

BEATRICE SERRA

L'EQUITÀ CANONICA QUALE LIMITE INTERNO  
DELLA DISCREZIONALITÀ  
DELL'AMMINISTRAZIONE ECCLESIALE

1. Premessa. Il problema di limitare la discrezionalità dell'Amministrazione ecclesiale e le soluzioni della dottrina. — 2. Alla ricerca di un limite materiale e specificatamente canonistico della discrezionalità. Il rilievo dell'*aequitas canonica*. Opportunità e difficoltà di una ricostruzione che chiarisca il significato dell'equità quale limite della discrezionalità amministrativa. — 3. Il complesso legame fra equità e discrezionalità nell'esperienza giuridica universale e nel diritto della Chiesa. Punti di contatto fra equità e discrezionalità e loro identificazione. L'equità quale matrice della discrezionalità. Inversione dell'ipotizzato rapporto fra le due nozioni: la discrezionalità quale criterio guida dell'equità. — 4. Profili ricostruttivi teorici per uno studio sull'equità quale limite della discrezionalità: *a*) L'equità quale obiettivo della discrezionalità. — 5. (segue): *b*) L'equità quale forma di manifestazione del potere discrezionale — 6. (segue): *c*) Necessità di un regolamento di confini fra equità e discrezionalità. L'equità quale principio autonomo e limite interno della discrezionalità amministrativa — 7. (segue): *d*) La nozione di limite interno. L'equità canonica quale limite non solo interno e negativo ma, anche, esterno e positivo della discrezionalità. — 8. Puntualizzazioni per una definizione dell'*aequitas* amministrativa: *a*) l'equità amministrativa non è solo un canone ermeneutico — 9. (segue): *b*) l'equità amministrativa non è un concetto giuridico indeterminato.

1. *Premessa. Il problema di limitare la discrezionalità dell'Amministrazione ecclesiale e le soluzioni della dottrina.*

L'esigenza di garantire un esercizio non arbitrario del potere discrezionale dell'Amministrazione ecclesiale, e la conseguente ricerca di limiti per tale potere, costituiscono uno dei fili conduttori delle riflessioni della canonistica postconciliare<sup>(1)</sup>. I fattori che

---

(1) Per la configurazione di tale problema si veda a titolo indicativo: R. METZ, *Simplex réflexions sur la réforme du droit pénal de l'Église*, in *Revue de droit canonique*

concorrono all'emergere di tale esigenza e al suo rilievo sono eterogenei.

In primo luogo, un dato ontologico: la natura diaconale del *munus regendi*, potere finalizzato alla salvezza dei fedeli<sup>(2)</sup>, e l'intangibi-

---

18 (1968), p. 100; G. LOBINA, *La competenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica con particolare riferimento alla « Sectio Altera » e alla problematica rispettiva*, Roma, 1971, pp. 50-52; ID., *Effetti ed esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali della Sectio Altera*, in *Apollinaris*, 46 (1973), pp. 149-150; G. DALLA TORRE, *Intervento alla Quarta Tavola Rotonda: Persona e ordinamento nel diritto amministrativo della Chiesa in Persona e ordinamento nella Chiesa*, Atti del II Congresso Internazionale di Diritto Canonico, (Milano 10-16 settembre 1973), Milano, 1975, p. 445; L. SPINELLI, *Relazione alla Quarta Tavola Rotonda: Persona e ordinamento nel diritto amministrativo della Chiesa*, *ibid.*, p. 427; W. BASSET, *L'esigenza di equità nei processi di legge*, in *Concilium*, 7 (1975), p. 128; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, in *The Jurist*, 46 (1986), pp. 70, 72-74; T. RINCÓN-PÉREZ, *Derecho administrativo y relaciones de justicia en la administración de los sacramentos*, in *Ius Canonicum*, 28 (1988), pp. 67-69; J. HERRANZ, *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, Milano, 1990, pp. 133-135; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano, 1994, pp. 182-190; I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, in *Ius Ecclesiae*, 8 (1996), pp. 65-68; ID., *La legittimazione a ricorrere uti fidelis per la tutela dei diritti comunitari*, in *Diritto « per valori » e ordinamento costituzionale della Chiesa. Atti delle giornate canonistiche di studio (Venezia 6-7 giugno 1994)*, a cura di R. Bertolino, S. Gherro, G. Lo Castro, Torino, 1996, p. 436; F. D'OSTILIO, *Il diritto amministrativo della Chiesa*, Città del Vaticano, 1996, pp. 417-422; P. BUONAIUTO, *Dall'esperienza alla scienza: contributo della prassi diocesana alla rilettura del concetto di diritto amministrativo canonico*, in *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano, 1996, pp. 208, 211; J. CANOSA, *La legislazione particolare sul procedimento di formazione degli atti amministrativi nel diritto canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 10 (1998), pp. 263, 268-269; J. MIRAS, *El principio de legalidad y la administración eclesiástica*, in *Compendio de derecho administrativo canónico*, Pamplona, 2001, pp. 65-70.

<sup>(2)</sup> Cfr. cost. dogm. *Lumen Gentium* nn. 18-21, 23-24, 27-28, 32-33; cost. past. *Gaudium et Spes*, nn. 3, 40-42, 76, 89; decr. *Christus Dominus* nn. 5, 9, 16, 28; decr. *Presbyterorum ordinis*, nn. 3-6, 13, 15-16; decr. *Ad gentes* n. 16. Sullo spirito di servizio con il quale, a imitazione di Cristo (cfr. Mt, 8, 20; 20, 28; 26, 28; Lc, 22, 26-27; At, 21, 19; 1 Tm, 1, 12; 2, 6; Rm, 5, 6-21; 11, 13), la gerarchia è chiamata ad operare nella Chiesa si veda, per gli aspetti teologico-pastorali, D. BERTETTO, *Chiesa viva: meditazioni conciliari*, Roma, 1967, pp. 361-365; PAOLO VI, *Allocuzione del 27 gennaio 1969*, in *A.A.S.* 61 (1969), pp. 175-176; GIOVANNI PAOLO II, *Dono e mistero*, Città del Vaticano, 1996, pp. 83-111 e, per i profili più strettamente giuridici, V. GÓMEZ-IGLESIAS, *Acerca de la autoridad como servicio en la Iglesia*, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae (Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana Celebrati)*, Città del Vaticano 1994, pp. 193-217; E. Molano, *« Sacra potestas » y servicio a los fieles en el Concilio Vaticano II*, in *Fidelium Iura*, 7 (1997), pp. 9-28; J. MIRAS, *Sentido ministerial de la potestad de gobierno y tutela jurídica en el derecho administra-*

lità dei diritti di questi ultimi<sup>(3)</sup>. Tale dato rende concepibile l'incanalamento della potestà di governo in regole oggettive, nella convinzione che queste regole agevolano il concreto svolgersi della potestà secondo il suo fine e nel rispetto dei diritti dei battezzati.

In secondo luogo, un dato empirico e quantitativo: la maggior parte degli atti d'esercizio della funzione amministrativa, attraverso i quali si realizza, in maniera prevalente, la vita giuridica della comunità ecclesiale, sono atti discrezionali che, sovente, incidono direttamente e notevolmente sulle sfere giuridiche dei fedeli. Si pensi alle grazie o alle sanzioni penali.

In terzo luogo, un dato normativo: l'organizzazione del sistema amministrativo canonico secondo il principio di legalità (cann. 33 § 1; 34 § 2; 38; 135 § 4; 391), sul modello offerto dai sistemi amministrativi dell'Europa continentale. Questa scelta legislativa riproduce nell'ordine ecclesiale gli stessi inconvenienti del modello d'origine: l'inadeguatezza del principio di legalità (formale) a confinare la discrezionalità amministrativa, e la conseguente necessità di trovare ulteriori strumenti per ridurre il margine di libertà dell'Amministrazione<sup>(4)</sup>.

---

*tivo canónico, ibid.*, pp. 29-70; *La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia*, a cura di A. Viana, Pamplona, 1999.

(3) La relazione fra il carattere di servizio della potestà di governo, l'esigenza di evitare l'arbitrio nell'uso di tale potestà, e la difesa dei diritti spettanti ai fedeli per diritto divino e per la condizione sociale posseduta nella Chiesa è notoriamente tracciata nei lavori preparatori del nuovo Codice: *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, nn. 6 e 7 in *Communicationes* 2 (1969), pp. 82-83. Sulla tutela dei diritti dei singoli quale fine primario della legge canonica (e della sua osservanza) si veda Giovanni Paolo II, cost. ap. *Sacrae Disciplinae leges* del 25 gennaio 1983, in *A.A.S.* 75 (1983), Pars. II, pp. VII-XIV e, in dottrina, J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Nuova impostazione del diritto canonico in base ai diritti fondamentali dei fedeli dopo il Vaticano II*, in *La Chiesa dopo il Concilio. Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, (Roma, 14-19 gennaio 1970), Milano, 1972, pp. 730-735; L. SPINELLI, *Relazione alla Quarta Tavola Rotonda: Persona e ordinamento nel diritto amministrativo della Chiesa*, cit., pp. 416-432; G. DALLA TORRE, *I diritti umani nell'ordinamento della Chiesa*, in *I Diritti umani. Dottrina e prassi*, a cura di G. Concetti, Roma, 1982, pp. 529-554; O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003, pp. 27-28.

(4) È emblematico, al riguardo, che il diritto amministrativo sia inteso dalla dottrina secolare essenzialmente quale studio del potere discrezionale dell'autorità amministrativa e della limitazione di tale potere. Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1981, p. 264; G. AZZARITI, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Mi-

La suggestione esercitata delle categorie secolari sul problema della discrezionalità è peraltro confermata dalle diverse soluzioni suggerite, al riguardo, dalla scienza giuridica canonica.

Tali soluzioni operano, invero, su piani diversi e complementari. Così, sotto il profilo dei meccanismi idonei a confinare la discrezionalità amministrativa, si è proposto che sia la stessa Amministrazione ad indicare, in via preventiva, i parametri che assumerà nell'esercizio del suo potere, giungendo a predeterminare e, dunque, ad autolimitare la propria discrezionalità<sup>(5)</sup>.

Sotto il profilo degli strumenti idonei a strutturare la discrezionalità, si è da più parti suggerita l'elaborazione di un procedimento completo, chiaro ed unitario per la formazione degli atti amministrativi<sup>(6)</sup>.

---

lano, 1988, pp. 91-95; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, p. 12.

(5) Cfr. P. CIPROTTI, *La patologia dei provvedimenti amministrativi ecclesiastici*, in *Monitor ecclesiasticus*, 99 (1974), p. 103; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, cit., pp. 76, 82-85, 88; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, in *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), p. 406 nota 120.

(6) Cfr. E. BERNARDINI, *Commento alla schema «de procedura amministrativa»*, in *Apollinaris*, 45 (1972), pp. 127-128; J. A. SOUTO, *Algunas cuestiones básicas en torno a una posible ley de procedimiento administrativo*, in *Ius Canonicum*, 14 (1974), pp. 14-23; P. MONETA, *Procedimento amministrativo e partecipazione dei fedeli alla funzione amministrativa*, *ibid.*, pp. 25-41; Id., *I collaboratori e i responsabili del provvedimento amministrativo*, in *Monitor ecclesiasticus*, 99 (1974), pp. 81-95; Id., *La tutela dei diritti dei fedeli di fronte all'autorità amministrativa*, in *Fidelium Iura*, 3 (1993), pp. 281-306; E. COLAGIOVANNI, *Possibilità e limiti della scienza della pubblica amministrazione ecclesiastica nel quadro della partecipazione*, in *Monitor ecclesiasticus*, 99 (1974), pp. 154-172; F. ROMITA, *I fondamenti teologico giuridici dell'amministrazione ecclesiastica*, *ibid.*, pp. 33-40; G. LECLER, *Provvedimento amministrativo e diritto dei religiosi*, *ibid.*, p. 176; M. ZUROWSKI, *Gli atti amministrativi nel diritto della Chiesa*, in *La norma en el Derecho Canónico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico (Pamplona, 10-15 de octubre 1976)*, vol. I, Pamplona, 1979, pp. 919-921; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, cit., pp. 73-76, 85-86, 89-90, 97-101, 103-104; I. ZUANAZZI, *Contributo alla individuazione di una struttura deontica della funzione amministrativa a servizio della comunione ecclesiale*, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae (Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati)*, cit., pp. 253-254; G.P. MONTINI, *Modalità procedurali e processuali per la difesa di diritti dei fedeli. Il ricorso gerarchico. Il ricorso alla Segnatura Apostolica*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 7 (1995), pp. 291-292; J. CANOSA, *La legislazione generale sul procedimento di formazione degli atti amministrativi nel diritto canonico*, cit;

Sotto il profilo, infine, del controllo sui provvedimenti discrezionali, si è rilevato che prefissando i criteri direttivi della discrezionalità in statuti e regolamenti, l'atto attuato senza rispettare tali criteri sarebbe sindacabile per violazione di legge<sup>(7)</sup>. Per converso, altra dottrina ha ribadito al riguardo l'opportunità di un controllo giurisdizionale che, effettivamente, vada oltre gli aspetti positivamente predeterminati dell'atto discrezionale, giungendo a valutarne il contenuto sostanziale sulla base di parametri generali e superiori, ai quali l'Amministrazione è tenuta, in ogni caso, a riferirsi<sup>(8)</sup>.

Orbene, la validità di queste ed altre ricostruzioni — di fatto oscillanti lungo un arco i cui estremi sono costituiti dal richiamo ai principi primi dell'ordinamento e dall'elaborazione di strumenti più strettamente tecnico-formali — appare evidente.

Pur tuttavia, è altrettanto evidente che si tratta di suggerimenti sostanzialmente *de iure condendo*; nonché di soluzioni ispirate, sovente, alla scienza e alla prassi giuridica statale<sup>(9)</sup>, che esi-

---

pp. 255-273; A. BETTETINI, *Il silenzio amministrativo nel diritto canonico*, Padova, 1999, pp. 34-35; E.G. SARACENI, *Procedimento amministrativo e partecipazione del fedele. L'ipotesi del canone 50*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1 (2003), pp. 215-238.

(7) Cfr. P. CIPROTTI, *La patologia dei provvedimenti amministrativi ecclesiastici*, cit., p. 103; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, cit., pp. 82-85, 88.

(8) Cfr. P. MONETA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità amministrativa nell'ordinamento canonico. Profili di diritto sostanziale*, Milano, 1973, p. 109; A. Vitale, *Differenze e convergenze dei principi della giustizia amministrativa civile e canonica*, in *Monitor ecclesiasticus*, 98 (1973), p. 368; T. RINCÓN-PÉREZ, *Derecho administrativo y relaciones de justicia en la administración de los sacramentos*, cit., p. 67; I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, cit., pp. 65-68; E. GRAZIANI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Città del Vaticano, 1997, pp. 39-40; H. PREE, *Esercizio della potestà e diritti dei fedeli*, in *I Principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico: la recezione giuridica del Concilio Vaticano II*, a cura di J. Canosa, Milano, 2000, pp. 323-324.

(9) A titolo esemplificativo si veda, per la teoria della predeterminazione: P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione dei parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, cit., pp. 587-599; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit.; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XI(1989), p. 5; P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, spec. pp. 265-299; per la teoria del procedimento: A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, pp. 529-

gono, pertanto, adattamenti e verifiche sulla corrispondenza fra i risultati ai quali conducono e la realtà della Chiesa.

In ogni caso, tali soluzioni risultano necessariamente parziali.

Si pensi, ad esempio, al procedimento amministrativo. Premesso che nel Codice del 1983 tale procedimento è abbozzato solo in modo eterogeneo ed incompleto, è indubbio che le prescrizioni procedurali pongono l'autorità nelle condizioni di compiere la scelta più adeguata, e aumentano i coefficienti di partecipazione e tutela dei fedeli. A ben guardare, tuttavia, tali prescrizioni hanno una scarsa capacità di penetrazione sul momento della scelta finale, restano estranee alla fissazione del contenuto del provvedimento, non raggiungendo il nucleo della discrezionalità. L'osservanza delle regole procedurali — peraltro controproducenti se eccessive — agevola la bontà della scelta discrezionale, ne costituisce la migliore premessa, ma non la garantisce né si sostituisce ad essa<sup>(10)</sup>.

Lo stesso può dirsi per i parametri che l'Amministrazione fissa in via preventiva e rende noti. Come dimostra la stessa esperienza

654; *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, a cura di L. Torchia, Padova, 1993; M. D'ALBERTI, *La «visione» e la «voce»*, le garanzie di partecipazione dei procedimenti amministrativi, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1 (2000), pp. 1-35; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 2003, pp. 1035-1095; per l'ampliamento, operato dalla giurisprudenza e influenzato dalla scienza giuridica, dei criteri di valutazione della legittimità cfr. P. D'AMELIO, *La formazione giudiziale del diritto amministrativo (brevi note per una ripresa del tema)* in *Foro Amministrativo*, II (1969), pp. 118-137; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in *Legge, giudici, politica, le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, pp. 122-130.

(10) Il che, invero, è ammesso dalla stessa dottrina che sostiene la necessità di procedimenti adeguati per l'esercizio del potere discrezionale. Sul punto cfr. J. CANOSA, *La legislazione generale sul procedimento di formazione degli atti amministrativi nel diritto canonico*, cit., pp. 266-267, 273; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, cit., pp. 86, 101, nonché nell'ambito della scienza secolare: B. CAVALLO, *Provvedimenti ed Atti Amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Giuseppe Santaniello, vol. III, Padova, 1993, pp. 171-175; F. G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo, Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di S. Amoroso, Milano, 1995, pp. 291-300. Sulla funzione del procedimento quale strumento attraverso il quale, negli ordinamenti giuridici attuali, si cerca di approssimarsi alla giustizia e alla verità, compensando la crisi del diritto naturale e, dunque, la sua perdita, con il diritto del procedimento, si vedano le riflessioni di N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, edizione italiana a cura di A. Febbrajo, Milano, 1995, pp. 148-149.

secolare<sup>(11)</sup>, infatti, tali parametri, poiché determinati prima di affrontare la fattispecie concreta, non sono ancorati a questa, e devono essere modificati se le circostanze lo richiedono, configurandosi, in definitiva, quali criteri o limiti relativi ed estrinseci all'effettiva scelta discrezionale.

2. *Alla ricerca di un limite materiale e specificatamente canonistico della discrezionalità. Il rilievo dell'«aequitas canonica». Opportunità e difficoltà di una ricostruzione che chiarisca il significato dell'equità quale limite della discrezionalità amministrativa.*

Alla luce di queste considerazioni, ci si può chiedere se il bisogno di garantire un corretto uso del potere discrezionale non possa essere soddisfatto (anche) facendo leva su strumenti giuridici compiutamente e certamente operanti nell'ordinamento canonico.

Ci si può inoltre chiedere se, proprio nell'ordine ecclesiale, non sia possibile individuare un criterio in grado di incidere, efficacemente, sull'intimo contenuto della scelta amministrativa, indirizzandola verso ciò che è vero e giusto; un criterio relativo ai profili ontologici, oltre che a quelli logico-gnoseologici, della scelta discrezionale.

Orbene, se ci si pone nell'ottica della ricerca di un limite materiale e specificatamente canonistico della discrezionalità, *ictu oculi* un concetto viene in evidenza: il concetto di equità canonica.

Per il vero, nella quasi totalità degli scritti concernenti il potere discrezionale dell'Amministrazione ecclesiale l'equità — con o senza l'aggettivo canonica — è menzionata fra i confini generali di tale potere, indistintamente ed accanto ad altre svariate nozioni (efficienza, uguaglianza, buona fede, imparzialità), atte a configurare la cornice dei principi entro i quali dovrebbero determinarsi i provvedimenti discrezionali<sup>(12)</sup>.

(11) Cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 1082. Sugli inconvenienti del sistema delle autolimitazioni si veda anche G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, cit., pp. 4-5.

(12) A titolo esemplificativo si veda al riguardo G. LOBINA, *La natura giuridico-pastorale e l'ampiezza dell'esame di merito da parte dell'autorità amministrativa superiore di un provvedimento amministrativo*, in *Monitor ecclesiasticus*, 99(1974), pp. 245-246; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, cit., pp. 381, 397, 405-406, nota 120, 407; J. CANOSA, *La legisla-*

Pur tuttavia non sembra che la dottrina sia andata molto oltre questa semplice menzione.

Forse perché l'*aequitas* — notoriamente oggetto di amplissime riflessioni della scienza canonistica — è considerata un'ovvia costante dell'ordine ecclesiale, sulla quale tutto (o quasi) è stato detto e scritto. O forse perché, e conseguentemente, qualsivoglia riferimento all'equità è inteso come una semplice trasposizione o un implicito rinvio ai risultati delle suddette riflessioni.

Difatti sembra mancare una ricostruzione che chiarisca il contenuto e le modalità d'incidenza dell'equità sulla discrezionalità, distinguendo tale incidenza da quella di altri concetti e che, soprattutto, accerti quale sia l'effettiva validità operativa dell'*aequitas* come limite del potere discrezionale; una ricostruzione, certo, non agevole, specialmente a causa della complessa relazione concettuale che sussiste fra discrezionalità ed equità<sup>(13)</sup>.

3. *Il complesso legame fra equità e discrezionalità nell'esperienza giuridica universale e nel diritto della Chiesa. Punti di contatto fra equità e discrezionalità e loro identificazione. L'equità quale matrice della discrezionalità. Inversione dell'ipotizzato rapporto fra le due nozioni: la discrezionalità quale criterio guida dell'equità.*

La relazione fra equità e discrezionalità, prima ancora che dell'ordine ecclesiale, appare propria dell'esperienza giuridica univer-

---

zione generale sul procedimento di formazione degli atti amministrativi nel diritto canonico, cit., p. 268; ID., *La concessione di grazie attraverso i rescritti*, in *Ius Ecclesiae*, 6 (1994), p. 252; I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, cit., pp. 52, 67; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 189; J. MIRAS, *El principio de legalidad y la administración eclesiástica*, cit., p. 69. Il richiamo all'equità è peraltro ricorrente anche con riferimento ad un altro tipo di discrezionalità: la discrezionalità giudiziale. In questo senso si veda ad esempio: T. GIUSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, Città del Vaticano, 1977, pp. 152-161; V. PALOMBO, *Il principio di legalità nell'ordinamento canonico: osservazioni preliminari*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, vol. II, Padova, 2000, pp. 1393-1394.

<sup>(13)</sup> Al riguardo è significativo che M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 190, concluda la sua ricostruzione del concetto di discrezionalità segnalando fra le questioni più rilevanti e meno analizzate della teorica della discrezionalità sia i «problemi gravissimi costituiti dai rapporti fra potere discrezionale ed equità», sia i problemi posti dal potere discrezionale nell'ordinamento canonico.

sale, come risulta, ad esempio, dal collegamento tracciato da Aristotele fra il potere decisionale dell'arbitro e l'equità<sup>(14)</sup>, o dal legame fra *l'aequum* ed il *liberum officium iudicis* del diritto romano<sup>(15)</sup> o, ancora, dalla discrezionalità che caratterizza gli interventi del *Lord Chancellor* nel sistema dell'*equity* inglese<sup>(16)</sup>.

Si ha l'impressione che, dalla riflessione greca ai nostri giorni, equità e discrezionalità procedano d'accordo, come due compagni di viaggio, cosicché dove è la prima è la seconda.

Tale impressione non muta qualora, al fine di verificare la possibilità di attribuire all'equità la funzione di confine dell'azione amministrativa discrezionale, si guarda al rapporto equità-discrezionalità nel diritto della Chiesa.

Al riguardo alcuni dati, validi a livello di teoria generale prima ancora che in ambito tecnico-amministrativo, vanno evidenziati.

Anzitutto il fatto che sovente, e quasi inavvertitamente, (anche) nella riflessione canonistica il nesso fra equità e discrezionalità appare enfatizzato, al punto di determinare un'interscambiabilità fra i due termini, indicati quali denominazioni di uno stesso fenomeno<sup>(17)</sup>. È anzi indicativo al riguardo che, con riferimento ad alcuni richiami all'*aequitas* contenuti nel Codice del 1983 (cann. 686

<sup>(14)</sup> Cfr. *Retorica*, I.(A), 13-14, 1374 b, traduzione italiana di A. PLEBE, *Retorica*, Bari, 1991, p. 57. Sul punto si vedano le riflessioni di G. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità*, in *Jus*, 12 (1975), pp. 4-5; V. VARANO, *Equità I) Teoria generale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XII (1989), p. 3.

<sup>(15)</sup> Si veda al riguardo G. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità*, cit., pp. 5-13; V. Varano, *Equità I) Teoria generale*, cit., p. 3.

<sup>(16)</sup> Sul punto si veda V. VARANO, *Equità I) Teoria generale*, cit., pp. 4-6.

<sup>(17)</sup> Cfr. in questo senso o per questa constatazione: F. ROMITA, *I fondamenti teologico giuridici dell'amministrazione ecclesiastica*, cit., p. 27; V. PALOMBO, *Riflessioni sul principio di equità quale fonte dell'ordinamento canonico*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, vol. II, Soveria Manelli, 1998, p. 1075.

Per un analogo atteggiamento nell'ambito della dottrina secolare si veda F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I (1935), pp. 105-121; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e Aspetti Costituzionali*, Milano, 1965, pp. 11-20; 68-69, 214-215, 221, 225-226; D. PALAZZO, *Riflessioni a proposito dell'equità come principio di diritto e come istituto processuale*, in *Rivista Penale*, II (1974), pp. 1070-1071; M. ROTONDINI, *Considerazioni sulla funzione dell'equità in un sistema nel diritto positivo scritto*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 54 (1977), pp. 671-672; G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004, pp. 6, 37-39, 292.

§ 3; 702 § 2; 271 § 3), se ne sia sottolineata, in dottrina, la valenza incerta, indistinguibile dal concetto di discrezionalità<sup>(18)</sup>.

Una confusione, questa fra equità e discrezionalità, imputabile a più di un fattore.

In primo luogo, al rapporto che sussiste fra ognuna delle due nozioni e il diritto positivo.

Sia l'equità sia la discrezionalità, infatti, implicano un ambito di autonomia nei confronti del dettato positivo, e nelle mani dell'operatore giuridico svolgono la medesima funzione: far fronte all'impossibilità della legge di prevedere tutte le circostanze della sua applicazione, e garantire decisioni adeguate a tali circostanze<sup>(19)</sup>.

In secondo luogo, la mobilità di confini fra equità e discrezionalità è dovuta al fatto che nell'ordine ecclesiale il potere discrezionale è definito, anche, come potere di valutare l'idoneità della norma a disciplinare il caso reale<sup>(20)</sup>.

Ebbene, nell'usuale rappresentazione canonistica tale giudizio di valutazione concreta è ricondotto proprio all'equità, intesa sia come il punto di riferimento in virtù del quale è vagliato il risultato dell'applicazione del diritto positivo alla situazione particolare; sia, successivamente, come lo strumento mediante il quale formulare autonomamente la *regula iuris* per il caso di specie (equità sostitutiva)<sup>(21)</sup>.

<sup>(18)</sup> Cfr. in questo senso M. F. POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, in *Studi sul primo libro del Codex Iuris Canonici*, a cura di S. Gherro, Padova, 1993, pp. 4-5.

<sup>(19)</sup> Per l'esplicito riconoscimento della adesione alle circostanze particolari quale *ratio* comune ad equità e discrezionalità: J. MIRAS, *El principio de legalidad y la administración eclesiástica* cit., pp. 69-70; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, cit., p. 71. Per l'accento su questa funzione dell'equità O. Giacchi, *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna*, in *Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica (1933-1980). La Chiesa e il suo diritto, Religione e società. Studi raccolti e presentati da Ombretta Fumagalli Carulli*, Milano, 1981, p. 106, nota 78; T. GIUSSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, cit., p. 156.

<sup>(20)</sup> Cfr. in questo senso P. BELLINI, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, (1957), I, pp. 205-206; E. MARTINELLI, *Spunti per un approfondimento del concetto di discrezionalità nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Diritto Canonico e comparazione. Giornate canonistiche di studio (Venezia 22-23 maggio 1991)*, a cura di R. Bertolino, S. Gherro, L. Musselli, Torino, 1992, pp. 291-292, 297-299, 302-303; V. PALOMBO, *Riflessioni sul principio di equità quale fonte dell'ordinamento canonico*, cit; p. 1075.

<sup>(21)</sup> Cfr. al riguardo A. RAVÀ, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuri-*

Ancora, vi è un'altra strada percorrendo la quale si giunge ad assimilare l'equità alla discrezionalità: l'accentuazione della componente soggettiva dell'*aequitas*.

Difatti, la nozione di equità è da sempre associata al timore che il ricorso a tale nozione può tradursi nell'affermazione della volontà incontrollata ed immotivata dell'interprete, ossia nella nota equità *ce-rebrina* <sup>(22)</sup>. Tale timore nasce dall'enfatizzazione del senso di incertezza che la componente soggettiva, particolare e (parzialmente) non predeterminata dell'equità produce.

Ma posto che una tale componente si rinviene anche nella scelta discrezionale, che è anch'essa giudizio, ecco che il nucleo delle due nozioni viene ad essere identificato.

Non solo. In tale contesto concettuale immaginare che l'equità limiti la discrezionalità può apparire credibile quanto l'immaginare che una libertà incondizionata limiti un'altra libertà incondizionata.

Oltre a ciò, sembra infine esservi fra equità e discrezionalità un legame genetico, che spiega ulteriormente la commistione fra i due concetti.

Sovente, infatti, nell'ordine ecclesiale la relazione fra equità e discrezionalità appare tratteggiata individuando nella prima l'origine e la causa giustificatrice della seconda.

Così Paolo VI si riferisce alle amplissime facoltà discrezionali della gerarchia come espressione e derivazione dell'equità, intesa quale autentica incarnazione dello spirito della legge canonica <sup>(23)</sup>.

*dico e della legislazione canonica*, Milano, 1954, pp. 196-197; P. FEDELE, *Equità canonica*, in *Enciclopedia del diritto*, XV (1966), p. 149; O. BUCCI, *Per una storia dell'equità*, in *Apollinaris*, 63 (1990), pp. 257-317; P. BELLINI, *La coscienza del principe. Prospettazione ideologica e realtà politica delle interposizioni prelatizie nel Governo della cosa pubblica*, vol. I, Torino, 2000, p. 550.

<sup>(22)</sup> Sulla configurazione di questo sospetto (anche) nella riflessione canonistica cfr. A. VAN HOVE, *Commentarium lovaniense in codicem iuris canonici*, vol. I, Tomo II, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae-Romae, 1930, pp. 279-281; Ch. LEFEBVRE, *Équité*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, V, Paris, 1953, p. 404; L. DE NAUROIS, *L'équité dans les droits canonique et français contemporains*, in *L'année canonique*, 26 (1982), p. 43; G. BRUGNOTTO, *L'«aequitas canonica»*. *Studio e analisi del concetto negli scritti di Enrico da Susa (Cardinal Ostiense)*, Roma, 1999, pp. 167-171; O. ÉCHAPPÉ, *À Propos de l'Équité en droit canonique*, in *L'année canonique*, 41 (1999), pp. 181-182.

<sup>(23)</sup> Cfr. PAOLO VI, *Allocuzione* del 19 febbraio 1977, in *A.A.S.* 69 (1977), p. 210.

Ancora, questo rapporto di causa/effetto può rinvenirsi tracciato nel terzo dei *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, ove, stabilito che in *iure condendo* il compito dell'*aequitas* è di garantire la pastoralità del diritto, si lega la realizzazione di tale compito all'attribuzione ai pastori di una corrispondente potestà discrezionale<sup>(24)</sup>.

La missione salvifica della Chiesa, dunque, fa sì che sorga l'esigenza di equità che, a sua volta, postula e origina quel margine di apprezzamento o libertà di scelta, che caratterizza il potere discrezionale. Col che, peraltro, la discrezionalità, configurata quale conseguenza del bisogno di equità, non coincide totalmente con questa.

Pur tuttavia, sotto un profilo operativo, è l'ipotizzato rapporto di funzionalità fra equità e discrezionalità che si inverte, poiché se per un verso la discrezionalità trova la sua ragione d'essere nell'equità; per l'altro verso costituisce la porta d'ingresso dell'azione giuridica di quest'ultima, cosicché, in definitiva, è la discrezionalità che dirige (e limita) l'equità e non viceversa; è una constatazione, questa, che trova conferma e, nello stesso tempo, spiega le ricostruzioni dottrinali che vedono nella discrezionalità lo strumento tecnico-giuridico per la realizzazione dell'equità e non il contrario<sup>(25)</sup>.

---

(24) Cfr. *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant*, n. 3, in *Communicationes*, cit., pp. 79-80. Su questo aspetto del terzo principio si veda in dottrina G.M. COLOMBO, *Sapiens Aequitas. L'equità nella riflessione canonistica tra i due codici*, Roma, 2003, pp. 358-359.

Per l'identificazione dell'equità canonica come fonte della discrezionalità cfr. T. GIUSSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, cit., p. 160; R. BIDAGOR, *El espíritu del derecho canónico*, in *Revista española de Derecho Canónico*, 13 (1958), p. 18.

(25) Cfr. T. GIUSSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, cit., p. 161; E. MARTINELLI, *Spunti per un approfondimento del concetto di discrezionalità nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, cit., pp. 298-299, 301-302. Un accenno in questo senso anche in A. RAVÀ, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*, cit., pp. 85, 87; R. COPPOLA, *La non esigibilità nel diritto penale canonico. Dottrine generali e tecniche interpretative*, Bari, 1992, p. 175.

Peraltro, questa chiave di lettura del legame fra equità e discrezionalità, che vede nella prima il fondamento della seconda, si rinviene anche in alcune ricostruzioni della dottrina secolare, che identificano i rinvii all'equità del giudice civile come ipotesi di attribuzione di potere discrezionale (cosicché l'equità avrebbe l'effetto di costituire la discrezionalità) e, parimenti, i rinvii all'apprezzamento del giudice come rinvii all'equità. In questo senso si veda: A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice*

4. *Profili ricostruttivi teorici per uno studio sull'equità quale limite della discrezionalità: a) L'equità quale obiettivo della discrezionalità.*

Alla luce di quanto detto finora, è evidente che ancor prima di provare a ricostruire l'efficacia operativa dell'*aequitas* rispetto al potere discrezionale, occorre chiarire se e sotto quale profilo l'equità può assurgere a limite della discrezionalità.

Al riguardo possono prendersi le mosse dal menzionato legame genetico fra le due nozioni.

In prima istanza tale legame sembra contrastare con la funzione che si è ipotizzato di poter attribuire all'*aequitas*.

Sotto un profilo logico, infatti, se il concetto di discrezionalità nasce da quello di equità, l'equità non può essere, nello stesso tempo, origine e limite oggettivo, o univocamente riscontrabile, del potere discrezionale. Ma se si accentua la componente teleologica di tale legame genetico, e si guarda al potere discrezionale come potere che esiste poiché finalizzato a garantire una decisione di governo equa, allora l'equità si configura quale fine di tale potere e, in quanto tale, quale confine ultimo o limite del suo esercizio<sup>(26)</sup>.

Estremizzando il discorso, si potrebbe anche sostenere che l'equità circoscrive la discrezionalità nel senso che la seconda non si manifesta se non è finalizzata alla prima, e che, parimenti, un uso della discrezionalità non indirizzato all'equità si traduce in una negazione della *ratio* o natura del potere discrezionale, al punto da non poter neppure essere riconosciuto come uso di tale potere.

Tuttavia, siffatta estremizzazione — che, peraltro, fa nuovamente convergere le due nozioni — non appare né necessaria né di alcun'utilità o riscontro pratico, poiché se è verosimile che dove

---

*civile*, vol. I. *Esposizione critica della dottrina-Nozione generale*, Padova, 1927, p. 238; ID., *ibid.*, vol. II, *Sezione Prima-Casistica*, Padova, 1935, pp. 3-6; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 225; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 114, 161. Sul punto e con annotazioni critiche cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 115; R. VECCHIONE, *Equità (Giudizio di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI (1960), pp. 627-630; F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Rivista di diritto civile*, 1 (2001), pp. 542-543.

<sup>(26)</sup> Per un riconoscimento dell'equità quale fine della discrezionalità amministrativa cfr. E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 189.

vi è equità vi è libertà di scelta, e dunque, in senso lato, discrezionalità, non è parimenti verosimile che dove vi è discrezionalità vi è, ineluttabilmente, equità<sup>(27)</sup>.

5. (segue): b) *l'equità quale forma di manifestazione del potere discrezionale.*

Senza contraddire quanto finora affermato, si può andare alla ricerca di una diversa soluzione, ipotizzando che l'equità sia il modo in cui la discrezionalità deve esercitarsi o, detto altrimenti, la forma in cui deve manifestarsi il potere discrezionale. In questa prospettiva, infatti, un eventuale esercizio iniquo della discrezionalità può essere classificato come esercizio scorretto di un potere che, tuttavia, resta tale<sup>(28)</sup>.

Peraltro, se si presuppone che l'equità operi nel momento di esercizio del potere discrezionale, due prospettive ricostruttive sembrano ipotizzabili.

O l'equità è intesa in una prospettiva mediata, come un criterio per elaborare la regola con cui comporre discrezionalmente la disciplina della situazione particolare che, di poi, si tradurrà nel provvedimento amministrativo.

Oppure l'equità può essere vista, direttamente, come regola dell'operare amministrativo, come il criterio in conformità al quale compiere la scelta, cosicché il rapporto discrezionalità-equità si pone come rapporto di contenente e contenuto<sup>(29)</sup>. Ne consegue, in questa seconda ipotesi, che l'equità da forma di manifestazione assume a sostanza della discrezionalità o, meglio, a sostanza del modo in cui la discrezionalità si manifesta.

<sup>(27)</sup> Cfr. per analoghe considerazioni C. M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, pp. 192 nota 134, 236-239.

<sup>(28)</sup> Sembra propendere per questa seconda soluzione J. MIRAS, *El principio de legalidad y la administración eclesiástica* cit., pp. 69-70.

<sup>(29)</sup> Su queste diverse ipotesi ricostruttive nell'ambito della dottrina secolare e a favore della prima si veda R. RESTA, *Equità e discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di Giuseppe Menotti de Francesco*, vol. II, Milano, 1957, pp. 725-726. Sull'equità quale elemento costitutivo della discrezionalità, cfr. K. English, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 210., G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 110-113.

Ebbene, posto che questa seconda ricostruzione appare più rispondente alla valenza dell'*aequitas canonica*, si tratta allora di chiarire se l'equità, oltre a dover determinare il « come » della discrezionalità, è anche (e quindi) suo limite.

6. (segue): c) *Necessità di un regolamento di confini fra equità e discrezionalità. L'equità quale principio autonomo e limite interno della discrezionalità amministrativa.*

Indubbiamente si dà un problema di regolamento di confini fra equità e discrezionalità.

Se, difatti, si identifica tout-court la discrezionalità con il modo in cui la discrezionalità si manifesta e dunque con l'equità, è evidente che questa non può fungere da argine di se stessa. Anzi, come si è visto, in questa prospettiva equità e discrezionalità finiscono per essere intese come due facce di un unico criterio soggettivo.

Al fine di limitare la discrezionalità occorre, invero, che l'equità sia intesa quale principio oggettivo ed autonomo, che non coincide o non esaurisce tutta la discrezionalità, anche se poi tale principio applicato all'esercizio del potere discrezionale si atteggia quale giudizio di equità, difficilmente distinguibile dalla discrezionalità stessa<sup>(30)</sup>.

Ebbene, dato quest'ultimo presupposto teorico e tirando le fila del discorso fin qui svolto, emerge sia che l'equità può essere identificata quale limite della discrezionalità amministrativa e, propriamente, quale limite interno; sia il significato di tale identificazione.

L'equità, infatti, è in grado di essere limite poiché fattore, in principio distinto dal potere discrezionale, che può incidere nell'esercizio del potere come criterio informatore dei momenti di tale esercizio, divenendo regola che evita l'arbitrio<sup>(31)</sup>.

Nello stesso tempo tale equità limitante, indirizzando in senso sostanziale la scelta discrezionale, oltre a costituire il « come » con-

<sup>(30)</sup> Sul rapporto fra il principio ed il giudizio di equità cfr. G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 29-39.

<sup>(31)</sup> Sul significato di limite interno quale limite che evita l'arbitrio cfr. E. LANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 192.

creto dell'uso della discrezionalità, determina inevitabilmente l'intimo contenuto di tale scelta.

Il che di per sé è già sufficiente a giustificare la definizione dell'equità non solo quale limite, ma anche quale limite interno della discrezionalità amministrativa<sup>(32)</sup>.

7. (segue): d) *La nozione di limite interno. L'equità canonica quale limite non solo interno e negativo ma, anche, esterno e positivo della discrezionalità.*

Nella riflessione della scienza giuridica il concetto di limite interno della discrezionalità non è, tuttavia, univoco, sussistendo diverse accezioni di tale concetto, non necessariamente contraddittorie.

Così, è definito limite interno il criterio che opera dove vi è un vuoto di disciplina del potere discrezionale, nello spazio non determinato da regole positive ed in relazione al caso particolare non previsto dalla norma. I limiti interni si determinerebbero per differenza con i limiti esterni, fissati dalla legge positiva, che circoscrive l'ambito di esercizio della discrezionalità, indicandone le premesse di fatto ed il raggio di intervento, ma non la puntuale opzione di valore rispetto al caso di specie<sup>(33)</sup>.

Ebbene, è adesso (ancora più) chiaro che l'ottica con la quale in questa sede si è guardato all'*aequitas* canonica quale possibile confine della discrezionalità è proprio l'ottica della ricerca di un confine interno.

---

<sup>(32)</sup> Cfr. per questa accezione di limite interno cfr. A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988, p. 33.

<sup>(33)</sup> Tale accezione di limite interno trova sostanzialmente origine nella ricostruzione di R. von Laun, per il quale, oltre i limiti esterni posti dalla legge, il potere discrezionale è retto al suo interno, nello spazio non disciplinato da norme legislative, da principi giuridici naturali che devono determinare la scelta amministrativa. Su tale ricostruzione, che attaccando il cuore della discrezionalità apre la strada alla sindacabilità dei motivi reali che sostengono le scelte dell'amministrazione, e sulla sua influenza nella dottrina europea si veda: S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa, Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, pp. 204-220, 275, 277-278, 283-284. Per l'adozione di quest'accezione di limite interno della discrezionalità si veda anche G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1953, p. 256; G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 71, nota 55; P. M. VIPIANA, *L'autolimitate della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, cit., p. 277, nota 267.

Né, del resto, quanto sinora emerso sull'equità amministrativa tramite il suo rapporto con la discrezionalità, sembra smentire questa prospettiva.

Piuttosto, mentre la dottrina secolare traccia un'ulteriore differenza fra limiti esterni e limiti interni, vedendo i primi quali limiti positivi, che fondano la discrezionalità, ed i secondi quali limiti negativi, poiché il loro rispetto comporta che la discrezionalità pura si manifesta in modo residuale<sup>(34)</sup>; l'equità canonica, oltre che soglia da non oltrepassare nell'esercizio del potere discrezionale, è ritenuta anche fondamento di tale potere e, dunque, in questo senso, limite interno e positivo.

Peraltro, sempre la dottrina secolare parla di limiti esterni riferendosi sia a criteri astratti che non si modulano sulla situazione concreta e restano fuori dall'effettivo esercizio del potere discrezionale<sup>(35)</sup>; sia al fine di tale potere, inteso come obiettivo distinto ed estrinseco al potere stesso e al suo uso<sup>(36)</sup>.

Orbene, dati tali due significati, il primo, evidentemente, conferma *a contrario* la natura interna dell'*aequitas canonica*, data la struttura propria di tale concetto, il cui ambito di azione coincide con i momenti di esercizio del potere discrezionale.

Lo stesso non può dirsi, invece, per il secondo significato.

Nella riflessione secolare — ove in ogni caso non mancano interpretazioni sul fine come limite interno della discrezionalità<sup>(37)</sup> — l'equità amministrativa è infatti prevalentemente intesa quale

(34) Cfr. S. COGNETTI, *Profili sostanziali della discrezionalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., pp. 275, 277-278, 283-284. Per una definizione degli elementi determinati dalla legge quali limiti positivi della discrezionalità si veda anche M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., pp. 172-173.

(35) Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., pp. 268-269.

(36) Cfr. S. COGNETTI, *Profili sostanziali della discrezionalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., p. 284. In una prospettiva simile e nell'ambito della dottrina canonistica si veda anche E. MAZZACANE, *La «justa causa dispensationis» nello scioglimento del matrimonio per incosumazione*, Milano, 1963, pp. 127-128, il quale definisce limite esterno della discrezionalità il rispetto del nesso fra i presupposti indicati dalla legge per l'emanazione di un determinato atto e le specifiche finalità di interesse pubblico che alla presenza di quei presupposti la legge vuole siano raggiunti.

(37) Cfr. G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, cit., p. 2; A. ANGIOLI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit., p. 33.

modo con cui realizzare, nell'esercizio della discrezionalità, i fini pubblici<sup>(38)</sup> e, dunque, quale limite interno, posto che parametri extra legislativi esterni contrasterebbero con le disposizioni positive che prefigurano il tipo di provvedimento che un'autorità può emanare<sup>(39)</sup>.

L'*aequitas canonica*, invece, non è inquadrabile a priori in tale prospettiva riduttiva essendo, come si è visto, obiettivo stesso del potere discrezionale. Ne consegue che l'equità canonica, oltre che limite interno e positivo, può anche essere definita quale confine esterno alla scelta discrezionale, relativo al risultato di tale scelta, senza tuttavia perdere la sua valenza di limite costante, non occasionale, poiché matrice del fenomeno limitato.

8. *Puntualizzazioni per una definizione dell'«aequitas» amministrativa: a) l'equità amministrativa non è solo un canone ermeneutico.*

Stabilito in che contesto concettuale e con quali presupposti teorici può guardarsi all'equità come margine della libertà di scelta dell'Amministrazione canonica, due ulteriori puntualizzazioni appaiono opportune.

La prima è richiesta dal fatto che uno dei momenti della discrezionalità amministrativa è dato dall'interpretazione della norma attributiva del potere<sup>(40)</sup>. Questo fatto potrebbe indurre ad individuare e confinare la funzione dell'equità in questa fase interpretativa. Il che, per il vero, risulterebbe in armonia con il tradizionale versante d'indagine sull'*aequitas*, solitamente ricostruita nel confronto con la legge scritta. Secondo tale versante l'usuale quadro d'intervento dell'equità è quello di una fattispecie disciplinata puntualmente da una norma, rispetto alla quale l'equità funge da canone d'interpretazione ed applicazione, con funzione correttiva, integrativa o suppletiva<sup>(41)</sup>.

<sup>(38)</sup> Cfr. in questo senso G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 39; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della discrezionalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., pp. 277-278, 283-284.

<sup>(39)</sup> Cfr. F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV(1974), p. 137.

<sup>(40)</sup> Cfr. J. MIRAS, *El principio de legalidad y la administración eclesiástica*, cit., pp. 67-68; E. GRAZIANI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 42.

<sup>(41)</sup> Si veda in questo senso V. DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia*

Ne consegue che l'equità limiterebbe la discrezionalità nel senso di esigere che gli elementi indicati dalla norma, che costituiscono l'aspetto vincolato del potere, siano intesi in armonia con la realtà del caso.

Il che è certamente corretto.

Pur tuttavia, per limitare veramente la discrezionalità, l'equità non può essere intesa solo come equità interpretativa, riguardo al dato positivo, ma deve invece incidere anche sul peculiare momento della scelta non determinata da nessuna disposizione normativa, sulla formulazione del *quid novi* rispetto alla preesistente situazione nel quale si esplica la discrezionalità.

Detto altrimenti, se usualmente l'equità è rapportata alla legge positiva, l'equità quale limite della discrezionalità deve essere concepita (anche) come criterio che opera direttamente per la valutazione di un fatto concreto e per l'elaborazione di una soluzione per tale fatto, a prescindere dall'intervento sulla norma. Questa norma, infatti, manca non perché rivelatasi inadeguata al caso e, dunque, sostituita dall'autonoma elaborazione dell'interprete, ma *ab origine*, perché la singola scelta è affidata all'Amministrazione.

Volendo considerare le fasi nelle quali si struttura la discrezionalità — un momento conoscitivo e valutativo delle premesse di fatto, attraverso le quali l'amministrazione si forma la propria percezione della realtà, ed un momento volitivo, quando l'autorità, compiuta la scelta, determina il provvedimento<sup>(42)</sup> — occorre ipotizzare che l'equità intervenga su entrambe.

Con queste premesse, e tenendo conto di una dicotomia propria della riflessione canonistica, più che come canone d'interpretazione, l'equità amministrativa sembra mostrarsi quale fonte del diritto, rela-

---

nel diritto canonico, Perugia, 1926, p. 51; Ch. LEFEBVRE, *Équité* in *Dictionnaire de Droit Canonique*, cit., pp. 394-410, spec. 400-401; P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962, pp. 197-293; G. BRUGNOTTO, *L'«aequitas canonica»*. *Studio e analisi del concetto negli scritti di Enrico da Susa (Cardinal Ostiense)*, cit., pp. 240-243. Per la constatazione di un analogo atteggiamento ricostruttivo nell'ambito della dottrina secolare si veda G. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità*, cit., pp. 4-5; S(ALVATORE) ROMANO, *Principio di equità (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII (1966), pp. 92-93; G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 31-33., C. M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, cit., pp. 147, 154-158, 171, 173; R. VECCHIONE, *Equità (Giudizio di)*, cit., p. 626.

<sup>(42)</sup> Si veda al riguardo la ricostruzione di M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 266-267.

tiva all'elaborazione del *quid novi* della scelta discrezionale e all'agire amministrativo non determinato dal precetto normativo.

9. (segue): b) *l'equità amministrativa non è un concetto giuridico indeterminato.*

Per quanto concerne la seconda puntualizzazione, anch'essa è volta a sgombrare il campo da un possibile equivoco, dovuto all'incertezza che circonda sia le nozioni di equità e discrezionalità, separatamente intese, sia il rapporto fra tali nozioni. Talora, infatti, i canoni che configurano casi di discrezionalità contengono un riferimento a concetti giuridici indeterminati<sup>(43)</sup>.

Ebbene, è un dato comune dell'esperienza giuridica che tali concetti presentano caratteri equitativi, essendo delle clausole di apertura<sup>(44)</sup>, che richiedono di essere precisate attraverso una valutazione adeguata ed umana delle circostanze, secondo un giudizio concreto.

Il che, data la natura dell'equità quale nozione dai confini imprecisi, può indurre a ricomprendere l'equità amministrativa fra i concetti giuridici indeterminati o, anche, a considerare il rinvio a tali concetti o clausole generali come un rinvio all'equità<sup>(45)</sup>, cosicché l'equità limiterebbe la discrezionalità quale suo presupposto di fatto; presupposto il cui rispetto sarebbe allora, almeno in teoria, sicuramente e agevolmente sindacabile dal giudice amministrativo.

<sup>(43)</sup> Si vedano ad esempio i cann. 41 (causa grave), 55 (ragione gravissima), 56 (causa giusta), 67 (notevole negligenza), 90 (causa giusta e ragionevole), 91 (causa grave), 139 § 2 (causa urgente), 222 (sostentamento onesto), 231 (remunerazione onesta), 236 (ragione grave), 257 (necessità grave), 269 (necessità della Chiesa), 1284 (diligenza del buon padre di famiglia), 1323 (grave incomodo).

<sup>(44)</sup> Cfr. K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., pp. 198, 204; S(ALVATORE) ROMANO, *Principio di equità (dir. priv.)*, cit., pp. 91, 105-106.

<sup>(45)</sup> Per un'interpretazione in questo senso nell'ambito della dottrina secolare G. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità*, cit., pp. 34-37; V. VARANO, *Equità*, cit., p. 6. Per una possibile applicazione di tale interpretazione anche all'esperienza giuridica canonica si veda L. DE NAUROIS, *L'équité dans les droits canonique et français contemporains*, cit., pp. 33, 40; E. MAZZACANE, *La «justa causa dispensationis» nello scioglimento del matrimonio per incosumazione*, cit., pp. 159-162.

Per la considerazione delle clausole generali e dei concetti indeterminati quali elementi della stessa specie di categoria giuridica cfr. K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., pp. 196-198.

Pur tuttavia, una linea di confine fra concetti giuridici indeterminati ed equità sussiste.

I concetti giuridici indeterminati, infatti, sono prevalentemente nozioni descrittive della situazione nella quale l'autorità può esercitare il potere. Tali concetti per essere applicati richiedono solo un'attività d'interpretazione e qualificazione giuridica; un'attività che avviene, certamente, attraverso la valutazione personale dell'operatore giuridico, ma tale valutazione è un criterio di conoscenza, non definitivo, che deve essere rapportato ed integrato con parametri obiettivi, pur se variabili, al fine di giungere al solo risultato valido<sup>(46)</sup>.

L'equità, invece, anche se, come i concetti indeterminati, si specifica sul piano della concretezza delle circostanze, non è un concetto descrittivo, ma un concetto di valore, la cui concreta applicazione comporta un giudizio di valore, per sé né oggettivo né univoco.

---

(46) Si veda al riguardo F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, cit., p. 136; K. ENGISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, pp. 187, 198-199.

