento canonico / 3. La revisione critica delle nozioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo

## Premessa metodologica e circoscrizione dell'indagine

Nell'ampio settore della giustizia amministrativa l'ordinamento canonico ha registrato probabilmente un processo opposto rispetto a quello dei sistemi giuridici secolari. È ben noto che la giurisdizione ecclesiastica ha conosciuto vere e proprie forme di controllo giudiziario dell'attività amministrativa (*appellatio extrajudicialis*) in epoca largamente anteriore a quella statale (normalmente risalente al periodo successivo alla rivoluzione francese e segnatamente al secolo XIX)<sup>1</sup>. La tutela canonica, inoltre, si è configurata *ab origine*

<sup>?</sup> Il presente articolo costituisce lo sviluppo e l'ampliamento della comunicazione dal titolo "Spunti di riflessione ed elementi di confronto sull'interesse legittimo nel contenzioso amministrativo canonico" presentata nel Convegno di studi *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo* organizzato dalla Pontificia Università della Santa Croce, Roma 30-31 marzo 2006.

<sup>1</sup> E. Labandeira distingue tre tappe fondamentali della giustizia amministrativa canonica (1140-1587; 1587-1908; 1908-1967) e attribuisce, non a caso, al primo

come giurisdizione di natura soggettiva (protezione della situazione giuridica dei fedeli), là dove nel campo civile tale apprezzabile risultato è stato conseguito in genere tardivamente, compromettendo la soddisfazione degli effettivi interessi degli amministrati. Anche la differenziazione tra via giudiziale e via amministrativa e la configurazione di un giudizio soltanto rescindente è recente ed estranea alla tradizione canonica classica<sup>2</sup>. Il sistema canonico amministrativo, tuttavia, nonostante i grandi meriti storici ed i notevoli pregi dogmatico concettuali garantiti dalla semplicità, immediatezza e flessibilità del diritto della Chiesa, pare aver subito una sorta di regresso o d'involuzione nell'epoca moderna. Il diritto ed il processo amministrativo secolare hanno sperimentato specialmente negli ultimi decenni spazi e ambiti di garanzia che sembrano futuribili irraggiungibili nella compagine ecclesiale. Da una posizione di indubbia avanguardia civile e culturale il giudizio contenzioso amministrativo ecclesiastico è annoverato, se non addirittura in una situazione di retroguardia, quantomeno in un secondo piano nell'orizzonte giuridico contemporaneo<sup>3</sup>.

periodo il massimo fulgore della tutela amministrativistica (*La Signatura Apostólica y los tribunales administrativos*, pubblicato in *Ius Canonicum* 21 (1981), n. 42, pp. 665 ss. e raccolto in *Cuestiones de Derecho Administrativo Canónico*, Pamplona 1992, ivi spec. pp. 110-111). Particolarmente significativi in questa linea sono anche i saggi: G. LE BRAS, *Les origines canoniques du droit administratif*, in AA.VV., *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris 1956, pp. 395 ss.; J.L. MESTRE, *La contribution des droits romain et canonique à l'élaboration du droit administratif*, in *Annuaire européen d'administration publique* V (1982), Paris 1983, pp. 925 ss. (spec. 936-941).

<sup>2</sup> Cfr. E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, p. 532. L'aspirazione della giustizia canonica è stata principalmente quella di risolvere direttamente il caso concreto e di riparare le situazioni di ingiustizia riscontrate superando filtri e formalismi.

<sup>3</sup> Nella linea della valenza di conquista civile dei mezzi di tutela giudiziari pare illuminante quanto ebbe a dire Giovanni Paolo II nel discorso alla Rota del 1990: "L'istituzionalizzazione di quello strumento di giustizia che è il processo rappresenta una progressiva conquista di civiltà e di rispetto della dignità dell'uomo, cui ha contribuito in modo non irrilevante la stessa Chiesa con il processo canonico. Ciò facendo, la Chiesa non ha rinnegato la sua missione di carità e di pace, ma ha soltanto disposto un mezzo adeguato per quell'accertamento della verità che è condizione indispensabile della giustizia animata dalla carità, e perciò anche della vera pace" (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 18 gennaio 1990, n. 7, in AAS 82 (1990), pp. 872 ss.).

Non è il caso di tracciare giudizi sommari e parziali su un fenomeno ampio e complesso, né ha senso parlare di declino quando sono in gioco valori più pregnanti e profondi del mero apparato formale di garanzia<sup>4</sup>; tuttavia, conviene aver immediatamente presenti i limiti e i rischi di una supina emulazione o della sussunzione di modelli estranei alla propria tradizione ed identità. La questione di seguito affrontata, manifesta tutta la problematicità e la discutibilità del "trapianto" (soprattutto se effettuato da un donatore non sano o, comunque, non perfettamente compatibile) di istituti e schemi mentali *aliunde* elaborati nell'originalissimo e peculiare corpo giuridico della Chiesa, con le inevitabili "crisi di rigetto". Apporti e scambi con la cultura giuridica secolare sono indubbiamente utili e positivi, sempre che il diritto del Popolo di Dio non rinunci alla sua insopprimibile prerogativa di spiccata attenzione alla effettività e immediatezza della giustizia del caso singolo, senza lasciarsi invischiare nel formalismo e astrattismo del pensiero della modernità<sup>5</sup>. La perdita della funzione trainante e propulsiva dello *ius canonicum* della *respublica christiana* ha ingenerato un pernicioso fenomeno di subalternità e dipendenza dal quale probabilmente, nonostante alcuni segnali incoraggianti, non si

<sup>4</sup> La pratica della giustizia è più viva e penetrante — e probabilmente è il caso della Chiesa — in presenza di un tessuto morale sano che in presenza di strumenti tecnici adeguati. Ciò non toglie che il raggiungimento di un miglior assetto giuridico e normativo è un risultato auspicabile e desiderabile in qualunque comunità. Ci sembra significativa la posizione di J. Hervada che, pur denunciando spesso l'arretratezza e le insufficienze tecniche dell'ordinamento canonico e lottando strenuamente per superarle, ha riconosciuto però la preservazione nel contesto ecclesiale dei più autentici valori della giustizia: "Escindida la ciencia canónica de la ciencia jurídica secular, la canonística conoció una época de decadencia desde el punto de vista metodológico, de la que consiguió recuperarse durante algunas décadas de este siglo (...) Sin embargo, por lo que al derecho natural se refiere, no cabe hablar de decadencia de la canonística sino todo lo contrario. Ha sido la ciencia canónica la que ha servido de vehículo a la concepción clásica y sobre el derecho natural los canonistas han edificado una de las más brillantes páginas de la ciencia jurídica: el derecho matrimonial canónico, cuya superioridad de fundamento, doctrina y técnica jurídica sobre el derecho matrimonial civil es bien notoria" (J. HERVADA, *El derecho natural en el ordenamiento canónico*, pubblicato in *Persona y Derecho* 20 [1989] e raccolto in *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines [1958-200]*, Pamplona 2004, p. 606).

<sup>5</sup> M.F. Pompedda individua nell'"eccessiva dipendenza concettuale da alcuni sistemi di Giustizia Amministrativa statuali" uno dei fattori di lentezza nello sviluppo del contenzioso amministrativo canonico (*L'amministrazione della giustizia nella Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, 13 (2001), pp. 675 ss., spec. p. 681).

è ancora del tutto ripreso. L'esame della configurabilità della discussa figura dell'interesse legittimo nel sistema canonico ci sembra allora un caso emblematico, e perciò singolarmente significativo, di questo fenomeno di appiattimento ed omologazione che rischia di minare la specificità e la vocazione immanentemente sostanzialistica di ogni genere di processo canonico.

In queste pagine non si pretende certo di affrontare e riproporre *funditus* l'annoso dibattito sulla configurabilità dell'interesse legittimo nel diritto canonico, ma solo di offrire degli spunti di riflessione alla luce della situazione attuale e di cercare di reimpostare concettualmente la problematica in una prospettiva che premi le effettive esigenze di tutela degli amministrati. La prima parte è un'analisi critica, molto schematica e inevitabilmente semplificante, dello stato della legislazione, della dottrina e della giurisprudenza canonica sul tema. Nella seconda parte, premesso qualche breve riferimento ad un sistema secolare di indubbio riferimento (quello italiano), segue l'analisi delle ragioni pratiche e teoriche che sconsigliano di trasferire la teorizzazione sull'interesse legittimo nel contenzioso amministrativo canonico. Il discorso si sviluppa chiaramente solo per tratti essenziali e approssimativi e per indici tendenziali che in questo contesto hanno più il senso di stimoli o di provocazioni intellettuali che di reali acquisizioni o proposte.

Un più modesto e realistico obiettivo può essere semplicemente quello di cercare di aggiornare il lessico e l'ideario della scienza canonistica, sovente ferma a posizioni tralaticie e superate nella scienza amministrativistica secolare italiana<sup>6</sup>. Il problema della scarsa intercomunicazione (la dottrina giusamministrativistica secolare, dal canto suo, praticamente ignora quella canonica<sup>7</sup>) e ricezione delle innovazioni intervenute ovviamente non si ferma agli aspetti nominalistici ma involge anche questioni sostanziali più profonde. È

<sup>6</sup> Parlare ancora, ad esempio, di interessi occasionalmente protetti, di teoria della doppia tutela o di teoria della prospettazione manifesta una scarsa apertura e sensibilità per gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali contemporanei in materia.

<sup>7</sup> Pare indicativa al riguardo la voce *Diritto amministrativo* dell'*Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano 1964, pp. 855-856 redatta da uno dei massimi amministrativisti italiani (M.S. GIANNINI) che, ponendosi il problema delle origini del diritto amministrativo e riconducendolo alla sua elaborazione scientifica nel secolo IX, neppure menziona l'apporto e la realtà del diritto canonico.

evidente che ove mai il giurista secolare prestasse maggior attenzione alle vere origini storiche del processo amministrativo (canonico) ed agli sviluppi attuali, almeno nella prospettiva aperta dal Concilio Vaticano II, troverebbe un forte richiamo ad un'impostazione giusrealista ed un sicuro antidoto all'astrattismo imperante (logicismo, concettualismo, dogmatismo).

Occorre premettere, infine, e in evidentissima controtendenza col parallelo civile, che all'interesse e alla vivacità della dottrina, soprattutto italiana, nella decade degli anni '70, a cavallo degli schemi *de procedura amministrativa*<sup>8</sup>, ha fatto seguito, forse anche per una comprensibile delusione, una sorta di letargo della discussione canonistica successiva, soprattutto una volta sopita la spinta derivante dall'introduzione del nuovo codice e dalla rilevante innovazione della cost. ap. *Pastor bonus*<sup>9</sup>. Negli ultimi dieci-quindici anni si registra pertanto un apporto abbastanza modesto e limitato che inficia notevolmente la innovatività degli spunti di analisi presentati. A questo fattore si aggiunge il noto e spesso lamentato fenomeno della scarsa conoscibilità delle decisioni della Segnatura, che limita grandemente l'effettivo e indispensabile riscontro della giurisprudenza<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. S. SCAGLIA, *Il Diritto amministrativo canonico nella canonistica italiana degli anni '70: il congresso di Sorrento (24-28 Settembre 1973)* (Pontificia Università della Santa Croce, Facoltà di Diritto Canonico, Tesi di licenza), Roma 2005. Restano opere di sicuro riferimento (anche per una più approfondita bibliografia) e di notevole acume, ancorché chiaramente datate: P. MONETA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità amministrativa nell'ordinamento canonico*, Milano 1973 e P.V. PINTO, *La giustizia amministrativa della Chiesa*, Milano 1977.

<sup>9</sup> Cfr. J. MIRAS, *El contencioso-administrativo canónico en la Constitución Apostólica "Pastor bonus"*, in *Ius Canonicum* 30 (1990), pp. 409 ss.; J. LLOBELL, *Il "petitum" e la "causa petendi" nel contenzioso-amministrativo canonico. Profili sostanziali ricostruttivi alla luce della cost. ap. "Pastor bonus"*, in *Ius Ecclesiae* 3 (1991), pp. 119 ss. e in AA.VV., *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano, 1991, pp. 97 ss.; P. HAYWARD, *Administrative justice according to the Apostolic Constitution "Pastor bonus"* (thesis ad doctoratum in Iure Canonico totaliter edita), Roma 1993.

<sup>10</sup> Recentissimamente J. Canosa (*La funzione della giurisprudenza della Segnatura Apostolica nello sviluppo del diritto amministrativo canonico*, in *Ius Ecclesiae* 17 (2005), p. 385 ss.), auspicando una decisa valorizzazione della funzione della giurisprudenza, ha compiuto un'interessante rassegna delle decisioni del Supremo Tribunale pubblicate e delle relative fonti. L'Autore evidenzia pure l'interessante dato secondo cui il numero delle sentenze della Segnatura relative al periodo 1983-2005 riportate in riviste o raccolte è inferiore a quello del periodo 1968-1982, a

## I. L'interesse legittimo nel diritto canonico: una questione superata ma non risolta

### 1. La mancata ricezione normativa del concetto

Il concetto di interesse legittimo non appartiene alle nozioni espressamente recepite dall'attuale legislazione canonica<sup>11</sup>. Né la disposizione che reintrodusse il contenzioso-amministrativo canonico (art. 106 della cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*<sup>12</sup>), né tantomeno alcuna delle norme attualmente in vigore che disciplinano la materia (art. 96 delle *Normae Speciales* della Segnatura, cann. 1400, 1445 CIC, art. 123 cost. ap. *Pastor bonus*) menziona minimamente tale figura. A parte il fatto che le questioni di dogmatica giuridica fuoriescono normalmente dal campo di intervento diretto del legislatore, occorre però rilevare che l'impianto della stringata disciplina esistente si concentra fundamentalmente sul *petitum* (annullamento dell'atto e risarcimento del danno consequenziale) e sulla *causa petendi* (violazione di legge), cioè essenzialmente sulla natura del giudizio, senza prendere in espressa considerazione il presupposto sostanziale della tutela apprestata<sup>13</sup>.

Il problema della configurazione delle posizioni giuridiche soggettive e soprattutto del criterio di riparto tra la giurisdizione contenziosa (ordinaria) e quella contenziosa amministrativa, tuttavia, si è posto con una certa pregnanza nei lavori preparatori del codice<sup>14</sup>.

confermare la problematica conoscibilità dell'effettivo operato del Giudice amministrativo canonico (ivi, p. 405).

<sup>11</sup> L'unico *interesse* giuridicamente rilevante, almeno a livello codicistico, sembra rappresentato dall'*interesse ad agire* (cfr. ad esempio, cann. 1501, 1518, 1596 CIC) che non ha nulla a che vedere con la distinta fattispecie dell'*interesse legittimo*.

<sup>12</sup> "Per Alteram Sectionem Signatura Apostolica contentiones dirimit ortas ex actu potestatis administrativæ ecclesiasticæ, et ad eam, ob interpositam appellationem seu recursum adversus decisionem competentis Dicasterii, delatas, quoties contendatur actum ipsum legem aliquam violasse. In his casibus videt sive de admissione recursus sive de illegimitate actus impugnati".

<sup>13</sup> Se non vi è alcun riferimento all'interesse legittimo non vi è peraltro riferimento alcuno ad altra o alternativa situazione giuridica di vantaggio fatta valere.

<sup>14</sup> È noto che il primo *Schema* (16.XI.1970) sul processo amministrativo nella distinzione delle vie di impugnazione contro l'atto amministrativo (1) *recursus ad*

## 2. L'inquadramento della problematica nella dottrina canonistica

Acclarato che la prospettabilità "formale" dell'interesse legittimo nell'ordinamento canonico non ha né ha avuto alcun diretto fondamento o referente normativo, accenniamo brevemente alle posizioni dottrinali in materia. In linea generale e preliminare si può affermare che la tesi sostenitrice dell'utilità del ricorso alla categoria secolare ed auspicante l'introduzione di tale posizione giuridica soggettiva nel diritto della Chiesa è sempre stata minoritaria nella dottrina canonistica, ma ha registrato alterne vicende e momenti forse di maggior fioritura rispetto all'attualità. Possiamo con un po' di schematicità e molta approssimazione distinguere quattro periodi principali.

a) Il primo periodo è costituito dall'emersione e dalla timida prospettazione della nozione di interesse legittimo quale criterio distintivo nel riparto tra la via giudiziaria e la via amministrativa alla luce del sistema di tutela delineato dalla *Sapienti Consilio*<sup>15</sup>.

superiorem hierarchicum, intra decem dies proponendus propter quilibet causam; 2) recursus ad tribunal administrativum intra triginta dies proponendus, propter legem in procedendo vel in iudicando violatam vel propter potestatis abusum vel propter motiva falsa; 3) actio iudicialis, si quis contendat ius suum subiectivum esse læsum" in *Communicationes* 2 [1970], p. 193) accoglieva implicitamente, ma abbastanza chiaramente, il riparto di giurisdizione sul modello italiano delle posizioni soggettive fatte valere e contrapponeva *ex negativo*, pur non enucleandola espressamente, la lesione dell'interesse a quella del *ius subiectivum*. Nel successivo *Schema* (20.IV.1972), quello che sostanzialmente configurerà il giudizio fino alle note vicende dell'espunzione dei tribunali amministrativi locali, benché si superi il doppio sistema di tutela, la configurazione di una situazione *ordinarie* alternativa al diritto soggettivo è viva nella *mens* dei consultori ("e) tantum tribunalibus administrativis competit iudicare auctoritative circa onus reparandi damna illata ob actum illegitimum, qui ius subiectivum læserit; hic casus rarus est, quia ordinarie actus administrativi non attinent ad iura subiectiva, sed tantum ad interesse ordinis publici vel privati, quod non constituit verum ius subiectivum" in *Communicationes* 4 [1972], p. 38). D'altronde è conosciuta e manifesta la posizione favorevole assunta dal presidente del ceto di consultori preposto alla riforma (cfr. P. CIPROTTI, *Prospettive della procedura giudiziaria della Chiesa*, in *Monitor Ecclesiasticus* 97 (1972), pp. 115 ss., ID., *Stato attuale e prospettive della giustizia amministrativa canonica*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 98 (1973), pp. 354 ss.

<sup>15</sup> Cfr. B. OJETTI, *De Curia Romana*, Roma 1910, pp. 19 ss.; T. SANTA CHIARA, *Giustizia civile e giustizia ecclesiastica*, in *Rassegna di diritto ecclesiastico*, 1911, pp. 430 ss.; C. BERNARDINI, *Problemi di contenzioso amministrativo ecclesiastico specialmente secondo la giurisprudenza della S.R. Rota*, in *Acta Congressus iuridici internationalis 12-17 novembre 1934*, IV, Roma 1937, pp. 388 ss.; JOHNSON, *De*

La proposta più che da esigenze di chiarezza concettuale e di costruzione sistematica sembra motivata dal desiderio di circoscrivere con un'operazione interpretativa la sottrazione del controllo giudiziario dell'attività amministrativa ai provvedimenti che non comportano la lesione di un diritto soggettivo. È evidente la diretta derivazione dello schema prospettato dal modello italiano e dal dibattito civilistico ivi in atto. Per quanto apprezzabile nello scopo, lo strumento appare chiaramente inadeguato e irrispondente rispetto alla effettiva *voluntas legislatoris*, né ci pare che abbia ricevuto concreta e pratica adesione nella giurisprudenza e nella prassi della Curia Romana<sup>16</sup>.

b) La tappa successiva può essere ricondotta alla stagione feconda e produttiva seguita all'indizione dell'assise conciliare ed ai *Principia* del Sinodo del '67<sup>17</sup>, sull'onda lunga dell'istituzione della *Sec-tio altera* della Segnatura e nel pieno dei lavori di revisione del codice.

Questa fase rappresenta l'auge della discussione sulla strutturazione della giustizia amministrativa nella Chiesa. Si registrano vivaci ed appassionate prese di posizione a favore e contro l'ingresso dell'interesse legittimo nell'ordinamento canonico. Non si tratta più dell'"esportazione" del sistema di ripartizione della giurisdizione adottato in Italia, come nel periodo precedente, ma di un tentativo di dibattito circa la validità scientifica del concetto in presenza di una

*distinctione inter potestatem iudicalem et potestatem administrativam in iure canonico*, in *Apollinaris* 1936, pp. 258 ss.

Un utile riscontro dello stato della discussione sul diritto e sulla giustizia amministrativa in epoca anteriore al Concilio, anche per il prestigio degli interventi (MOERSDORF, GOYENECHÉ, LEFEBVRE, BERNARDINI, UPRIMNY) è contenuto nella terza parte di AA.Vv., *Questioni attuali di diritto canonico. Relazioni di diritto canonico del Congresso Internazionale per il IV Centenario della Pontificia Università Gregoriana. 13-17 ottobre 1953*, Romæ 1955, pp. 399-495.

<sup>16</sup> Ha osservato acutamente Moneta (¶ *controllo giurisdizionale*, cit., pp. 218-219) che i primi assertori della nozione canonistica di interesse legittimo si sono limitati a proporre l'utilità del criterio invocato senza precisarne il concetto (la cui nozione è presupposta o richiamata) e senza valutarne la conformità con le caratteristiche e la specificità dell'ordinamento ecclesiale.

<sup>17</sup> Cfr. in particolare: *Principium VI. De tutela iurium personarum* e *Principium VII. De ordinanda procedura ad tuenda iura subiectiva*, (SINODO DEI VESCOVI 1967, *Principia quæ Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, 7 ottobre 1967, in *Communicationes* 1 [1969], pp. 82-83).

ripristinato processo amministrativo ecclesiastico, considerato all'epoca ancora *in fieri*. Nonostante il parere di autorevoli studiosi (Gismondi e Ciprotti tra i più rappresentativi)<sup>18</sup>, la teoria dell'interesse non solo non ha trovato ingresso nella legislazione ma non si è fatta strada nel pensiero amministrativistico canonico maggioritario. A parte la problematicità teorica dell'ammissibilità della figura di un interesse occasionalmente e indirettamente protetto nell'azione amministrativa ecclesiastica, si contesta per lo più l'utilità pratica dell'esatta qualificazione della posizione del ricorrente e l'artificialità della distinzione in un assetto di governo completamente estraneo alla logica della separazione dei poteri<sup>19</sup>.

c) L'entrata in vigore del Codice con l'archiviazione del progetto di introduzione dei tribunali amministrativi locali e dell'allargamento del *petitum* al risarcimento del danno ha determinato una sorta di paralisi nell'interesse della dottrina per la giustizia amministrativa<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. A. VITALE, *Note sul problema della distinzione tra giurisdizione e amministrazione nel diritto canonico*, in *Il diritto ecclesiastico* 72 (1961), pp. 320 ss. (spec. 331); A. RANAUDO, *Considerazioni su alcuni aspetti dell'attività amministrativa canonica*, in *Monitor Ecclesiasticus* 93 (1968), pp. 328 ss.; G. LOBINA, *La competenza del S. T. della Segnatura Apostolica con particolare riferimento alla "Sectio altera" e alla problematica rispettiva*, Roma 1971, pp. 78 ss.; E. BERNARDINI, *L'istituzione della Sectio altera del S.T. della Segnatura Apostolica*, in *Ius Populi Dei* 3 (1972), pp. 46 ss.; P. CIPROTTI, op. e loc. cit.; P. GISMONDI, *Alcuni problemi sulla giustizia amministrativa nell'ordinamento canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 4 (1974), 317 ss. (spec. 320).

<sup>19</sup> Indicativa è la posizione ponderata espressa da Moneta, op. cit., pp. 245-247, che, pur riconoscendo la validità in linea astratta ed a livello di teoria generale del diritto della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e del relativo concetto di interesse, ne esclude ogni rilevanza pratica ed autonoma configurabilità nell'ordinamento canonico. Tra gli altri decisi oppositori della tesi in questo periodo, senza pretesa di esaustività, si possono segnalare: R. COPPOLA, *Riflessioni sull'istituzione della seconda sezione della Segnatura Apostolica*, in *Apollinaris* 43 (1970), pp. 361 ss.; I. GORDON, *De iustitia administrativa canonica tum transacto tempore tum hodierno*, in *Periodica* 61 (1972), pp. 350 ss.; D. STAFFA, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Apollinaris* 48 (1975), pp. 443 ss.; M. BONNET, *De origine distinctionis "ius-interesse"*, in *Periodica* 67 (1978), pp. 639 ss.

<sup>20</sup> È abbastanza indicativo del clima dell'epoca e della delusione di molti autori R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo codice di diritto canonico*, Torino 1983. Dopo aver descritto molto analiticamente i lavori della codificazione sulla procedura amministrativa e l'apprezzamento della dottrina per gli schemi proposti (pp. 53- 80), l'Autore lamenta l'assenza di un sistema completo e

L'illustrazione del sistema delineato dal Legislatore e la cristallizzazione dell'assetto normativo esistente, spezzata solo dalla già ricordata rilevante innovazione della *Pastor bonus*, ha impegnato gli autori in un'opera di divulgazione e sistematizzazione a scapito di apporti teoretico fondamentali più generali<sup>21</sup>. Riguardo al tema trattato, la presa d'atto della mancata ricezione delle istanze e delle spinte verso un sindacato giudiziario più incisivo e penetrante dell'amministrazione ecclesiastica ha rafforzato la convinzione dell'esclusione di una vera e propria separazione tra le giurisdizioni e dell'inopportunità della distinzione delle relative figure prototipiche<sup>22</sup>. Anche il commento alla giurisprudenza della Segnatura, che è l'altro limitato fronte di impegno del settore, non offre significativi spunti per riconsiderare il problema nella tipologia delle questioni sottoposte al Supremo Tribunale.

d) Negli scritti più recenti, infine, la questione è stata sovente affrontata negli interventi giusamministrativistici canonici più come un caso di scuola che come un argomento di reale interesse, dando in parte per acquisito il superamento della tesi dell'utilità e prospettabilità dell'autonoma categoria canonistica dell'interesse legittimo<sup>23</sup>.

moderno di giustizia amministrativa nella Chiesa come la più grave manchevolezza del Codice (pp. 150-157).

<sup>21</sup> Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *Giustizia amministrativa nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, in *Angelicum* 63 (1986), pp. 333 ss.; P. VALDRINI, *Injustices et protection des droits dans l'Église*, Strasbourg 1985, pp. 28-53.

<sup>22</sup> Cfr. R. BACCARI, *Il controllo giurisdizionale degli atti dell'amministrazione ecclesiastica nel nuovo CIC*, in *Scritti in Memoria di Pietro Gismondi*, I, Milano 1987, pp. 17 ss. L'Autore oltre a ribadire le sue perplessità sull'introduzione della giurisdizione amministrativa di legittimità nell'ordinamento della Chiesa, insiste ripetutamente sull'impossibilità di sceverare l'interesse legittimo dal diritto soggettivo nel diritto canonico (spec. pp. 20, 26, 28). I suoi principali scritti in materia che esprimono con la sua posizione piuttosto insistente e caratterizzata sono raccolti nella collettanea *Scritti minori*, I, Bari 1997.

<sup>23</sup> Il volume AA.VV., *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano 1991 presenta un autorevole campionario di posizioni coincidenti nel ripudio della tesi: implicitamente pare desumibile dalle stesse parole di Herranz *La giustizia amministrativa nella Chiesa: dal Concilio Vaticano II al Codice del 1983*: "I diritti soggettivi, della cui tutela si occupa la giustizia amministrativa, hanno certamente connotazioni diverse nella società civile e nel Popolo di Dio" [p. 17]), più esplicito è l'*obiter dictum* chiaro e puntuale di Moneta (*I soggetti nel giudizio amministrativo ecclesiastico*: "Non è certo il caso di addentrarsi in una più precisa qualificazione di tale interesse, se si tratti, più in particolare, di una situazione giuridica soggettiva definibile in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo: distinzione tipica del

Mentre il riferimento è costante nella letteratura in lingua italiana<sup>24</sup>, la questione pare estranea, anche per evidenti motivi culturali, alla ormai non trascurabile produzione anglofona<sup>25</sup>. Archiviata la polemicità della disputa anche per l'assenza di reali contraddittori, l'attenzione sembra essersi spostata più verso l'ampliamento soggettivo della sfera di protezione nell'area di confine dell'interesse collettivo e diffuso, la quale — giova sottolineare — implica in alcuni casi l'assunzione della supposta posizione giuridica di base (interesse legittimo), che verso la

sistema di giustizia amministrativa vigente in Italia, ma che non si ritiene, almeno secondo l'opinione prevalente, di dover utilizzare anche nel diritto canonico" [p. 61]); anche Llobell e Salerno (*Il "petitum" e la "causa petendi" nel contenzioso-amministrativo canonico. Profili sostanziali ricostruttivi alla luce della cost. ap. "Pastor bonus": Il giudizio presso la "Sectio Altera" del S.T. della Segnatura Apostolica*) prospettando le opposte opzioni auspicano di evitare di "canonizzare" la distinzione civilistica tra diritto soggettivo ed interesse legittimo (rispettivamente pp. 105 e 145-146); Montini, infine (*Il risarcimento del danno provocato dall'atto amministrativo illegittimo e la competenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*), è ancor più reciso e determinato: "Ritengo infatti che la nozione di interesse legittimo non debba entrare nell'ambito canonico per molti motivi, di cui accennerò ai principali. È anzitutto nozione conosciuta solo dal diritto civile italiano. (...) Nel diritto civile italiano, (...) si presenta oggi come una *nozione* ingombrante (...). In terzo luogo, gli ordinamenti che non possiedono tale nozione, hanno risolto i medesimi problemi (...) con maggior agilità e pertinenza alla realtà" (pp. 196-197).

<sup>24</sup> Cfr. anche per un impostazione più generale ed attuale della tematica in trattazioni sistematiche: F. D'OSTILIO, *Il diritto amministrativo della Chiesa*, Città del Vaticano 1995, pp. 493-496 e S.F. AUMENTA, *La tutela dei diritti dei fedeli nel processo contenzioso amministrativo canonico*, Roma 1999, pp. 97-99. I. ZUANAZZI, *"Praesis ut prosis". La funzione amministrativa nella "diakonia" della Chiesa*, Napoli 2005, pp. 337-353; 398-400.

<sup>25</sup> Cfr. tra le altre: P. HAYWARD, *Changes in ecclesiastical administrative justice brought about by the new competence of the "Sectio altera" of the Apostolic Signatura to award damages*, in *Ius Ecclesiae* 5 (1993), pp. 643 ss. (è abbastanza interessante però il collegamento compiuto tra risarcimento del danno, merito ed diritti soggettivi con la *"formal extension of "petitum" to include subjective right"* [pp. 672-673]); J. PUNDERSON, *Contentious-Administrative Recourse to the Second Section of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura*, in *Forum* 7 (1996), pp. 295 ss.; K.K. SCHWANGER, *Contentious-Administrative Recourse before the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura*, in *The Jurist*, 58 (1998), pp. 171 ss.; J.J. COUGHLIN, *The historical development and current procedural norms of administrative recourse to the Apostolic Signatura*, in *Periodica de re canonica* 90 (2001), pp. 661 ss. Gli autori di area anglosassone distinguono il "material object" ed il "formal object" del ricorso senza soffermarsi sulla qualificazione giuridica della posizione vantata dal ricorrente, anche per la notevole estensione semantica e concettuale dei termini normalmente adoperati (*lawe right*).

rivendicazione dei profili specifici di un'astratta figura alternativa al diritto soggettivo<sup>26</sup>.

### 3. La soluzione giurisprudenziale e le perplessità circa lo status questionis

Il compiuto esame della giurisprudenza della Segnatura sul punto richiederebbe ben altro spazio e approfondimento, ci pare utile però compiere almeno un sommario accenno alle decisioni del Supremo Tribunale (non ufficialmente) pubblicate. Il limitato numero delle pronunzie disponibili non permette di avere un quadro completo delle fattispecie effettivamente sottoposte al giudice amministrativo ecclesiastico e, soprattutto — ipotesi particolarmente rilevante in materia di posizioni giuridiche soggettive — non rende ragione dell'incidenza delle reiezioni c.d. *in limine litis*.

Dallo spettro delle sentenze emerge chiaramente una prevalenza delle vertenze fondate, almeno in linea di principio, su veri e propri diritti: possono annoverarsi in quest'ambito l'impugnazione dell'atto di dimissione o deposizione del religioso, i diritti di credito e in generale le cause *iurium* in materia patrimoniale e di servizio. Non manca, peraltro, l'emersione di situazioni configuranti i presupposti sostanziali della tutela in termini di *meri* interessi legittimi<sup>27</sup>. La nozione stessa di *interesse legittimo* non è estranea al lessico ed al sistema di pensiero del Tribunale apostolico<sup>28</sup>. Come è stato autorevolmente osservato:

<sup>26</sup> Cfr. C. VENTRELLA, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto amministrativo italiano e nell'ordinamento canonico*, in R. BERTOLINO - S. GHERRO - L. MUSSELLI (a cura di), *Diritto canonico e comparazione*, Torino, 1992, pp. 183 ss.; P. MONETA, *La tutela dei diritti dei fedeli di fronte all'autorità amministrativa*, in *Fidelium iura* 3 (1993), pp. 281 ss.; G. TOGNONI, *La tutela degli interessi diffusi nell'ordinamento canonico*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 8 (1995), pp. 321 ss.; I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere "uti fidelis" per la tutela dei diritti comunitari*, in R. BERTOLINO - S. GHERRO - G. LO CASTRO (a cura di), *Diritto "per valori" e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino, 1996, pp. 399 ss.

<sup>27</sup> Pare estremamente interessante anche il cambiamento di tendenza giurisprudenziale in riferimento al decreto di soppressione di una parrocchia ed all'ampliamento del raggio di azione del Tribunale in ragione delle situazioni giuridiche tutelate (CANOSA, op. cit., pp. 409 e 411, spec. ntt. 79 e 82).

<sup>28</sup> Dall'attento lavoro di ricostruzione in questa linea compiuto da M. Cardinale (*Le posizioni soggettive nella giurisprudenza della sectio atera*, in *Apollinaris* 53 [1980], pp. 72 ss.) emerge che la locuzione *interesse legittimo* viene adoperata in una sola decisione, ma si dà ingresso alla figura anche in altra fattispecie (p. 77), per

"alla Segnatura Apostolica, come tribunale amministrativo, uno può ricorrere sia nel caso della violazione del diritto soggettivo sia nel caso della violazione dell'interesse legittimo"<sup>29</sup>.

La conclusione più o meno concordemente raggiunta in dottrina e, non sempre agevolmente, recepita in giurisprudenza, secondo cui la tutela contenzioso-amministrativa canonica abbraccia situazioni giuridico soggettive di vantaggio diverse (sia diritti soggettivi sia interessi legittimi, a non voler individuare figure ulteriori o intermedie), senza che sia utile e necessaria la loro esatta determinazione e qualificazione, non lascia pienamente soddisfatti non tanto per il risultato pratico, tutto sommato accettabile e condivisibile (l'ampliamento della sfera di tutela), quanto per il modo confuso ed ambiguo di impostare la questione<sup>30</sup>. Si fa rientrare dalla finestra quanto si era cacciato dalla porta.

Il *vulnus* lamentato da Moneta all'inizio degli anni '70 (l'assenza di una definizione e di un approfondimento specificamente canonici della nozione), non sembra sia mai stato superato. La prospettiva puramente descrittiva o l'adozione concettuale dell'elaborazione giusecolare italiana assunta dai canonisti implica, per quanto normalmente solo in senso negativo, un uso strumentale e servente della

concludere: "Abbiamo, così esaurito l'esame delle posizioni soggettive nella giurisprudenza della *Sectio Altera*, finora resa pubblica; riteniamo di essere riusciti a dimostrare come le nozioni di diritto e di interesse vengano adoperate con notevole proprietà di linguaggio a testimonianza di quanto forte sia sentita dai giudici del contenzioso-amministrativo canonico, la possibilità, ed aggiungeremo l'opportunità, di tener distinte tra loro le molteplici forme che assumono le posizioni soggettive dei privati tra loro o nei confronti del potere amministrativo." (pp. 81-82).

<sup>29</sup> Z. GROCHOLEWSKI, *I Tribunali*, in AA.VV., *La Curia Romana nella Cost. ap. "Pastor bonus"*, Città del Vaticano 1990, p. 410. L'autore, dando per scontata l'estensione del fondamento soggettivo della tutela, si pone il problema della risarcibilità del danno da violazione di interesse legittimo.

<sup>30</sup> "Dottrina e giurisprudenza si sono così orientate verso una nozione di diritto soggettivo che comprenda al suo interno qualunque interesse giuridico soggettivo tutelato dall'ordinamento (sia direttamente, sia indirettamente, cioè in connessione con un interesse pubblico). Questo concetto sembra sufficientemente ampio da garantire le esigenze di protezione della parte privata" (AUMENTA, cit., p. 98), cfr. In termini analoghi anche F. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna 1993, pp. 208-209; D'OSTILIO, cit., p. 496; LABANDEIRA, *El objeto del recurso contencioso-administrativo en la Iglesia y los derechos subjetivos*, in *Cuestiones de Derecho Administrativo Canónico*, Pamplona 1992, p. 50.

distinzione (criterio di riparto, limite della risarcibilità, delimitazione dell'estensione del sindacato giudiziario) che l'allontana dalla ricerca del suo preteso fondamento sostanziale. In pratica, assumendosi storicamente ed esistenzialmente il configurarsi di una sorta di "doppia tutela" ordinamentale statutale, si rinuncia ad esplorare *iure canonico* la natura e l'essenza della supposta posizione giuridica sottostante. Esiste un'unica situazione giuridica soggettiva fondamentale oppure esistono una dualità o pluralità di situazioni giuridiche soggettive? Può il diritto canonico fare a meno oltre che del criterio discrezionale fornito anche della nozione stessa di interesse legittimo?<sup>31</sup>.

## II. Natura univoca dell'interesse al bene e presupposto sostanziale della tutela giudiziaria

### 1. L'origine, lo sviluppo e la trasformazione del modello italiano

I fiumi d'inchiostro versati dalla lettura giusamministrativa secolare italiana riguardo al problema della configurazione dell'interesse legittimo rendono semplicante e banalizzante qualsiasi rapido accenno al tema, ci pare tuttavia utile almeno sottolineare, da un canto, il processo di presunta "sostanzializzazione" concettuale avvenuto nella dottrina e nella giurisprudenza peninsulare e, dall'altro, la profonda

<sup>31</sup> Un autore che, non senza qualche ambiguità, sembra aver delineato la questione è il Coppola: "Gli orientamenti emersi (...) non impongono dunque l'enucleazione della figura interesse legittimo, la sola che per quanto sostenuto è da esaminare di fianco al diritto soggettivo con riguardo all'ordinamento canonico. (...) Giova in ogni modo confermare che manca, nella nostra dottrina in generale, una qualsivoglia ricezione del primo concetto (l'interesse legittimo) quantunque alcuni autori abbiano tentato d'individuare a scopi meramente definitivi, di esegesi o di costruzione dogmatica. (...) la dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi si rivela inconsistente sul piano reale per l'intrinseca omogeneità delle due posizioni, ma "*in rerum natura* non esistono diritti soggettivi, esistono interessi, che sorgono da determinati fatti e che, in quanto la legge li riconosca e li garantisca, noi chiamiamo diritti" [Satta]" (R. COPPOLA, *Problematica delle posizioni giuridiche soggettive: profili sostanziali ed operativi dopo il nuovo codice di diritto canonico*, in AA.VV., *La tutela delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto canonico, civile, amministrativo*. Macerata, 20 gennaio 1990, pp. 60-61)

evoluzione, per non parlare di un autentico stravolgimento dei principi del sistema (in senso largamente positivo), avvenuto negli ultimi anni.

a) È noto che l'assetto di giustizia amministrativa italiano trae molto direttamente spunto dall'esperienza francese attraverso la mutazione del modello belga<sup>32</sup>. Non si tratta quindi di un sistema originale, né tutto sommato particolarmente felice<sup>33</sup>, esso costituisce, inoltre, la risposta storica, contingente e sovente insoddisfacente alle esigenze di tutela palesate e non il frutto di un armonico e razionale quadro generale. È abbastanza indicativo il fatto che l'emersione delle tre figure tipiche di vizi dell'atto amministrativo (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere) corrispondono alle distinte fasi di formazione della giustizia amministrativa fino alla legge Crispi, cui si riconduce la rigida separazione della giurisdizione in ragione della situazione vantata dall'amministrato<sup>34</sup>.

La figura dell'interesse legittimo, quindi, ha rappresentato principalmente lo *strumento tecnico* attraverso il quale dare ingresso alle istanze di controllo giudiziale, compatibilmente con la concezione dello Stato di diritto amministrativo ottocentesco: *interesse occasionalmente e indirettamente protetto* (o leso) — secondo la ormai sedimentata dizione — in vista della realizzazione dell'interesse pubblico. La preoccupazione, praticamente assorbente, per la legittimità e la correttezza dell'azione amministrativa, infine, non solo

<sup>32</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1983, pp. 67-113.

<sup>33</sup> Cfr. F. MERUSI - G. SANVITI, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, Bologna 1986.

<sup>34</sup> Dal 1806 al 1865 i giudici del contenzioso amministrativo, sabaudi prima e italiani poi, conobbero fondamentalmente delle questioni di incompetenza (assoluta) nell'esercizio del potere, con la L. 2248/1865 all. E, abolitrice di detto contenzioso, il sindacato del giudice ordinario in realtà si estese alla violazione di legge (sempre che si riscontrasse la lesione di un diritto), con la L. 31.III.1989, n. 5992, istitutrice della quarta sezione del Consiglio di Stato il controllo giudiziario abbracciò anche l'eccesso di potere. Come analizzato da Moneta (*Il controllo giurisdizionale*, cit., pp. 141-153) in Francia il processo è stato nominalisticamente diverso ma sostanzialmente analogo, implicando una progressiva estensione del concetto di eccesso di potere dallo straripamento allo sviamento (accezione in senso stretto e in senso lato o latissimo). Tale formalizzazione della tutela, recepita dalla legislazione successiva, nonostante i correttivi apportati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si è andata sclerotizzando concettualmente ed è stata trasmessa al diritto della Chiesa, introducendo una rigidità ed un formalismo estranei alla tradizione ed alla sensibilità canonica.

ha conformato in senso decisamente oggettivistico la giurisdizione amministrativa italiana, ma fin quasi alla metà del ventesimo secolo ha oscurato la percezione della relativa posizione giuridica soggettiva fondamentale<sup>35</sup>. La Costituzione repubblicana, recependo la situazione esistente, ha dato nuova linfa ad un'elaborazione in chiave personalistica del diritto d'azione, ma ha inevitabilmente cristallizzato l'improprio e artificioso criterio di riparto<sup>36</sup>.

L'interesse legittimo, pertanto, coniato in un preciso contesto storico-ordinamentale, è stranamente sopravvissuto (anche a voler tralasciare la parentesi dell'esperienza corporativa) alla nuova concezione dello Stato e del potere<sup>37</sup>. Il cambio del paradigma scientifico e culturale di riferimento ha importato però quantomeno un'immutazione immanente del concetto che è utile registrare e sottolineare.

b) Chiarita la storicità (estrinseca ed intrinseca) della nozione di interesse legittimo, lasciano ugualmente perplessi la sua supposta giustificazione teorica e le diverse ipotesi di soluzione prospettate.

A fronte di una originaria concezione di stampo autoritaristico del

<sup>35</sup> Cfr. F.G. SCOCCA, *Sguardo storico sopra i contenuti e i limiti della tutela nei confronti dell'Amministrazione*, in AA.VV., *La tutela delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto canonico, civile, amministrativo*, cit., spec. pp. 40-42.

<sup>36</sup> Artt. 24, 103 e 113 Cost.

<sup>37</sup> I costituzionalisti parlano normalmente di passaggio dallo stato di diritto liberale, allo stato sociale partecipativo e solidale, prefigurato dal costituente (cfr. G. AMBROSINI, *La Costituzione italiana oltre i principi delle rivoluzioni americana e francese*, Roma 1977, pp. 17-240; V. ONIDA, *I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO - A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1984, pp. 91-126; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1987, pp. 73-120) fino a supporre un'ulteriore mutazione genetica in senso strutturale e funzionale (costituzione materiale). In questa linea è sicuramente stimolante la delineazione di una nuova forma di Amministrazione, l'amministrazione di risultato o per risultati, compiuta da uno studioso il cui pensiero risulterà utile anche nel prosieguo dell'esposizione (cfr., tra gli altri, L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Rivista di Diritto e Procedura Amministrativa*, 2005, pp. 1 ss.; ID., *Costruzione del "futuro" delle decisioni e Giustizia nell'Amministrazione di risultato*, in L. IANNOTTA (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino 2003, pp. 3 ss.; ID., *Diritto comune dello sviluppo: rispetto e soddisfazione dei diritti, efficacia ed economicità delle decisioni*, in A. FLORA (a cura di), *Mezzogiorno e politiche di sviluppo. Regole, valori, capitale sociale*, Napoli 2001, pp. 59 ss.).

potere, la principale difficoltà di inquadramento teorico della tutela amministrativa era rappresentata dalla problematica configurazione di un rapporto giuridico nel quale non coesistessero due posizioni giuridiche opposte e complementari (diritto-obbligo, potestà-soggezione) ma due situazioni attive di vantaggio; si forgiò appunto una figura che rapportasse l'interesse privato all'interesse pubblico nella legalità dell'azione amministrativa, difendendo al contempo le prerogative di autoritatività e imperatività dell'atto. Questa impostazione ha determinato la tralattica e fuorviante giustapposizione tra giudice del rapporto (giudice ordinario) e il giudice dell'atto (giudice amministrativo) e della rispettiva giurisdizione: accertamento diretto e pieno della situazione, da un canto, giudizio di legittimità del provvedimento impugnato, dall'altro.

Tutti i tentativi di fondare l'assunto riparto normativo su criteri essenziali chiari sono finora miseramente naufragati. La natura delle norme (di relazione o di azione), la consistenza della lesione prodotta (illiceità o illegittimità) la tipologia dell'atto (gestione o imperio) e quant'altri, si sono rivelati indici meramente descrittivi *ex post*, labili e insufficienti. Non stupisce pertanto che a seguito della formulazione di svariate ipotesi ricostruttive che, superando la tesi della situazione di natura processuale<sup>38</sup>, hanno cercato di dare legittimazione sostanziale all'interesse o alla pretesa (individualizzata e differenziata) alla legittimità degli atti amministrativi<sup>39</sup>, dottrina e giurisprudenza maggioritarie abbiano aderito alla teoria del fondamento normativo o del *petitum* sostanziale<sup>40</sup>. La considerazione della reale natura della

<sup>38</sup> Secondo questa tesi minoritaria, ma che trova prestigiosi sostenitori, l'interesse legittimo rappresenterebbe una situazione meramente processuale coincidente con l'interesse al ricorso, vedremo che quest'impostazione ha una certa corrispondenza nel diritto canonico.

<sup>39</sup> Vengono normalmente ricondotte alla c.d. teoria della doppia tutela, ormai considerata superata, la teoria del mero *petitum*, quella (pur largamente seguita in passato) della prospettazione o della *causa petendi* formale e quella della natura delle norme (cfr. P. PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, I, Napoli 2000, pp. 103-112).

<sup>40</sup> Nonostante le differenze di dettaglio, possono tranquillamente ricondursi a quest'indirizzo tra i molti: Giannini (*Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, pp. 36-47), Nigro (*Giustizia amministrativa*, cit., p. 115-132), Sandulli (*Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1984, pp. 105-112). La tesi della qualificazione normativa implica un riferimento alle norme di protezione in senso ampio.

protezione accordata dall'ordinamento alla posizione giuridica dedotta (qualificazione normativa) implica il riconoscimento dell'esclusiva fonte di diritto positivo della distinzione. L'interesse legittimo rappresenta in quest'ottica una concreta determinazione (più che un limite) in via legislativa dell'interesse pubblico. La Corte di Cassazione italiana d'altronde ha ormai da tempo accolto il criterio di riparto fondato sulla distinzione tra cattivo uso del potere (interesse legittimo) e carenza di potere (diritto soggettivo)<sup>41</sup>.

c) Tralasciando altre molteplici e apprezzabili trasformazioni del sistema di giustizia amministrativa italiano contemporaneo, conclusivamente ci limitiamo a puntualizzare solo alcuni elementi di novità registrati negli ultimi anni che paiono di rilevante interesse anche per il dibattito canonistico: la risarcibilità dell'interesse legittimo, la progressiva estensione del sindacato giudiziario e la pienezza ed effettività di tutela per molti aspetti conseguita.

Il "dogma" dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, che tanta influenza ha esercitato anche in diritto canonico<sup>42</sup>, è ormai stato decisamente scardinato. La quasi secolare disputa sulla risarcibilità del danno provocato dall'azione amministrativa illegittima ha dato luogo ad una significativa e univoca presa di posizione della dottrina prima, della giurisprudenza poi ed infine della legislazione<sup>43</sup>. L'estensione generalizzata del sindacato contenzioso-amministrativo ai "diritti patrimoniali consequenziali" ex L. 205/2000 ha eliminato ogni disquisizione sulla spettanza della pretesa risarcitoria e sulla diretta competenza del giudice amministrativo. La concentrazione della tutela in materia ha determinato anche chiaramente una tendenza espansiva

<sup>41</sup> In base alla tesi dell'efficacia degradante dell'atto amministrativo anche illegittimo, un diritto soggettivo è configurabile solo in presenza della negazione dell'esistenza del potere. Ormai per lo più si negano le categorie intermedie del diritto affievolito e del diritto in attesa di espansione (PICONE, op. cit., pp. 93-97).

<sup>42</sup> Cfr. GROCHOLEWSKI, *I Tribunali*, cit., p. 410; J. HERRANZ, *La giustizia amministrativa nella Chiesa dal Concilio Vaticano II al Codice del 1983*, in *Ius Ecclesiae* 2 (1990), pp. 450-451.

<sup>43</sup> È noto come questo processo di erosione del principio abbia riguardato prima l'interesse legittimo c.d. oppositivo e i diritti affievoliti, poi alcuni interessi pretensivi e i diritti condizionati, riducendo sempre più l'area dei *puri* interessi legittimi irrisarcibili, fino ad una generalizzata ammissione dell'imputabilità aquiliana dell'Amministrazione. Una tappa storica è stata aperta dalla sentenza Cass. S.U. 500/1999.

per nulla trascurabile della giurisdizione di merito dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Consiglio di Stato con i poteri istruttori e decisorii che ne derivano. La diversità radicale dei modelli processuali implica infatti un esame diretto e pieno del pregiudizio subito ed un accertamento completo del rapporto, quale presupposto indispensabile del provvedimento di condanna. Infine l'esigenza di superare lo schema del giudizio di impugnazione in svariate fattispecie è stata espressamente recepita dalla possibilità di disporre la reintegrazione in forma specifica<sup>44</sup>. In molti casi il giudice amministrativo può allora ordinare alla Pubblica Amministrazione un *facere* determinato. Con questa ed altre operazioni di politica giudiziaria è stato introdotto un correttivo al rigido apparato demolitorio fondato sulla centralità dell'atto (cognizione-impugnazione) introducendo ulteriori spazi e misure di accertamento e di condanna.

In presenza di modificazioni tanto profonde e significative si giunge a dubitare della persistenza della monolitica identità del sistema dualistico statale e del criterio di riparto delle giurisdizioni.

## 2. La completa irriferebilità della posizione considerata all'ordinamento canonico

Posto che "il ripudio della distinzione diritti soggettivi-interessi legittimi come criterio di riparto, altrove, come si è rivelato, tanto criticato, tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa"<sup>45</sup> è un punto fermo ormai acquisito nella dottrina e giurisprudenza canoniche; ci pare che proprio i profili più specifici della figura dell'interesse legittimo sommariamente tratteggiati evidenzino la completa irriferebilità della posizione all'ordinamento della Chiesa.

Quando in apertura si è parlato metaforicamente di "donatore non sano o, comunque, non perfettamente compatibile" ci si riferiva più che ai limiti tecnici riscontrati all'impostazione decisamente norma-

<sup>44</sup> Già la sentenza della Corte Cost. 35/80 aveva sottolineato l'esigenza di prevedere misure risarcitorie, indennitarie, reintegrative in forma specifica e ripristinatorie, correggendo la rigidità del giudizio di legittimità.

<sup>45</sup> PINTO, *La giustizia amministrativa della Chiesa*, cit., p. 33.

tivistica e positivista dei moderni ordinamenti statuali contraria alla più genuina essenza del fenomeno giuridico preservata dallo *ius ecclesiale*<sup>46</sup>. Sarebbe troppo lungo diffondersi sulla questione, ci pare tuttavia chiaro che l'assunzione con carattere maggioritario da parte della dottrina secolare italiana della tesi della qualificazione normativa dell'interesse legittimo, mentre tradisce tutte le insufficienze della tradizionale tesi fattuale, evidenzia ancora una volta la deriva positivista ivi in atto e dimostra la inconsistenza di ogni tentativo di differenziazione di natura ontologica. Se è la norma a conformare non la posizione di vantaggio in sé (presupposto della protezione e dato naturale) ma il grado e le forme di tutela corrispondenti è evidente che siamo in presenza di una elaborazione storico-culturale sicuramente discutibile e, a quanto ci sembra, di dubbia rispondenza gno-seologica e pratica.

Ciò premesso, già Pinto ha avanzato dubbi sul fatto che la struttura giuridica della Chiesa si configura realmente come un ordinamento ad atto amministrativo, presupposto del sistema di giustizia amministrativa civile<sup>47</sup>. L'autoritatività, caratteristica della potestà d'imperio *secundum legem* che nel sistema secolare configura essenzialmente la posizione dell'amministrato, non pare infatti facilmente conciliabile con un assetto che non solo disconosce la separazione dei poteri (legislatore, amministratore e giudice normalmente coincidono, almeno negli uffici capitali) ma che è informata dal principio della ministerialità e pastoralità della funzione amministrativa (*diakonia*)<sup>48</sup>. Nel Popolo di Dio si dà subordinazione gerarchica ma non si dà un'inferiorità di forza giuridica nella posizione del fedele<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Cfr. J. HERVADA, *Il diritto naturale nell'ordinamento canonico*, in *Ius Ecclesiae* 1 (1989), pp. 493 ss.; ID., *La lex naturæ e la lex gratiæ nella base dell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Ius Ecclesiae* 3 (1991), pp. 49 ss.

<sup>47</sup> Cfr. op. cit., p. 21-35.

<sup>48</sup> Cfr. per interessanti spunti di approfondimento e abbondanti riferimenti bibliografici ZUANAZZI, *"Praesis ut prosis"*, cit., soprattutto pp. 23-56, 451-462; 575-591.

<sup>49</sup> Lo statuto fondamentale del fedele si fonda sul principio di uguaglianza, sull'eguale dignità tra i battezzati ed è elemento strutturante della stessa potestà di giurisdizione della Gerarchia (cfr. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, pp. 34-40; 85-138). In tale contesto solo sopprime fenomeni di degradazione, di affievolimento o di condizionamento di diritti, come è avvenuto e in parte avviene, nel settore civile per giustificare la genesi e la consistenza di molte ipotesi di interessi legittimi è improprio e fuorviante.

Congettare un interesse indiretto e strumentale rispetto al perseguimento del retto ordine sociale ecclesiale sembra un controsenso logico e giuridico in contrasto con la stessa natura del principio del bene comune<sup>50</sup>. Com'è noto, mentre nel diritto italiano il ricorso giurisdizionale è unidirezionale (l'Amministrazione emanante l'atto impugnato è sempre resistente), nel sistema canonico viceversa il ricorso può essere proposto dalla stessa autorità amministrativa locale<sup>51</sup>; tale rilevante circostanza implica chiaramente l'uguaglianza e simmetria nella titolarità dell'interesse al risultato dell'azione amministrativa ecclesiastica, in pratica, al bene oggetto del potere.

Un ultimo punto che desta non poche perplessità nei presupposti della costruzione civilistica italiana sull'interesse legittimo è l'assunta incompatibilità (vero e proprio assioma o postulato) tra discrezionalità e diritto soggettivo in base alla quale l'esistenza del potere escluderebbe in radice l'esistenza del diritto e viceversa<sup>52</sup>. Anche la circoscrizione del sindacato giudiziario all'esame indiretto ed esterno dell'atto (giudizio di legittimità), che tanto pesantemente ha condizionato il contenzioso-amministrativo canonico, è un frutto implicito in quest'impostazione. L'assunto con tutte le sue conseguenze circa il mancato riesame diretto e pieno dell'uso della potestà

<sup>50</sup> Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA GIUSTIZIA E PER LA PACE, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Città del Vaticano 2004, pp. 89-92. Sembra davvero paradossale che ciò che dovrebbe valere per qualsiasi società non trovi poi applicazione e rispondenza nel diritto della Chiesa. La prospettiva di complementarietà ed armonizzazione tra bene comune e bene dei singoli è sottolineata anche da ZUANAZZI, "Praes ut prosis", cit., pp. 350-353. e da J. LLOBELL, *Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico*, in *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Città del Vaticano, 1997, pp. 47 ss.

<sup>51</sup> Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *La giustizia amministrativa presso la Segnatura Apostolica*, in *Ius Ecclesiae* 4 (1992), pp. 20-21; Z. GROCHOLEWSKI, *La parte resistente nei processi contenzioso-amministrativi presso la Segnatura Apostolica*, in *Ius Ecclesiae* 3 (1991), pp. 81 ss.

<sup>52</sup> In questi termini Cass. S.U. 5525/1989. Il linea generale si afferma in dottrina che in presenza di un potere discrezionale non può che configurarsi un interesse legittimo, mentre in presenza di un potere vincolato a seconda della natura della norma (di azione o di relazione) si configura un interesse legittimo o un diritto soggettivo. Benché la discrezionalità amministrativa non esaurisca, quindi, il novero della posizione giuridica soggettiva considerata ne costituisce la manifestazione più esplicita e diretta.

ci pare in stridente contrasto con la tradizione canonica<sup>53</sup>, con la *ratio* del sistema amministrativo ecclesiastico<sup>54</sup> e con i principi direttivi del Codice<sup>55</sup>.

### 3. La revisione critica delle nozioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo

Prima di cercare di determinare l'esatta natura della situazione giuridica dedotta, per l'importanza dei relativi sostenitori, vale almeno la pena di prendere pregiudizialmente le distanze dalla nozione processuale canonica di interesse legittimo talora, pur con gli opportuni distinguo, più o meno esplicitamente richiamata<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Cfr. J. TRASERRA, *La tutela de los derechos subjetivos frente a la Administración eclesiástica*, Barcelona 1972, Benché l'Autore concentri l'attenzione solo sull'esame della giurisprudenza nei due periodi 1814-1908; 1908-1967, non ha dubbi nel concludere che la giurisdizione ecclesiastica, almeno fino alla riforma della Curia, si riferiva indistintamente alle decisioni amministrative dell'Ordinario che avessero leso diritti ed ai danni derivanti (p. 181-182).

<sup>54</sup> Cfr. LABANDEIRA, *Trattato*, cit., pp. 528-536.

<sup>55</sup> Cfr. *Principium VII*, loc. cit. ("Neque id sufficit ut tutela iurium in iure nostro convenienter vigeat. Agnoscenda enim sunt iura subiectiva vera et propria sine quibus ordinatio iuridica societatis vix concipitur. Proclamari idcirco oportet in iure canonico principium tutelae iuridicae aequo modo applicari superioribus et subditis, ita ut quaelibet arbitrariorum suspicio in administratione ecclesiastica penitus evanescat.").

<sup>56</sup> In questa impostazione annoveriamo tre grandi maestri del diritto processuale canonico: Roberti, Graziani e De Diego-Lora. Roberti adotta un definizione essenzialmente processuale ("Legitimum dicitur interesse directum et immediatum ad quod tuendum datur actio administrativa. Hac actione quis revocat publicam administrationem ad observandum lege et ita indirecte tutatur suum interesse. Dicitur legitimum quia eius violatio coincidit cum violatione alicuius legis". F. ROBERTI, *De processibus*, Città del Vaticano 1956, p. 160). Graziani manifesta le perplessità di delineare specificamente la figura a proposito dell'interesse tutelato e della distinzione dei presupposti della tutela dell'interesse privato rispetto a quello pubblico ("Tale è appunto la situazione soggettiva chiamata interesse legittimo, che è, come si dice, *situazione strumentale*, in quanto è mezzo non già per attuare, ma per rendere ancora attuabile la realizzazione del proprio interesse. E da quanto si è detto già appare la difficoltà, forse insuperabile, di distinguere l'interesse legittimo dall'interesse a ricorrere". E. GRAZIANI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Città del Vaticano 1997 [si tratta di una ristampa postuma], p. 35, in gen. vd. pp. 33-37 e 13-14). De Diego-Lora parlando del diritto d'azione come diritto alla tutela legittima non esclusivo del diritto soggettivo ma esteso ad ogni situazione meritevole di protezione, individua nell'interesse legittimo un concetto giuridico indeterminato da comprovare giudizialmente in concreto ed un presupposto necessario (nota costante e necessaria)

La tesi, come detto, trova con altra valenza (negazione di un fondamento sostanziale della figura) autorevoli riscontri anche nel settore civile (Guicciardi, Romano, Satta), ma non chiarisce affatto il fondamento della tutela processuale e rischia di ingenerare equivoci tra la realtà giuridico materiale (presupposto della tutela) e la realtà giuridico formale del processo. L'*interesse al ricorso* o all'azione — secondo la Segnatura "*personale, directum, actuale et a lege, saltem indirecte, tutelatum*"<sup>57</sup> — e la legittimazione, da un canto, e la situazione giuridica soggettiva, dall'altro, si muovono su piani e livelli diversi (processuale e sostanziale) così come avviene per il titolo ed il fondamento di un diritto. Anche la giurisprudenza distingue chiaramente attraverso una precisa scansione logica il presupposto della giurisdizione (la c.d. questione di merito preliminare) dalla questione processuale di merito e dal riscontro dei requisiti dell'azione<sup>58</sup>. L'analogicità del significato e le diverse possibili accezioni dell'interesse in senso giuridico non devono però indurre a confondere la prospettiva d'indagine, disconoscendo l'effettiva consistenza giuridico-sostanziale della posizione giuridica considerata.

Partendo dall'asserzione del Coppola sopra riportata (la dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi si rivela inconsistente sul piano reale per l'intrinseca omogeneità delle due posizioni, (...) '*in rerum natura* non esistono diritti soggettivi, esistono interessi, che sorgono da determinati fatti e che, in quanto la legge li riconosca e li garantisca,

della legittimazione ("en toda legitimación activa ad causam tiene que concurrir el interés legítimo en quien ejercita la acción". C. DE DIEGO-LORA R. RODRIGUEZ OCAÑA, *Lecciones de Derecho Procesal Canónico. Parte general*, Pamplona 2003, p. 117), sempre sarebbe necessario provare la titolarità dell'interesse legittimo per esercitare l'azione, ma, mentre nell'ipotesi della titolarità di un diritto tale accreditazione è presuntiva, in altre ipotesi che reclamano tutela detta comprovazione è diretta (ibidem, pp. 114-118).

<sup>57</sup> SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, decreto definitivo del collegio dei Giudici, 21 novembre 1987, *demolitionis ecclesiae*, in *Communicationes* 20 (1988), p. 91.

<sup>58</sup> Altro è l'astratta possibilità di tutela che si tradurrà in caso di fondatezza della domanda nel merito in senso stretto, altro la corrispondenza tra l'interesse fatto valere ed il diritto di agire in giudizio, altro ancora la concretezza e attualità del pregiudizio o della lesione, si tratta di sfere di approssimazione successive (cfr. PICONE, op. cit., pp. 340-346).

noi chiamiamo diritti")<sup>59</sup>, possiamo provare ad esplorare la natura delle due supposte situazioni giuridiche soggettive; depurando la citazione dalle evidenti deformazioni positivistiche, ci pare che si possa affermare che *in rerum natura* esistono solo persone e cose, le cose (materiali o immateriali) in quanto dovute in giustizia le chiamiamo diritti.

Orbene l'interesse in senso realistico rappresenta solo la relazione fattuale di un soggetto con una *res* fonte di utilità, di vantaggio, di soddisfazione ecc. che definiamo più propriamente *bene*. Tutto il fenomeno giuridico si struttura attorno alla nozione (secondo la metafisica classica: accidente) *relazione*, relazione interpersonale con fondamento reale ontologico<sup>60</sup>. L'interesse rappresenta semmai un presupposto del diritto, ma non si identifica con lo stesso per la semplice ragione che esprime un giudizio di valore (apprezzamento) e non ha una consistenza materiale definita. Mentre l'interesse appartiene per definizione al piano concettuale, il diritto in senso realista, non la sua deformazione idealistica e razionalistica (il diritto soggettivo), appartiene all'ordine reale<sup>61</sup>.

D'altro canto, tentativi di revisione del concetto di interesse legittimo conformemente al processo di personalizzazione, umanizzazione e sostanzializzazione del diritto amministrativo italiano nella linea dell'Amministrazione di risultato non sono mancati anche

<sup>59</sup> Cfr nt. 31.

<sup>60</sup> "Ogni qualvolta diciamo che un qualcosa è giuridico stiamo dando il nome a una relazione. È per questo che tutto ciò che diciamo diritto ha due nomi: il nome della sostanza e il nome della relazione" (J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990, p. 34). Hervada, ricorrendo al pensiero classico e partendo dalla definizione *ius suum cuique tribuere*, spiega brillantemente come la giustizia sia un atto secondo rispetto l'atto primo di attribuzione o conformazione del diritto. La relazione ontologica di dominio o di *suitas* (persona-cosa) precede la relazione propriamente giuridica di diritto (persona-persona), ma non è in se stessa giuridica perché difetta del requisito dell'alterità e dell'intersoggettività necessario a strutturare un rapporto giuridico.

<sup>61</sup> La miglior definizione realista del diritto rimane quella tommasiana di *ipsa res iusta* (S. Th. II-II, q. 57), mentre l'accezione moderna di diritto riduce la nozione al concetto (potere della volontà, facoltà morale, ecc.). Per spunti più generali cfr. G. GRANERIS, *Contributi tomistici alla Filosofia del Diritto*, Torino 1949; il nostro *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma 2005, spec. pp. 125-172.

nel settore secolare<sup>62</sup>. Il grave rischio insito nella dicotomia interesse legittimo-diritto soggettivo allora non è solo quello di introdurre un'indebita graduazione di posizioni giuridiche, particolarmente evidente nelle diverse classificazioni proposte, ma anche quello di legittimare una concezione distorta e fuorviante del presupposto di qualsivoglia forma di tutela. Prescindendo dalle ragioni e giustificazioni storiche della categoria, la semplice dizione *interesse legittimo* normalmente contrapposta al concetto di bene pubblico, sottende un'impostazione soggettivistica e individualistica, come se l'oggettività del diritto del singolo non conformasse anche il bene comune<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> "Il risultato quale futuro delle decisioni è un'entità che appartiene al piano fisico della realtà, a quello delle vicende giuridiche reali, nelle quali solo c'è un tempo (...) e uno spazio pieno di cose e di persone; mentre sui piani concettuale e normativo, frutto della costruzione della ragione, pur nelle loro dimensioni più sostanziali, vi possono essere l'esigenza o la necessità giuridica di guardare al risultato e quindi al futuro e all'impatto delle decisioni sulle cose, e cioè proiezioni della realtà effettiva, ma non anche lo spazio e il tempo reali di persone e cose" (L. IANNOTTA, *Osservazioni e ricostruzione delle vicende giuridiche: il caso emblematico del diritto amministrativo*, in E. AGAZZI (a cura di), *Valore e limiti del senso comune*, Franco Angeli 2004, p. 479; ID., *Costruzione del "futuro" delle decisioni e Giustizia nell'Amministrazione di risultato*, cit., p. 14). Quest'Autore per evidenziare un approccio decisamente realistico e sostanzialistico non solo parla ripetutamente in questi e altri scritti della "terra delle cose-diritti" ma ha compiuto un interessante e significativo ripensamento e riconsiderazione proprio in tema di interesse legittimo. Partendo anche da una configurazione sostanziale fermamente giuridica della situazione di interesse legittimo, contro un'impostazione processuale o meramente formale della pretesa alla legittimità ("la situazione di vantaggio riconosciuta al soggetto dall'ordinamento riguardo a un bene oggetto di potere, consistente nella pretesa — cui corrisponde un obbligo specifico gravante sul titolare del potere in correlazione con l'interesse protetto come legittimo — ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse in funzione della sua realizzazione") nelle prime argomentate monografie sulla materia (L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli 1984, p. 238; ID., *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli 1989, p. 272) giunge in momenti successivi a ripensare lo stesso fondamento e consistenza della figura (L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1998, pp. 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Diritto Amministrativo*, 1999, pp. 257 ss.).

<sup>63</sup> Il diritto (equivocamente definito soggettivo) non è un interesse privato contrapposto al bene pubblico, ma è un bene (particolare) che compone e integra (onde, in quanto limitato e parziale, in taluni casi può essere sacrificato) il bene comune della società civile o ecclesiale.

Acclarata l'inconfigurabilità della nozione di interesse legittimo nell'ordinamento canonico e l'inconsistenza materiale di un'autonoma situazione d'interesse giuridicamente rilevante scollegato dalla *res* cui inerisce, resta ora solo da escludere l'ipotetica differenziabilità della situazione soggettiva in ragione dell'esercizio della potestà ecclesiastica.

Orbene il criterio di uguaglianza (proporzionalità) che presiede una relazione di giustizia distributiva (tale ci sembra si configuri la giurisdizione) non incide certo sul contenuto e sulla forza della spettanza<sup>64</sup>. La diversità in grado e in funzione (Gerarchia-fedele) non altera infatti l'uguaglianza in diritto dei soggetti coinvolti riguardo al risultato dell'azione amministrativa sancito anche dalla biunivoca impugnabilità dell'atto sopra richiamata. Il rapporto di proporzione tra persone o tra cose e persone in cui si sostanzia la giusta ripartizione delle cariche, delle funzioni e di quant'altro caratterizza anche la *diakonía* della Chiesa non determina una minor efficacia del dovuto e dell'esigibile<sup>65</sup>. La spiccata nota di pubblicità, talora esasperata (panpubblicismo), che indubbiamente informa lo *ius* ecclesiale non toglie che sussista un'oggettiva distinzione tra la parte e il tutto, tra l'individuo o i gruppi e la società, che esclude ogni forma di malinteso collettivismo comu-

<sup>64</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 3. Non è casuale che nel libro dedicato alla giustizia Aristotele proponga la giustizia distributiva come la prima e quasi prototipica forma di giustizia nella comunità.

<sup>65</sup> Cfr. HERVADA, *Introduzione critica*, cit., pp. 42-54. L'uguaglianza aritmetica di cose (dato/dovuto), tipica della giustizia commutativa, per la sua perfezione formale e simmetricità è forse di maggior evidenza e immediatezza, ma non è chiaramente la sola ed esclusiva tipologia del giusto. In termini che ricalcano d'appresso l'impostazione realistica si esprime anche l'annotta a proposito delle situazioni soggettive degli amministrati proprio in riferimento alla giustizia dell'Amministrazione ("Diritti riconducibili a quello che è stato definito diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo; buon diritto o anche, riproponendo antiche terminologie, diritto soggettivo amministrativo o interesse legittimo finale: diritto minore se ci si colloca nell'ottica del solo potere, ma vero diritto dal punto di vista dell'amministrato-beneficiario (ed anche del terzo leso e della stessa Autorità rettamente intesa), in quanto relativo a un bene della vita e in questo consistente, scaturente da un potere che si è trasformato in servizio e in dovere: dovere di dare o di non sottrarre ciò che spetta e di non attribuire ciò che non spetta, realizzando contemporaneamente (con l'efficacia richiesta all'Amministrazione in questa fase storico-istituzionale) la giustizia effettiva nell'Amministrazione anche come giustizia dell'Amministrazione" relazione al convegno *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento* tenutosi a Caserta il 20 maggio 2005 in corso di pubblicazione nei relativi atti).

nionale<sup>66</sup>. Chiaramente ciò non significa che qualsiasi supposto pregiudizio o lesione assurga di per sé al rango di diritto degno di tutela, ma questo è un problema di concreta titolarità della situazione e non del diverso fondamento della protezione.

D'altronde la stessa accezione di situazione giuridica soggettiva frequentemente assunta in ambito secolare e riproposta in ambiente canonistico<sup>67</sup> evidenzia l'identica consistenza dell'*interesse al bene* e sostanzia le posizioni di vantaggio nella diretta ordinazione del soggetto al bene della vita, senza che l'insistenza di un potere amministrativo possa alterare l'oggettività della relazione di giustizia. Anche in questo contesto spostare l'attenzione dalla effettiva consecuzione del bene alla possibilità di realizzazione (piena o condizionata) si traduce in un sofisma concettuale che sposta il diritto dal piano della realtà a quello del pensiero.

La nozione di interesse legittimo richiama direttamente quella correlativa di diritto soggettivo. Tale figura, benché leggermente anteriore (non appartiene comunque sicuramente alla canonistica classica), è maturata nello stesso ambiente culturale ed è frutto di una stessa impostazione individualistica e liberale<sup>68</sup>. Ci pare logico pertanto

<sup>66</sup> Cfr. J. LLOBELL, *Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico*, cit., pp. 47 ss. Prendendo le distanze dalle posizioni estreme del panpubblicismo e del liberismo canonico, si giustifica l'integrazione giuridica (distinzione senza opposizione) della dimensione pubblica e privata della persona umana e del fedele.

<sup>67</sup> Nigro pare differenziare il diritto soggettivo ("La fondamentale posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un bene e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di una forza concretantesi nella disponibilità di strumenti vari (facoltà, pretese e poteri) atti a realizzare in modo pieno l'interesse al bene", op. cit., p. 116) dall'interesse legittimo ("La posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, così da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene", *ibidem*, p. 127-128) in ragione dei mezzi di tutela e delle forme di realizzazione dell'interesse al bene piuttosto che nell'essenza della situazione in sé, corollario, d'altronde, dell'indirizzo della qualificazione normativa. Per un riferimento piuttosto frequente a questo esimo amministrativista italiano in ambito canonico cfr. tra gli altri: CARDINALE, op. cit., p. 74; ZUANAZZI, op. cit., pp. 336-344.

<sup>68</sup> Cfr. HERVADA, *Introduzione critica*, cit., pp. 30-31; COPPOLA, *Problematica delle posizioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 48-50 ("Tale categoria, *rectius* il c.d. sistema dei diritti soggettivi, risale alla pandettistica tedesca e fu elaborato sull'idea madre dell'individuo-soggetto di diritto sotto l'influsso degli indirizzi del giusnaturalismo e del razionalismo", p. 49); MONETA, *Il controllo giurisdizionale*, cit., pp. 200-206. Dissen-

concludere queste note accennando per lo meno al problema dell'opportunità di una profonda revisione delle categorie adottate.

Non interessa evidentemente il problema meramente terminologico o nominalistico ma quello concettuale e dogmatico. Tuttavia nelle maglie di una dizione equivoca e ridondante, si insinua facilmente il rischio di confusioni e fraintendimenti sostanziali di maggior portata. Nonostante qualche accenno, anche il diritto soggettivo non ha finora trovato largo seguito nella legislazione canonica<sup>69</sup>, l'espressione *diritto soggettivo* però viene comunemente e acriticamente adoperata in dottrina e giurisprudenza.

Più di trentacinque anni or sono Viladrich, pur riconoscendo l'utilità pratica del ricorso congiunturale alla nozione tecnica di diritto soggettivo elaborata dalla scienza giuridica secolare per dare concretezza ed effettività ai diritti fondamentali del fedele, auspicava un superamento e affinamento del concetto più in linea col sistema canonico<sup>70</sup>. Da allora la categoria dei diritti fondamentali si è fatta ampia strada nella Chiesa mentre lo strumentario del canonista non si è depurato dalle sue incrostazioni soggettivistiche. Se quella dell'in-

tiamo però dall'illustre Autore ultimo citato quando poco dopo afferma "È vero che il concetto di diritto soggettivo appare già sostanzialmente presente in alcuni enunciati della dottrina tradizionale. Così S. Tommaso (...) e Suarez (...), non sembra che la canonistica tradizionale abbia mai preso coscienza della problematica relativa al diritto soggettivo e, più in generale, alle situazioni giuridiche soggettive, né che abbia mai tentato di approfondire e di elaborare questi concetti" (*ibidem*, p. 217); ci pare infatti che la dottrina canonistica tradizionale (non solo gli autori citati) ha sempre approfondito ed elaborato le situazioni giuridiche soggettive senza ricorrere — questo è il punto — alle concettualologie della dogmatica giuridica. Per un inquadramento più generale della problematica in una concezione realistica della giuridicità ecclesiale cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto soggettivo, II) diritto canonico*, in *Enciclopedia giuridica*, XI. Roma 1989, pp. 1 ss. (spec. p. 4)

<sup>69</sup> Ci pare che l'attuale Codice lo menzioni solo sporadicamente nel can. 197 (non era presente nel CIC 1917); la terminologia *iura subiectiva* compare anche nel *VII Principium* del Sinodo del '67.

<sup>70</sup> "A nuestro modo de ver, este debe ser el camino de la dogmática canónica, evitando siempre que sea posible acudir al sistema de importar nociones, cuyas resonancias y funciones no se ajustan exactamente con los principios jurídicos fundamentales de la comunidad eclesial (in nota precisa: "Basta recordar lo dicho anteriormente acerca de los orígenes y resonancias políticas del término derecho subjetivo, tal como ha sido elaborado por la dogmática secular, y de la misión que cumple en el seno de una conocida concepción del Estado, a la que no se ajusta evidentemente la naturaleza sacramental de la Iglesia")" J.P. VILADRICH, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel. Presupuestos críticos*, Pamplona 1969, pp. 125-126.

teresse legittimo è forse una questione chiusa ma — a nostro modo di vedere — non risolta, quella del diritto soggettivo è una questione ancora aperta e, salvo sporadiche voci<sup>71</sup>, neppure posta.

<sup>71</sup> Cfr. J. LLOBELL, *Associazioni non riconosciute e funzione giudiziaria*, in W. AYMANS - K.TH. GERINGER - H. SCHMITZ (a cura di), *Das konsoziative Element in der Kirche. Akten des VI. Internationalen Kongresses für kanonisches Recht. München, 14. - 19. September 1987*, St. Ottilien 1989, pp. 345 ss. Un interessante paragrafo si intitola esemplarmente "Il superamento dei concetti di "diritto soggettivo" e di "interesse legittimo". Il diritto alla giustizia processuale nel caso concreto" (pp. 349-351). Nel versante secolare, anche Iannotta, sopra citato, molto sensibile alla problematica concettuale, evita intenzionalmente di parlare di diritti soggettivi (*Costruzione del "futuro delle decisioni"*, cit., pp. 4-7; *Merito, discrezionalità e risultato*, cit., pp. 1 ss.). Per contro Zuanazzi, ad esempio, che pur pare recepire un'impostazione di tipo realista ed auspica un accorpamento onnicomprensivo delle posizioni di vantaggio non sembra riuscire a rinunciare alla categoria del *diritto soggettivo* e, soprattutto, alla differenziazione dei gradi e delle forme di tutela ("Sembra piuttosto preferibile adottare una qualificazione unitaria, quale potrebbe essere un concetto lato di diritto soggettivo, che comprenda tutti gli interessi considerati degni di protezione dall'ordinamento. All'interno di questa categoria generale di situazione giuridica protetta, poi, si possono distinguere tipologie specifiche, cui si riconnettono modalità e gradi diversi di soddisfacimento della pretesa all'interesse finale", op. ult. cit., p. 347).