

ANDREA D'AURIA

IL CONCETTO DI SUPERIOR DEL CAN. 127: QUESTIONI PROBLEMATICHE APERTE

1. L'efficacia irritante del can. 127. — 2. L'espressione *Superior*. — 3. Il *Superior* quale *primus inter pares*. — 4. La necessità di un'interpretazione stretta del termine *Superior*. — 5. Parere o consenso quale formula facoltativa. — 6. L'obbligo di consultazione in rapporto ad attività o procedimenti. — 7. Alcune considerazioni conclusive.

1. *L'efficacia irritante del can. 127.*

Il can. 127 del Primo Libro del Codice di Diritto Canonico dispone che qualora il Superiore per porre atti di governo necessiti del parere o del consenso di un gruppo di persone o di un collegio, gli atti eventualmente posti senza aver sentito tale parere o che siano contrari al consenso prestato sono nulli.

Ci pare qui utile operare un breve approfondimento. L'ordinamento giuridico della Chiesa prevede che certi atti di governo di particolare rilievo siano posti in essere dal Superiore dopo che questi abbia operato una riflessione, un discernimento ed un approfondimento a riguardo delle ragioni che tendano a motivare l'adeguatezza di un certo comportamento o verificare invece la sussistenza di elementi che possano scoraggiare il porsi di un determinato atto giuridico.

Occorre però sottolineare che l'atto del Superiore è sempre un atto monocratico⁽¹⁾, a lui riferibile ed imputabile, che egli pone

⁽¹⁾ «*Can. 127 bezieht sich auf die Setzung von Rechtsakten, zu deren Vornahme eine Alleinzuständigkeit eines Superior gegeben ist, nicht jedoch auf Rechtsakte, die in die Zuständigkeit von Kollegialorgan fallen.*» In Helmuth PREE, *Commento al can. 127*, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen 2003, 127/4. A tal proposito il De Paolis afferma: «*datur collegialitas in efformando consensu, non in decidendo; colle-*

sotto la sua diretta responsabilità⁽²⁾; ma per evitare possibili abusi ed arbitri l'ordinamento della Chiesa prevede che tale sua potestà decisionale venga contemperata dalla necessità di coinvolgere nella decisione uno o più soggetti che svolgano però esclusivamente una funzione consultiva, senza alcuna presa di responsabilità diretta⁽³⁾. Prova ne è — da un punto di vista più squisitamente tecnico — che le persone consultate mai potranno sostituirsi all'autorità che è chiamata a porre in essere l'atto; potranno sì impedirgli, nel caso dell'obbligo del consenso, di porre un determinato atto, ma non potranno mai indurre il Superiore a porre un atto che egli non intende porre, neanche nel caso in cui egli ne abbia previamente chiesto ed ottenuto il consenso⁽⁴⁾.

gialitas habetur in stadio praevio, non ipso actu ponendo. Actus est personalis superioris.» In VELASIO DE PAOLIS, *An possit Superior religiosus suffragium ferre cum suo consilio vel suo voto dirimere paritatem sui consilii*, in «Periodica», (76) 1987, pag. 445.

(2) «Die Entscheidung darüber, ob der Rechtsakt gesetzt wird oder nicht, verbleibt in der Verantwortung des Superior als Individualorgan». In PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/4. E altrove lo stesso Autore afferma: «die Verantwortung, gegebenenfalls die Haftung für die zu setzende oder nicht zu setzende Rechtsbehandlung bleibt bei beiden Formen der Beispruchsrechte beim Superior». In PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/21. Il De Paolis, a tal proposito, così si esprime: «*munus regiminis est tantum apud Superiorem. Ipse tantum habet potestatem actum ponendi. Apud ipsum est iudicium circa opportunitatem vel non talem actum ponendi; ipse habet responsabilitatem actus; ipsi est imputabilis actus quem ponit. Est enim actus eius non collegii vel coetus.*» In DE PAOLIS, *An possit...*, cit., pag. 417.

(3) «Die Beispruchsberechtigten sind mithin rechtlich nicht mitverantwortlich für die Entscheidung des Oberen (nach außen) und ihre Konsequenzen; die Beispruchsberechtigten sind nur im Rahmen ihrer Tätigkeit verantwortlich und haftbar.» In PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/21. A tal proposito si veda anche: Michel THÉRIAULT, Commento al can. 127, in Instituto Martín de Azpilcueta Facultad de Derecho Canónico Universidad de Navarra, *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, a cura di: A. MARZOJA-J. MIRAS-R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, vol. I, Navarra 1996, pag. 831.

(4) «The consent once given does not obligate the Superior to place the act. He or she may subsequently decide not to act or to delay acting.» In Richard A. HILL, Commento al can. 127, in *The code of canon law. A text and commentary*, a cura di: J.A. CORIDEN-T.J. GREEN-D.E. HEINTSCHIEL, New York 1985, pag. 92. Il Thériault così si esprime: «*el consentimiento, en nuestro contexto, quiere decir que el Superior no puede actuar válidamente sin que los órganos o personas consultados estén de acuerdo con él (sin embargo, aunque reciba el consentimiento necesario en el caso, el Superior no está obligado a actuar; puede cambiar de idea y dejar decaer el proyecto para el que había pedido consentimiento).*» In THÉRIAULT, Commento al can. 127, in *Comentario*

Siamo qui di fronte ad un sapiente ed equilibrato bilanciamento operato all'interno della tradizione giuridica della Chiesa tra la responsabilità del Superiore che pone ultimamente l'atto e che è chiamato a risponderne e la corresponsabilità di altri soggetti che lo coadiuvano attraverso un'opera di partecipazione alla sua attività di governo. In tal modo resta sempre chiaro chi è l'autore dell'atto — non rendendosi così evanescente il principio della responsabilità personale — e quali soggetti concorrano, attraverso il loro consiglio, nel formarsi della volontà decisionale.

La norma di cui al can. 127 ha pertanto un'efficacia irritante ed è interessante qui notare che ogni qualvolta nel Codice sia rinvenibile il disposto per cui il Superiore per porre un atto di governo abbia bisogno del parere o del consenso di una persona, di alcune persone o di un collegio, tale disposto avrà sempre efficacia invalidante (cfr. can. 10) anche se ciò, nel canone in questione, non venisse esplicitamente ribadito attraverso la menzione della clausola irritante⁽⁵⁾. Non solo, ma tale efficacia invalidante si verificherà anche qualora l'obbligo da parte del Superiore di chiedere il parere o il consenso sia previsto dal diritto particolare o proprio⁽⁶⁾.

Exegético..., cit., pag. 831. Aymans-Mörsdorf, a tal proposito, affermano: « *das Zustimmungsrecht hat zur Folge, daß der Obere ohne die Einwilligung des Beispruchsberechtigten nicht rechtswirksam handeln kann. Der Obere behält aber, selbst wenn die Zustimmung gegeben worden ist, die Freiheit, die Beabsichtigte Handlung zu unterlassen. Die Zustimmung ist notwendig zum rechtswirksamen Handeln, sie zwingt aber nicht zum Handeln.* » In Winfried AYMANS-Klaus MÖRSDORF, *Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici. Band I. Einleitende Grundfragen und Allgemeine Normen*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1991, pag. 371.

⁽⁵⁾ « *...während jedes Beispruchsrecht zu einer Handlung eines Oberen im CIC aufgrund von can. 127 CIC gültigkeitsrelevant ist, auch wenn der betreffenden Norm keine eigene irritierende Klausel beigelegt ist.* » In Markus WALSER, *Die Rechtsbehandlung im Kanonischen Recht. Ihre Gültigkeit und Ungültigkeit gemäss dem Codex Iuris Canonici*, Göttingen 1994, pag. 130.

⁽⁶⁾ « *This canon is applicable whenever the law of the Church, whether universal or particular or proper, requires the counsel or consent of groups of persons or of individuals before a decision is reached.* » In HILL, *Commento al can. 127*, in *The code of canon law...*, cit., pag. 91. Il De Paolis, a tal proposito, così si esprime: « *sed expressio (del can. 127, n.d.a.) est amplissima. Comprehendit non tantum ius universale, sed etiam particulare, immo, etiam proprium institutorum religiosorum, quia et hoc ius est tandem aliquando ius particulare, quamvis singulare vel proprium religiosorum. Ex hoc consequitur res magni momenti: nisi ipsum ius universale aliter statuat, etiam in iure particulari vel proprio sequenda est norma, canonis 127, § 1 statuta.* » In DE PAOLIS, *An possit Superior...*, cit., pag. 420. Ugualmente si esprime il Conte Coronata che così

Possiamo quindi affermare che si tratta qui di una nullità implicita: il can. 127 dispone una volta per tutte che un atto posto dal Superiore contro il consenso o senza richiedere il parere dei soggetti prescritti dal diritto sarà inefficace, senza la necessità di doverlo ripetere volta per volta⁽⁷⁾.

Ciò ha anche fondamento nello stesso can. 10, laddove l'avverbio *expresse* non va inteso in senso opposto a *implicite*.⁽⁸⁾ La nullità di un atto può quindi essere disposta attraverso il richiamo implicito ad un'altra norma del Codice che disponga in modo generale i requisiti di validità dell'atto stesso, senza la necessità che questi vengano ripetuti ogni volta.

Non intendiamo nell'ambito del nostro breve scritto affrontare le innumerevoli problematiche connesse con l'esegesi e l'applicazione del can. 127. Vorremmo qui semplicemente analizzare come vada interpretato, a nostro avviso, il termine *Superior* ovvero evidenziare chi è il soggetto che dovendo porre un atto di governo è tenuto, sotto pena di nullità, ad attenersi al disposto del can. 127 e ciò in ordine alla possibilità di ravvisare alcuni casi in cui l'efficacia irritante del can. 127 non sia applicabile, pur ricorrendo la terminologia propria del consenso e del parere.

2. *L'espressione Superior.*

Chi è il *Superior* di cui al can. 127? La dottrina⁽⁹⁾ sembra mostrare scarso interesse a tale problematica, pena, a nostro avviso, il

afferma: «*etiam iura particularia aut specialia consensum aut consilium in agendo requirere possunt; eorum necessitas ad actuum validitatem, nisi aliud ex eodem iure speciali probari possit, ex hoc canone metiri debere videtur.*» In Matteo CONTE CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, vol. I, Torino, pag. 185.

⁽⁷⁾ «Il can. 127 ha anche lo scopo di evitare la necessità di ribadire nelle singole disposizioni l'obbligo *ad validitatem* di ottenere rispettivamente il consenso o il parere». In Carlo REDAELLI, *Commento al can. 127*, in *Codice di Diritto Canonico Commentato. A cura della Redazione di Quaderni di diritto ecclesiale*, Milano 2001, pagg. 173-174. Si veda anche: James THAIKOOTTATHIL, *Leges irritantes aut inhabilitantes: a historical, exegetical and systematic study on canon 10 of Code of Canon Law 1983*, Pontificia Università Urbaniana, Roma 2003, pagg. 80-83.

⁽⁸⁾ Si veda, a tal proposito: Velasio DE PAOLIS, *Il primo libro del codice. Norme Generali*, in *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. I, terza edizione, Roma 1995, pag. 281.

⁽⁹⁾ Sembrano ignorare assolutamente tale problema: HILL, *Commento al can.*

riconnettere efficacia irritante a qualsiasi espressione che nel Codice possa atteggiare il dovere per un Superiore di ascoltare un parere o di attenersi ad un consenso.

Innanzitutto affermiamo che il Superiore è qualsiasi soggetto dotato di potestà ecclesiastica di governo in foro esterno di cui al can. 129. Dobbiamo quindi riferirci, per una più precisa enumerazione, al can. 134 laddove viene enunciata la qualifica di ordinario e esplicitato in capo a quali soggetti essa sia rinvenibile e quindi quali siano i soggetti dotati di tale potere⁽¹⁰⁾. Inoltre, in base al combinato disposto dei cann. 134 e 620, tale qualifica va estesa anche ai Superiori maggiori degli istituti di vita consacrata religiosi di diritto pontificio clericali e delle società di vita apostolica di diritto pontificio clericali e ai loro rispettivi vicari⁽¹¹⁾. Di conseguenza ogniquale volta uno dei soggetti summenzionati si trovi a porre un atto di governo per cui è prevista una consultazione attraverso la formula del parere o del consenso, questi sarà tenuto ad attenersi al disposto del can. 127, pena l'invalidità degli atti posti in difformità a tale canone.

Riteniamo tuttavia che tale principio sia estensibile a qualsiasi Superiore che nella Chiesa eserciti una potestà pubblica⁽¹²⁾, anche

127, in *The code of canon law...*, cit., pagg. 91-92; Luis VELA SÁNCHEZ, *Atto giuridico*, in *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, a cura di Carlos CORRAL SALVADOR-Velasio DE PAOLIS-Gianfranco GHIRLANDA, Cinisello Balsamo 1993, pagg. 69-70; Eduardo MOLANO, Commento al can. 127, in Università di Navarra - Istituto Martín de Azpilcueta, *Codice di diritto canonico*, a cura di Pedro LOMBARDIA-Juan Ignacio ARRIETA, vol. I, Roma 1987, pag. 125; Julio GARCÍA MARTÍN, Institutum Iuridicum Claretianum, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Terza Edizione, Roma 1999, pagg. 437-443; REDAELLI, Commento al can. 127, in *Codice di Diritto Canonico...*, cit., pagg. 173-175; Benito GANGOITI, Commento al can. 124, in *Código de derecho canónico*, a cura di: Antonio BENLLOCH POVEDA, Valencia 1993, pagg. 82-83; THÉRIAULT, Commento al can. 127, in *Comentario Exegético...*, cit., pagg. 831-834.

(10) «Insofern sämtliche in c. 134 § 1 CIC/1983 genannte Ordinarien vor bestimmten Handlungen an Beispruchsrechte Dritter gebunden sind, kann jeder Ordinarius ein Superior nach c. 127 CIC/1983 sein.» In Elmar GÜTHOFF, *Consensus et consilium ad normam canonis 127 Codicis Iuris Canonici et canonis 934 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium*, Pontificia Università Lateranense, Roma 1992, pag. 99.

(11) Si veda, a tal proposito, il nostro precedente lavoro: Andrea D'AURIA, *I laici nel munus regendi*, in *I laici nella ministerialità della Chiesa, Quaderni della Mendola*, (a cura del) Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano 2000, pagg. 148-151.

(12) «Le mot supérieur est pris ici dans un sens assez large; il comprend qui-

se non necessariamente una *potestas ecclesiastica regiminis*.⁽¹³⁾ Il concetto di *Superior* è quindi più esteso del concetto di *Ordinarius*.⁽¹⁴⁾ Vanno infatti innanzitutto ricompresi in tale accezione i Superiori degli istituti di vita consacrata e delle società di vita apostolica laicali o di diritto diocesano i cui superiori, a norma del can. 134, non sono Ordinari. Inoltre, esemplificativamente, anche il parroco⁽¹⁵⁾, qualora a norma del diritto sia tenuto ad ascoltare il parere o ottenere il consenso del consiglio pastorale (can. 536)⁽¹⁶⁾

conque préside un groupe de personnes ou le représente ou est chargé d'en administrer les biens, pourvu qu'il ait personnellement un vrai pouvoir exécutif. » In E. JOMBART, *Consentement*, in (a cura di R. NAZ), *Dictionnaire de droit canonique*, IV, Paris 1949, col. 288.

Il Maroto, a tal proposito, così si esprime: «*bic sub nomine Superiorum possent intelligi quicumque exercent munus quoddam, v.g., Administratorum, ad personas morales spectans; sed maxime intelliguntur Praesides aut Rectores principales personarum earundem.* » Cfr.: Filippo MAROTO, *Institutiones Iuris Canonici ad normam novi Codicis, Tractatus Fundamentales*, vol. II, Roma, pag. 554. Il Pree afferma: «*Superior meint alle mit kirchlicher Leitungsautorität im forum externum ausgestatteten Individualorgane, sowohl in Rahmen der hierarchischen als auch im Rahmen der Ordensrechtlichen Kirchenstruktur.* » In PREE, *Commento al can. 127*, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/4. Il Ghirlanda, a tal proposito, così si esprime: «il can. 127 in modo generale si riferisce agli atti giuridici di una persona che nella Chiesa esercita un'autorità o comunque una funzione di direzione o amministrazione. Quindi, il canone, usando il termine "Superiore" in un'accezione molto generale, indica innanzitutto ogni persona pubblica rivestita di un'autorità, nell'ambito della gerarchia ecclesiastica, negli istituti di vita consacrata, nelle società di vita apostolica e nelle associazioni pubbliche, nonché nell'ambito dell'amministrazione dei beni ecclesiastici; il canone, però, riguarda anche i moderatori delle associazioni private». In Gianfranco GHIRLANDA, *Atto giuridico e corresponsabilità ecclesiale*, in *L'atto giuridico nel diritto canonico*, Studi Giuridici LIX, Città del Vaticano 2002, pag. 293.

⁽¹³⁾ «*Nicht erblich ist, ob das Leitungsamt ein Mehr oder Weniger an Jurisdiktionsbefugnissen iSd can. 129 § 1 mit sich bringt.* » In PREE, *Commento al can. 127*, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/4.

Per la differenza tra i concetti di *potestas ecclesiastica regiminis* e *potestas publica*, si veda: D'AURIA, *I laici nel munus regendi...*, cit., pagg. 135-160.

⁽¹⁴⁾ «*Allerdings ist der Begriffsumfang von Superior im Sinne von can. 127 CIC/1983 weiter, als der von Ordinarius in c. 134 § 1 CIC/1983.* » In GÜTHOFF, *Consensus et consilium...*, cit., pag. 99.

⁽¹⁵⁾ «*So könnte auch der Pfarrer als Superior angesehen werden, dem der Gesetzgeber Beispruchsbindungen auferlegen könnte.* » In PREE, *Commento al can. 127*, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/4.

⁽¹⁶⁾ Si noti tuttavia che per quanto riguarda il consiglio pastorale della parrocchia il Codice afferma che: *consilium pastorale voto gaudet tantum consultivo* (can. 536). Non riteniamo pertanto possibile che regolamenti parrocchiali o diocesani pos-

o del consiglio per gli affari economici (can. 537), agirà invalidamente qualora non ottemperi il disposto del can. 127. Occorrerà poi riandare al diritto proprio per verificare in quali materie e per quali casi il parroco è tenuto ad una consultazione più o meno vincolante di tali organi consultivi.

Sottolineiamo inoltre che gli obblighi di cui al can. 127 sono rinvenibili anche in capo a quei soggetti che godono di una potestà delegata⁽¹⁷⁾. Quindi nel caso in cui un Vescovo o un Superiore maggiore di un istituto deleghino ad un soggetto il compimento di atti di governo questi è tenuto a consultare quel gruppo di persone o quel collegio che, a norma del diritto universale o proprio, godono del diritto di consultazione di cui al can. 127.

Ma il punto cruciale sul quale vorremmo addensare la nostra attenzione riguarda proprio il termine *Superior*. Alcuni Autori⁽¹⁸⁾ di fama indiscussa hanno fatto notare che il Superiore di cui al can. 127 è tenuto all'osservanza di detto canone solo qualora agisca in quanto Superiore — *uti Superior*⁽¹⁹⁾ — cioè qualora e nella misura in cui egli è il Superiore di quei soggetti a cui chiede il parere

sano derogare a questo prescritto codiciale considerando quale consenso vincolante il voto dato dal consiglio pastorale.

(17) Si veda, in tal senso: THÉRIAULT, Commento al can. 127, in *Comentario Exegético...*, cit., pag. 831. Stranamente il Pree sembra porre in dubbio tale principio quando afferma: «*daß auch Inhaber delegierter Leitungsgewalt unter den Begriff Superior gemäß can. 127 subsumiert werden könnten... ist von der ratio legis her in Abrede zu stellen.*» Cfr. PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/4. L'Autore afferma successivamente che l'obbligo di cui al can. 127 si riferisce solo ai titolari del potere decisionale e ai loro vicari, ma non a coloro che hanno ricevuto tale potere per delega — «*can. 127 erscheint von seinem Sinn her auf die eigentlichen Entscheidungsträger zugeschnitten zu sein. Das aber sind nur solche, die kraft Amtes eine Leitungsfunktion bekleiden, sei es mit potestas ordinaria propria oder vicaria.*» PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/4-5.

(18) L'Urrutia, a tal proposito, così si esprime: «*à remarquer qu'il n'est pas question d'une permission ou d'un consentement à demander à un supérieur hiérarchique, mais d'un consentement ou d'un avis de personnes qui n'ont pas autorité sur celui qui est responsable de l'acte à poser.*» In Francisco Javier URRUTIA, *Les normes générales*, Paris 1994, pag. 207.

(19) «*Agitur in canone de casibus, in quibus Superior, de quo supra, ad agendum indigeat aliquarum personarum seu Cosiliariorum sibi inferiorum consensu vel Consilio.*» Gommarus MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Lublin-Braschaat 1932, pagg. 401-402.

o il consenso⁽²⁰⁾, ovvero qualora tali soggetti siano sottoposti all'autorità di governo di chi pone l'atto⁽²¹⁾.

La forza irritante del can. 127 non si attuerà quindi qualora il *Superior* per porre un atto si rivolge ad un autorità a sé superiore⁽²²⁾ o equiparata per ottenere un consenso o per avere un pa-

(20) «*Haec sanctio nullitatis, canone 105, n. 1, modo generali statuta, applicatur solummodo ubi consensus inferiorum, qui saepissime in administrando Superiores adiuvant, iure praescribitur.*» In G. VROMANT, *De actibus personae moralis collegialis ac Superioris*, in «*Ephemerides Theologicae Lovanienses*», (VII), 1930, pag. 681. A tal proposito, il Ghirlanda così si esprime: «il Superiore rimane tale rispetto al collegio o gruppo di persone in questione, e quindi esterno ad esso». In GHIRLANDA, *Atto giuridico...*, cit., pag. 299. Il Walser afferma: «*da es sich um Rechtsbehandlungen eines Oberen handelt, ist diese Vorschrift nur einschlägig, wenn die um Rat oder Zustimmung zu fragenden Einzelpersonen oder Personengesamtheiten ihm untergeordnet oder untergeben sind.*» In WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pagg. 127-128. Aymans-Mörsdorf così si esprimono: «*unter Beispruchsrechten Dritter versteht man die untergeordneten Organen und selbst bloßen Interessenten gesetzlich eingeräumte Befugnis, zu bestimmten Amtsbehandlungen eines Oberen durch Zustimmung oder Rat mitzuwirken. Dadurch wird die Handlungsfreiheit des Oberen entsprechend eingeschränkt.*» In AYMANS-MÖRSDORF, *Kanonisches Recht...*, cit., pag. 369.

(21) «(I Superiori, n.d.a.) *necesitan a veces para actuar su propia competencia y dentro de ella, el previo consentimiento o consejo de otros que no le son autoridad jerárquicamente superior. De esto trata el can. 127, designando a tal Rector y tal Superior con la denominación común a ambos de Superior.*» In Federico Rafael AZNAR GIL, *Respuestas de la Comisión de intérpretes de 5 de julio de 1985. Texto y comentario*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, (119) 1985, pag. 498. Il Jombart così si esprime: «*il s'agit donc de quelqu'un qui a quelque supériorité sur les autres membres de son association (la quelle n'est pas nécessairement une personne morale proprement dite), en tant qu'il peut prendre de lui même certaines mesures concernant la dite association, mais à qui, dans les cas prévus par le droit, le consentement d'autres personnes est nécessaire.*» Cfr. JOMBART, *Consentement*, in *Dictionnaire de droit...*, cit., col. 288. Il De Paolis così afferma: «si tratta di uno (il Superiore, n.d.a.) che deve prendere una decisione in quanto è superiore e per la quale il diritto esige la collaborazione, mediante parere o consenso, di altre persone, sia come singole che come collegio o gruppo di persone, che non hanno autorità su colui che deve porre l'atto. Non si tratta pertanto di un eventuale consenso o approvazione di cui egli avrebbe bisogno da parte dell'autorità superiore: in questo caso non agisce come superiore». In DE PAOLIS, *Il primo libro...*, cit., pagg. 414-415.

(22) «*Il n'est pas question dans ce canon du consentement que le droit prescrit parfois d'obtenir d'un supérieur plus élevé, tel que l'Ordinaire du lieu ou le Saint-Siège.*» In JOMBART, *Consentement*, in *Dictionnaire de droit...*, cit., col. 288. Il Vromant, a tal proposito, così si esprime: «*eadem sanctio generalis, per se non applicatur consensui, aliquoties ab altiore auctoritate requirendo ad agendum...*» In VROMANT, *De actibus personae moralis...*, cit., pag. 681.

rere oppure qualora si rivolga ad organi di consultazione non a lui sottomessi⁽²³⁾, ma a lui paritari se non addirittura sovraordinati⁽²⁴⁾.

L'Aznar Gil, in modo molto efficace, così distingue le due diverse fattispecie: «*unas veces se le impone que acuda a su jerarquía superior para pedir su consentimiento, y entonces se trata de la licencia canónica; o simplemente en consulta a dicha jerarquía por si ella tuviera algo que observar o advertir. De estos casos no trata el can. 127. Otras veces se impone al Superior que obtenga el previo consentimiento o el consejo de otras personas que no le son jerarquía superior. Estas otras personas pueden ser un colegio o grupo (de que trata el can. 127 § 1) o unas personas determinadas (de que trata el can. 127 § 2)*»⁽²⁵⁾.

Tale precisazione può apparire ovvia o addirittura scontata, ma stranamente è assente nella maggior parte degli Autori ed ha rilievi applicativi non secondari e che spesso sfuggono anche alla dottrina più accorta. Ci permettiamo qui di seguito di fare alcuni esempi in cui la dottrina invoca il disposto del can. 127 pur in casi in cui, a nostro avviso, il *Superior* non agisce in quanto tale.

Il can. 579 prevede che ogni Vescovo nella propria diocesi possa erigere istituti di vita consacrata *dummodo Sedes Apostolica consulta fuerit*. Ebbene riteniamo che qui difficilmente si possa sostenere che il Vescovo diocesano sia il Superiore della Sede Apostolica e quindi, a nostro avviso, non è invocabile il can. 127.⁽²⁶⁾

⁽²³⁾ «*Es liegt auch kein Zustimmungsrecht im Sinne von c. 127 vor ... wenn der an die Zustimmung des Personenkreises gebundene Obere diesem Kreis gegenüber kein Superior im Sinne von c. 127 § 1 ist.*» In GÜTHOFF, *Consensus et consilium...*, cit., pagg. 146-147.

⁽²⁴⁾ «*Agitur in canone de casibus, in quibus Superior... agere non potest sine consensu aut consilio aliorum, intellige consiliariorum sibi inferiorum, non vero Superioris diversi et altioris.*» MICHELS, *Principia generalia...*, cit., pag. 401. Molto efficacemente il Ghirlanda, a tal proposito, così si esprime: «comunque, non bisogna cadere nell'equivoco di considerare sotto il regime del c. 127 § 2 i casi in cui è richiesta la consultazione di un Superiore gerarchico (per es. c. 644) o la sua licenza (per es. c. 684 § 5) o il suo consenso (per es. c. 609 § 1). Il c. 127 § 2 infatti si riferisce alla relazione giuridica che esiste tra il Superiore e le persone che lo debbono aiutare nel suo governo e non alla relazione con i suoi Superiori gerarchici». In GHIRLANDA, *Atto giuridico...*, cit., pag. 306.

⁽²⁵⁾ AZNAR GIL, *Respuestas de la Comision...*, cit., pag. 497.

⁽²⁶⁾ La Recchi ravvisa il problema, ma non prende posizione in proposito, affermando che vi sono pareri differenti al riguardo, senza tuttavia affrontare la radice

Di conseguenza qualora un Vescovo eriga nella propria diocesi un istituto di vita consacrata senza sentire la Sede Apostolica, tale erezione sarà senz'altro valida, benché innegabilmente illecita⁽²⁷⁾.

A nulla varrà, a nostro avviso, invocare la presenza della particella *dummodo*, in quanto tale congiunzione ha efficacia irritante solamente se apposta in un atto amministrativo (can. 39); ma il can. 579 è una norma universale del diritto della Chiesa e non un atto amministrativo singolare. Ciò non toglie ovviamente che la Santa Sede possa poi chiedere la revoca del decreto di erezione posto in modo illecito.

Facciamo un altro esempio. Il can. 609 prevede che per erigere una casa religiosa in una diocesi il Superiore religioso necessiti del consenso scritto del Vescovo diocesano. Ebbene a nostro avviso la presenza del termine *consensus* non deve qui trarre in inganno. Il Superiore religioso che a norma delle costituzioni può erigere una casa non è il Superiore del Vescovo diocesano cui chiede il consenso e quindi non vediamo come possa essere qui invocato il can. 127.⁽²⁸⁾ La necessità del consenso non dovrà quindi essere rispettata *sub poena nullitatis* e di conseguenza l'erezione di una casa avvenuta senza il consenso o addirittura contro il consenso del vescovo sarà, a nostro avviso, valida⁽²⁹⁾, benché illecita e non escludiamo che anche in questo caso il Vescovo possa chiedere la revoca dell'atto di erezione.

In senso assolutamente analogo riteniamo che l'obbligo di consultare il Vescovo diocesano da parte del Moderatore Supremo nel caso di soppressione di una casa religiosa non sia da considerarsi *ad validitatem* (cfr. can. 616 § 1).

della questione. Cfr.: Silvia RECCHI, Commento al can. 579, in *Codice di Diritto Canonico Commentato*. A cura della Redazione di Quaderni di diritto ecclesiale, Milano 2001, pag. 511.

(27) Il Michiels così afferma: «*non raro in iure ad agendum requiritur altioris vel alterius Superioris, puta Ordinarii loci vel Sedis Apostolicae, consensus... Talis consensus, secus ac in can. 105 statuitur, per se non requiritur ad validitatem actus; regulariter nihil aliud est quam approbatio auctoritativa seu licentia praevia, ad solam licentiam requisita.*». In MICHELIS, *Principia generalia...*, cit., pag. 401.

(28) La Recchi ritiene invece che sia qui invocabile il can. 127; cfr.: RECCHI, Commento al can. 609, in *Codice di Diritto...* cit., pag. 528.

(29) Condividono invece la nostra posizione: PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/6; URRUTIA, *Les normes générales...*, cit., pag. 207.

Un'ulteriore possibile applicazione di tale principio. I cann. 686 e 745 prevedono rispettivamente che il Moderatore supremo di un istituto di vita consacrata o di una società di vita apostolica possa concedere ad un suddito l'indulto di escaustrazione se vi è il consenso dell'Ordinario nella cui diocesi il sacerdote deve dimorare. Ebbene qui, a nostro avviso, il Moderatore difficilmente può configurarsi come *Superior* dell'Ordinario diocesano⁽³⁰⁾. Riteniamo pertanto che tale consenso sia richiesto *ad liceitatem tantum*, in quanto non è qui invocabile il vigore del can. 127.

Un altro esempio interessante riguarda il caso in cui l'Ordinario intenda dispensare dalla forma canonica prevista per la valida celebrazione del matrimonio in caso di matrimoni misti o di disparità di culto — e ciò dal combinato disposto dei cann. 1127 e 1129. Il Codice prevede questa possibilità in capo all'Ordinario del luogo della parte cattolica *consulto tamen Ordinario loci in quo matrimonium celebratur*. Anche in questo caso l'Ordinario della parte cattolica non può essere considerato quale *Superior*⁽³¹⁾ dell'Ordinario del luogo di celebrazione cui richiede il consenso e quindi, a nostro avviso, difficilmente potrà essere qui invocato il can. 127;⁽³²⁾ di conseguenza riteniamo che tale obbligo di consultazione non sia richiesto *sub poena nullitatis*⁽³³⁾.

Di certo nulla impedisce che anche qualora non sia invocabile il can. 127 — in quanto chi agisce non lo fa *uti Superior* — l'obbligo di consultazione sia chiesto per la validità dell'atto, ma in questo caso occorre che la legge lo indichi espressamente e ciò secondo la previsione del can. 10. Il Michiels così si esprimeva in modo sintetico ed efficace: «*non raro in iure ad agendum requiritur altioris vel alterius Superioris, puta Ordinarii loci vel Sedis Apostoli-*

⁽³⁰⁾ GÜTHOFF, *Consensus et consilium...*, cit., pag. 146.

⁽³¹⁾ «*Denn der Ortsordinarius des katolischen Partners is nicht Superior des Ordinarius des Trauungsortes.*». In WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 155.

⁽³²⁾ Concorde con la nostra posizione è il Bianchi; cfr.: Paolo BIANCHI, Commento al can. 1127, in *Codice di Diritto Canonico Commentato*. A cura della Redazione di Quaderni di diritto ecclesiale, Milano 2001, pag. 909.

⁽³³⁾ Dubbio, secondo alcuni Autori, sarebbe invece l'obbligo, di cui al can. 567 § 2, di consultare il Superiore proprio da parte dell'Ordinario del luogo per la nomina del cappellano di una casa di un istituto religioso laicale — cfr.: AYMANS-MÖRSDORF, *Kanonisches Recht...*, cit., pag. 370. Propendiamo in questo caso per l'applicabilità del can. 127, in quanto riteniamo che si possa affermare che il Vescovo è *Superior* rispetto al Superiore dell'istituto laicale.

cae, consensus Talis consensus..., secus ac in can. 105 statuitur, per se non requiritur ad validitatem actus; regulariter nihil aliud est quam approbatio auctoritativa seu licentia praevia, ad solam liceitatem requisita, ut apparet ex aliis Codicis canonibus... nec non ex iure antiquo... ubi consensus consiliariorum, quod suffragium, et decisivum quidem dicitur, aperte distinguitur a consensu altioris auctoritatis, qui licentia vocatur nec decisivus dicitur; ut talis consensus, si requiratur, habeatur ad actus validitatem necessarius, hoc explicite seu aequivalenter ex ipsis canonis verbis est probandum»⁽³⁴⁾.

Un esempio interessante è quanto previsto dai cann. 1291 e ss.. La normativa prevede che una persona giuridica pubblica per effettuare un atto di alienazione abbisogni della licenza dell'autorità competente. Chi sia tale autorità è previsto dagli statuti o in mancanza è il Vescovo o in alcuni casi la Santa Sede. In questo caso è secondo evidenza che chi pone l'atto di amministrazione straordinaria sul patrimonio non è il *Superior* rispetto al soggetto cui deve essere richiesta tale licenza; quindi anche qui il can. 127 non sarà, a nostro avviso, invocabile.

Purtuttavia il can. 1291 ha efficacia irritante proprio perché è lo stesso disposto normativo che lo prevede con clausola espressa quando afferma: *ad valide alienanda bona... requiritur licentia auctoritatis ad normam iuris competentis*. Quindi un atto di alienazione posto senza prima aver ottenuto la debita licenza da parte dell'autorità competente sarà nullo non in virtù del can. 127, ma più semplicemente perché il can. 1291 contiene una formula irritante.

3. *Il Superior quale primus inter pares.*

Se affermiamo che il can. 127 è applicabile solo qualora il *Superior* abbia un potere sovraordinato rispetto ai soggetti cui si rivolge per avere un consenso o un parere, se ne deduce altresì che il can. 127 non si applica allorché il Superiore agisca quale *primus inter pares*⁽³⁵⁾, ovvero quando egli presiede un organo collegiale,

⁽³⁴⁾ MICHELIS, *Principia generalia...*, cit., pag. 401. Anche il Jombart, in tale contesto, così si esprime: «un tel consentement n'est nécessaire à la validité de l'acte que si cette nécessité est affirmée explicitement ou équivalentement dans la loi.» In JOMBART, *Consentement*, in *Dictionnaire de droit...*, cit., col. 288.

⁽³⁵⁾ «Nicht unter den Begriff Superior fallen deshalb: Vorsteher von Kollegialorganen, welche innerhalb des Kollegiums die Stellung eines primus inter pares, nicht hin-

ma non è dotato di un potere autonomo rispetto agli altri soggetti che compongono il ceto di cui lui fa parte⁽³⁶⁾.

Ciò ha rilevanza ad esempio per quanto riguarda l'applicazione del can. 699 § 1⁽³⁷⁾, laddove si prevede che: *Supremus Moderator cum suo consilio, quod ad validitatem saltem quattuor membris constare debet, collegialiter procedat ad probationes, argumenta et defensiones accurate perpendenda, et si per secretam suffragationem id decisum fuerit, decretum dimissionis ferat, expressis ad validitatem saltem summarie motivis in iure et in facto*. L'espressione *collegialiter procedat* — vogliamo qui notare come questo sia l'unico caso in cui il Superiore religioso sia tenuto ad agire collegialmente col suo consiglio — esclude qui l'applicabilità del can. 127, in quanto non si tratta di un atto del Superiore legato ad un voto del suo consiglio, bensì della formazione di una volontà collegiale a cui il Superiore concorre. La decisione sarà quindi ascrivibile allo stesso consiglio presieduto dal *Superior*, e non alla mera volontà di quest'ultimo⁽³⁸⁾. Ciò ha un rilievo giuridico non trascurabile in quanto se il *Superior* all'interno del collegio si troverà in minoranza — non volendo ad esempio emettere l'atto di dimissione — dovrà comunque agire anche contro la sua propria volontà⁽³⁹⁾; diversamente dal caso in cui fosse applicabile il can. 127, in quanto in tal caso, come abbiamo già visto, il Superiore non può agire contro il consenso richiesto, ma negato dal consiglio, ma al contempo non

gegen hierarchische Autorität besitzen. » In PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/5.

In modo equivalente il Walser afferma: «*nicht "superior" im Sinne von c. 127 CIC ist ein "primus inter pares", der den Versammlungen eines Kollegialorgans vorsteht*. » In WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 132.

⁽³⁶⁾ Il De Paolis afferma: «*hypotesis considerata in can. 127 § 1 respicit non actionem collegialem alicuius collegii aut actionem ad modum collegii alicuius coetus, sed actum superioris*. » In DE PAOLIS, *An possit Superior...*, cit., pag. 415. A tal proposito anche il Walser afferma: «*c. 127 ist nicht einschlägig, wenn der Obere mit seinem Rat kollegial handeln muß. Denn der Handlungsträger ist hier nicht der Obere (allein oder mit seinem Rat), sondern das Kollegium*. » In WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pagg. 130-131.

⁽³⁷⁾ AYMANS-MÖRSBACH, *Kanonisches Recht...*, cit., pag. 371.

⁽³⁸⁾ Bruno PRIMETSHOFER, *Ordensrecht*, Friburgo (i. Br.) 1988, pagg. 192-193.

⁽³⁹⁾ «*Wenn die Mehrheit für die Entlassung votiert, hat der oberste Leiter, unabhängig davon, wie er selbst abgestimmt hat, das Entlassungsdekret auszustellen*. » In PRIMETSHOFER, *Ordensrecht...*, cit., pagg. 192-193.

potrà essere obbligato a porre positivamente un atto giuridico contrario alla sua volontà.

4. *La necessità di un'interpretazione stretta del termine Superior.*

Un'ulteriore precisazione si rende a questo punto doverosa. Il can. 127, prevedendo una limitazione nel libero esercizio di un diritto, deve, in virtù del can. 18, essere sottoposto ad un'interpretazione stretta⁽⁴⁰⁾. Il *Superior* è quindi, a nostro avviso, da intendersi sempre quale persona fisica⁽⁴¹⁾, un soggetto monocratico⁽⁴²⁾ singolo, ovvero colui che amministra, che presiede o che rappresenta un collegio o un istituto⁽⁴³⁾. Il dispositivo irritante non sarà quindi applicabile quando chi pone l'atto è una persona giuridica o anche un collegio sprovvisto di personalità giuridica che abbisogna del parere o del consenso di altri soggetti.

Un'esemplificazione. Il can. 320 prevede, nel suo terzo paragrafo, che: *consociatio publica ab auctoritate competentis ne supprimatur, nisi auditis eius moderatore aliisque officialibus maioribus*. Ebbene come deve essere inteso questo obbligo di consultazione? È qui invocabile il can. 127? A nostro avviso se l'autorità competente per la soppressione è la Conferenza Episcopale che a norma del can. 320 § 2 ha eretto l'associazione stessa e che agisce collegialmente nella procedura di soppressione, allora il can. 127 non è

(40) Il Pree così afferma: «*außerdem ist iSv 18 die enge Auslegung geboten, da es sich bei einer Nichtigkeitssanktion stets um eine die Rechtsausübung beschränkende Norm handelt*». In PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/5. A tal proposito, si veda anche: VROMANT, *De actibus...*, cit., pag. 681.

(41) «*El can. 127 § 1 trata de la persona física que es Superior y pretende actuar como tal conforme a su propia competencia, pero al cual el Derecho común le impone la exigencia previa dicha como requisito previo de validez...*». In AZNAR GIL, *Respuestas de la Comisión...*, cit., pag. 497.

(42) «*Immerhin verwendet der CIC den Begriff Superior kein einziges Mal für ein Kollegialorgan. Auch der Ordensrechtliche Begriff des Superior erfaßt keine kollegialen Leitungsorgane. Die Kapitel werden stets neben den Superiores genannt*». In PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/5.

(43) Così si esprime l'Aznar: «*con el término de Superior se comprende aquel que preside un determinado colegio o instituto y que goza de propia y verdadera potestad autoritativa para poner un acto jurídico determinado*». In Federico AZNAR, Commento al can. 127, in *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada*, Madrid 1985, pag. 103.

qui applicabile, in quanto la Conferenza Episcopale non è un soggetto singolo o comunque non agisce come tale⁽⁴⁴⁾.

Ciò non toglie la possibilità che anche un organo collegiale o una persona giuridica siano tenuti, in alcuni casi, sotto pena di nullità, a sentire il parere o il consiglio di determinati soggetti; ma ciò sarà esigito non in forza del can. 127, bensì in virtù di un'espressa statuizione di legge ex can. 10⁽⁴⁵⁾.

5. *Parere o consenso quale formula facoltativa.*

A nostro avviso il dovere di consultazione in capo a soggetti dotati di potestà gerarchica non è connesso con una efficacia irritante laddove vengono usate formule facoltative o il dovere di consultazione è lasciato alla discrezione del Superiore⁽⁴⁶⁾.

In altre parole qualora il dovere di consultazione è introdotto da espressioni quali: «*ubi id expedit*» (can. 317 § 1); «*prout adiuncta suadeant*» (can. 365 § 2); «*si casus ferat*» (can. 524), «*si opportunum id iudicaverit*» (can. 547); «*pro suo prudenti iudicio*» (can. 553 § 2); «*quantum fieri potest*» (cann. 50, 971⁽⁴⁷⁾), etc., esso, a nostro avviso, non obbliga sotto pena di nullità⁽⁴⁸⁾.

(44) Il Pree, a tal proposito, così si esprime: «*M.E. handelt in diesen Fällen (cann. 317 § 1, 318 § 2 e 320 § 3, n.d.a.) die BK nicht als Superior gemäß 127, wenn es um die Auflösung einer consociatio publica nach 320 § 3 geht; die Verletzung der dort vorgesehenen Anhörungsrechte ist m.E. nicht nach 127, sondern als Mangel des Verwaltungsverfahrens relevant (can. 50).*». In PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/6.

(45) «*Dies schließt nicht aus, daß auch Kollegialorgane zur gültigen Setzung bestimmter Akte der Zustimmung eines übergeordneten individual- oder Kollegialorgans bedürfen. In diesem Fall ergibt sich aber die Rechtsfolge der Nichtigkeit aus einer ausdrücklichen rechtlichen Anordnung (can. 10), nicht aus einem Beispruchsrecht gemäß can. 127.*». In PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/5.

(46) Aymans-Mörsdorf così esprimono la loro posizione: «*ein Beispruchsrecht liegt nicht vor, wenn der in Frage kommende Rechtsträger nicht zweifelsfrei feststeht oder wenn die Anhörung in das Ermessen dessen gelegt ist, um dessen Handlung es geht.*». In AYMANS-MÖRSDORF, *Kanonisches Recht...*, cit., pag. 370.

(47) In questo caso la clausola irritante sarebbe anche esclusa in quanto l'Ordinario che concede la facoltà di ascoltare le confessioni non è il Superior dell'Ordinario proprio del presbitero. Cfr: WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 156.

(48) Per tutti questi casi si veda: WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pagg. 155-156; AYMANS-MÖRSDORF, *Kanonisches Recht...*, cit., pag. 370.

In tutti questi casi l'omessa attività di consultazione non causerà la nullità dell'atto, in quanto la formula facoltativa attenua l'obbligatorietà prevista dal can. 127. Ciò si spiega, analogamente a quanto detto sopra, per il fatto che il can. 127, ponendo una limitazione al libero esercizio del diritto del Superiore, deve essere sottoposto ad un'interpretazione stretta (can. 18) e quindi l'efficacia irritante non sussisterà laddove la legge lasci al *Superior* la possibilità discrezionale di effettuare o meno una consultazione⁽⁴⁹⁾.

Diverso, ma sostanzialmente analogo, è il caso in cui l'obbligo di consultazione appare sì come precettivo, ma la legge non precisa con sufficiente chiarezza i casi in cui tale obbligo di consultazione ricorre. È il caso ad esempio del can. 500 § 2⁽⁵⁰⁾ laddove si legge⁽⁵¹⁾: *consilium presbyterale gaudet voto tantum consultivo; Episcopus dioecesanus illud audiat in negotiis maioris momenti, eius autem consensu eget solummodo in casibus iure expresse definitis*. Ma quali sono questi *negotia maioris momenti*? Il Codice non li specifica e alcuni Autori⁽⁵²⁾ ritengono che la genericità del prescritto normativo renda qui inapplicabile il can. 127⁽⁵³⁾, in quanto tale disposto andrebbe inteso solamente come una raccomandazione fatta al Vescovo⁽⁵⁴⁾.

Un ulteriore esempio. Il can. 495 § 2, richiamato dal can. 502 § 4, afferma che: *in vicariatus et praefecturis apostolicis Vicarius vel Praefectus constituent consilium ex tribus saltem presbyteris missionariis, quorum sententiam, etiam per epistolam, audiant in gravioribus negotiis*. Anche qui, a nostro avviso, la genericità della formulazione normativa riguardanti i casi in cui occorre procedere all'ascolto — *in gravioribus negotiis* — non rende applicabile il can.

(49) «Comme la présomption est en faveur du pouvoir du supérieur, on n'y doit mettre que les limites exigées par les textes.». In JOMBART, *Consentement*, in *Dictionnaire de droit...*, cit., col. 289.

(50) Lo stesso si dica a proposito del can. 1277.

(51) PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/7.

(52) WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 156.

(53) «Was negotium maioris momenti ist, ist nicht leicht festzusetzen und deswegen auch nicht bedingt justiziabel.». In WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 156.

(54) «Deswegen kann die für das Recht auf Gehör maßgebliche Grundnorm nicht als Beispruchsrecht gesehen werden. Sie ist vielmehr als Einschärfung der Pflicht des Diözesanbischofs zu verstehen.». In WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 156.

127⁽⁵⁵⁾. L'omessa consultazione non avrà quindi rilevanza invalidante.

Un'interessante applicazione di questo principio è altresì operabile a proposito del can. 515 § 2 ove leggiamo: *paroecias erigere, suppressere aut eas innovare unius est Episcopi dioecesiani, qui paroecias ne erigat aut suppressat, neve eas notabiliter innovet, nisi audito consilio presbyterali*. Si afferma qui che il Vescovo non può erigere o sopprimere una parrocchia senza aver prima sentito il parere del consiglio presbiterale. Qui il can. 127 è senz'altro applicabile. Ma il canone in questione contempla anche un terzo caso e precisamente il dovere di consultazione nel caso in cui intervengano modifiche rilevanti riguardanti la parrocchia — *notabiliter innovet*. Ma quando un Vescovo innova in modo notevole una parrocchia? Riteniamo che anche qui la genericità dell'espressione non renda applicabile il can. 127.⁽⁵⁶⁾ Di conseguenza il Vescovo sarà tenuto a sentire il consiglio presbiterale *sub poena nullitatis* solo nel caso in cui la parrocchia venga soppressa o eretta; in tutti gli altri casi il prescritto del can. 515 § 2 varrà quale semplice raccomandazione tendente a favorire una corresponsabilità del collegio presbiterale nei confronti dello stesso Vescovo.

Ciò non toglie, a nostro avviso, che le leggi diocesane possano poi specificare quali siano queste mutazioni rilevanti o, a riguardo dei casi visti sopra, questi *negotia maioris momenti* o questi *gravioribus negotiis* per i quali il Vescovo debba sentire il consiglio presbiterale sotto pena di nullità.

Di estremo interesse è, a nostro avviso, un'ulteriore applicazione di questo principio. In alcuni casi il Codice pone sì un dovere di consultazione in capo al Superiore nei confronti di alcuni soggetti, senza peraltro operare alcuna ulteriore specificazione riguardante la concreta possibilità di individuare quali siano tali soggetti⁽⁵⁷⁾. È il caso, ad esempio, del can. 1292 § 1⁽⁵⁸⁾ che afferma: *salvo praescripto*

⁽⁵⁵⁾ WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 157.

⁽⁵⁶⁾ WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 157.

⁽⁵⁷⁾ Concordiamo quindi col Güthoff quando afferma: «*unabhängig von der nichtvorhandenen Unterordnung der Anhörungsberechtigten liegt kein Beispruchsrecht vor, wenn das Subjekt des Beispruchsrechts nicht klar umschrieben ist, oder wenn es im Ermessen des Oberen steht, ob er die Untergeordneten hört. In beiden Fällen liegt aus Gründen der Rechtssicherheit kein Beispruchsrecht vor, da die Gültigkeit einer Rechtsbehandlung nicht von der Gewährung einer nicht verbindlich vorgeschriebenen Anhörung*

can. 638, § 3, *cum valor bonorum, quorum alienatio proponitur, continetur intra summam minimam et summam maximam ab Episcoporum conferentia pro sua cuiusque regione definiendas, auctoritas competens, si agatur de personis iuridicis Episcopo dioecesano non subiectis, propriis determinatur statutis secus, auctoritas competens est Episcopus dioecesanus cum consensu consilii a rebus oeconomicis et collegii consultorum necnon eorum quorum interest. Eorundem quoque consensu eget ipse Episcopus dioecesanus ad bona dioecesis alienanda.*

Ma come individuare chi sono questi: *eorum quorum interest*? La genericità della determinazione rende, a nostro avviso, inapplicabile il can. 127. Tale precisazione ha anche un rilievo pratico non trascurabile. Se il Vescovo per porre un atto di alienazione dovesse necessariamente, *sub poena nullitatis*, avere il consenso di tutti gli interessati allora la probabilità di porre un atto nullo sarebbe altissima in quanto un numero indeterminato di soggetti potrebbe affermare di avere un interesse in causa e di non essere stato consultato⁽⁵⁹⁾. Anche per questo motivo si rende quindi doverosa un'interpretazione stretta della fattispecie, pena il moltiplicarsi smisurato delle possibili richieste di nullità.

Situazione analoga ritroviamo nel can. 50⁽⁶⁰⁾ che così recita: *antequam decretum singulare ferat, auctoritas necessarias notitias et probationes exquirat, atque, quantum fieri potest, eos audiat quorum iura laedi possint*. Ma chi sono coloro i cui diritti possono essere lesi? È facile qui comprendere come la indeterminatezza dell'espressione renda difficilmente circoscrivibile l'ambito di coloro che andrebbero consultati e quindi l'efficacia irritante del can. 127 risulta qui inapplicabile⁽⁶¹⁾.

bzw. von der Anhörung eines nicht klar umschriebenen Subjektes abhängen kann.». In GÜTHOFF, *Consensus et consilium...*, cit., pag. 160.

⁽⁵⁸⁾ La stessa espressione si ritrova nel can. 1305.

⁽⁵⁹⁾ «Wenn der Kreis der zu Hörenden oder der Zustimmungsberechtigten nicht genau umgrenzt ist, zieht das Übersehen eines Heranzuziehenden bzw. eines Interessenten, ja selbst mehrerer von diesen, seitens des Oberen nicht die Nichtigkeit der Handlung nach sich. Denn sonst wäre es in derartigen Fällen eines Anhörungsrecht für einen Oberen unmöglich, eine gültige Rechtsbehandlung zu setzen, weil sehr viele in irgendeiner Weise ein Anhörungsrecht geltend machen könnten, sei es nur durch allgemeine Betroffenheit.». In WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 157.

⁽⁶⁰⁾ WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 156.

⁽⁶¹⁾ Nel contesto del can. 50 il can. 127 risulterebbe comunque inapplicabile per il sussistere di una formula facoltativa — *quantum fieri potest*.

Lo stesso si dica a proposito del can. 377 § 3 laddove si prevede che il Vescovo nel preparare la cosiddetta terna per la nomina episcopale debba ascoltare alcuni del collegio dei consultori e del capitolo cattedrale — *pontificius Legatus, insuper, quosdam e collegio consultorum et capitulo cathedrali audiat.*⁽⁶²⁾ In tale contesto l'inapplicabilità del can. 127 si potrebbe, di fatto, anche motivare affermando che non si tratta di porre un vero e proprio atto amministrativo da parte del vescovo, quanto piuttosto di espletare un procedimento che abbia come suo fine la proposizione di alcuni candidati all'episcopato alla Santa Sede⁽⁶³⁾.

Un ulteriore dubbio interpretativo sembra profilarsi laddove il Legislatore non specifica se l'obbligo di consultazione del consiglio da parte del Superiore religioso sia configurabile come consenso o piuttosto come un semplice parere. È il caso del can. 656, n. 3 laddove si afferma che: *ad validitatem professionis temporariae requiritur ut (...): habeatur admissio a competenti Superiore cum voto sui consilii ad normam iuris libere facta.* Ugualmente il can. 720⁽⁶⁴⁾ afferma: *ius admittendi in institutum, vel ad probationem vel ad sacra vincula sive temporaria sive perpetua aut definitiva assumenda ad Moderatores maiores cum suo consilio ad normam constitutionum pertinet.*

Qui non è detto che tipo di voto sia richiesto e, pur essendo chiara la riferibilità al can. 127 e quindi la necessità di tale consultazione *sub poena nullitatis*, non è però facilmente deducibile, come già detto, se si tratta di un parere o di un consenso. L'aporia potrebbe qui essere facilmente risolta se teniamo conto che il canone specifica l'obbligo di consultazione con l'inciso *ad normam iuris*. Spetterà quindi al diritto proprio stabilire se il voto del consiglio sarà un semplice parere o più propriamente un consenso e nell'eventuale silenzio del diritto particolare occorrerà ritenere che si tratta di un semplice parere, proprio per evitare il più possibile il restringimento del libero esercizio dell'attività di governo del *Superior*⁽⁶⁵⁾.

Problema analogo si pone a riguardo del can. 694 § 2, laddove si afferma: *his in casibus Superior maior cum suo consilio,*

(62) WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 158.

(63) Lo stesso si dica per quanto riguarda il can. 1216.

(64) Cfr.: PRIMETSHOFER, *Ordensrecht...*, cit., pagg. 209-210.

(65) WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pagg. 134-135.

nulla mora interposita, collectis probationibus, declarationem facti emittat, ut iuridice constet de dimissione. La medesima questione si pone inoltre a riguardo del can. 697, n. 3⁽⁶⁶⁾ laddove leggiamo: *si haec quoque monitio incassum ceciderit et Superior maior cum suo consilio censuerit de incorrigibilitate satis constare et defensiones sodalis insufficientes esse, post quindecim dies ab ultima monitione frustra elapsos, acta omnia ab ipso Superiore maiore et a notario subscripta una cum responsionibus sodalis ab ipso sodale subscriptis supremo Moderatori transmittat.*

Come va intesa qui l'espressione *cum suo consilio*? Secondo alcuni Autori⁽⁶⁷⁾, nel silenzio del Codice occorrerà optare per l'interpretazione che lasci la maggior libertà possibile per il Superiore, proprio perché, come già detto, ciò che restringe il libero esercizio dell'attività di governo del *Superior* deve essere interpretato in modo stretto. Inoltre quando il Legislatore vuole che l'attività di governo sia legata non al semplice parere del consiglio bensì al consenso ciò viene detto espressamente⁽⁶⁸⁾.

6. *L'obbligo di consultazione in rapporto ad attività o procedimenti.*

Secondo alcuni Autori⁽⁶⁹⁾ il can. 127 non si applicherebbe qualora non si tratti di porre un atto giuridico in senso stretto, bensì di svolgere un procedimento amministrativo o qualora un soggetto svolga una funzione potestativa all'interno di un procedimento giudiziario⁽⁷⁰⁾. Ciò si dimostra per il fatto che, in quest'ul-

⁽⁶⁶⁾ AYMANS-MÖRSORF, *Kanonisches Recht...*, cit., pag. 371.

⁽⁶⁷⁾ WALSER, *Die Rechtshandlung...*, cit., pagg. 134-135.

⁽⁶⁸⁾ «*Hinsichtlich der Mitwirkung des Rates beim letzten Verfahrensabschnitt vor dem höheren Oberen (c. 697 § 3) wird die Frage nicht entschieden, ob dem Rat das Recht auf Zustimmung oder bloß auf Anhörung zukommt. Es ist aber davon auszugehen, daß ein Recht auf Zustimmung eigens gekennzeichnet sein müßte, so daß der Rat im gegenständlichen Fall nur das Recht auf Anhörung besitzt.*». In PRIMETSHOFER, *Ordensrecht...*, cit., pag. 191.

⁽⁶⁹⁾ PREE, Commento al can. 127, in *Münsterischer Kommentar...*, cit., 127/5-6.

⁽⁷⁰⁾ «*Ebensowenig haben die im Verlauf des Kanonischen Prozesses vorgesehenen Rechte auf Gehör den Charakter von Beispruchsrechten, denn die Entsprechenden Handlungen des Richters bzw. des Gerichts sind von anderer Art als die Verwaltungsakte, da der Richter an ein bestimmtes Vorgehen gebunden ist. Hier geht es vielmehr darum, die für die Rechtsfindung notwendigen Anhörungen zu sichern.*». In AYMANS-MÖRSORF, *Kanonisches Recht...*, cit., pag. 370.

timo caso, le parti non svolgono una funzione consultiva rispetto al giudice, né possiamo affermare che il giudice sia il loro *Superior*⁽⁷¹⁾.

È il caso, ad esempio, dell'obbligo in capo al presidente del tribunale o al giudice di sentire le parti, il promotore di giustizia e il difensore del vincolo per decidere a riguardo della riconsunzione del giudice (can. 1451 § 1); a riguardo della nomina dei periti da parte del giudice dopo aver udito le parti (can. 1575); nel caso della decisione a riguardo di una questione incidentale *auditis partibus* (can. 1589 § 1); la riforma del decreto o della sentenza interlocutoria *auditis partibus* (can. 1591); la decisione riguardante il litisconsorzio necessario *auditis partibus* (can. 1597); l'integrazione delle prove *auditis partibus* (can. 1600 § 1, n. 2); la correzione della sentenza *semper tamen auditis partibus* (can. 1616 § 1); l'obbligo dell'Ordinario di ascoltare due giudici e altri esperti in diritto prima di emanare il decreto col quale decide, nel caso di un processo penale, se procedere per via giudiziale o extragiudiziale (can. 1718 § 3); la possibilità prevista in capo all'Ordinario di adottare provvedimenti disciplinari a carico dell'imputato nel corso di un processo penale *audito promotore iustitiae* (can. 1722)⁽⁷²⁾.

È interessante qui notare che anche nel corso di un procedimento giudiziale il consenso di alcuni soggetti può essere sì esigito *sub poena nullitatis*, ma solo qualora la legge lo preveda espressamente a norma del can. 10⁽⁷³⁾. È il caso, ad esempio, dei cann. 1465 § 2 e 1514. Nel primo caso si afferma che i termini giudiziari e convenzionali della causa *numquam autem, nisi partibus consentientibus, valide coarctari*; nel secondo caso invece si dice che: *controversiae termini semel statuti mutari valide nequeunt, nisi novo decreto... et auditis reliquis partibus*. Nel primo caso si richiede il

(71) « Wenn der Richter im Rahmen des kanonischen Prozesses die Parteien, der Kirchenanwalt oder den Bandverteidiger, einen Sachverständigen oder einen Zeugen anzuhören hat, liegt kein Recht auf Gehör nach c. 127 vor, da der Richter gegenüber den anzuhörenden Personen kein Superior ist. ». In GÜTHOFF, *Consensus et consilium...*, cit., pagg. 159-160.

(72) Per tutti questi casi si veda: WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pagg. 156-158.

(73) Molto icasticamente il Walser afferma: « die angeführten Canones aus dem Prozeßrecht werden also von der ratio legis von c. 127 CIC nicht erfaßt und sind folglich nicht unmittelbar gültigkeitsrelevant, außer es sei eigens eine irritierende Klausel beigefügt. ». In WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 158.

consenso delle parti, nel secondo è sufficiente il loro parere, ma in entrambe le fattispecie ciò è richiesto sotto sanzione di nullità⁽⁷⁴⁾.

Ciò sarebbe, secondo il GÜTHOFF, la prova che normalmente il Legislatore non abbia voluto legare alla sanzione di nullità l'obbligo di chiedere il consenso o di ascoltare il parere nell'ambito del processo e ciò proprio perché laddove il consenso o il parere venga richiesto sotto pena di nullità, il Codice lo dice espressamente⁽⁷⁵⁾.

Come dicevamo poc'anzi tale obbligo di consultazione a carico di un soggetto non sussiste *sub poena nullitatis* quando si tratti di svolgere dei procedimenti. È il caso, ad esempio, del can. 365 § 2 che così recita: *in negotiis, de quibus in 1, expediendis, prout adiuncta suadeant, Legatus pontificius sententiam et consilium Episcoporum ditionis ecclesiasticae exquirere ne omittat, eosque de negotiorum cursu certiores faciat*. Lo stesso si può dire a riguardo del can. 459 § 2 che afferma: *quoties vero actiones aut rationes a conferentiis ineuntur formam internationalem praeseferentes, Apostolica Sedes audiatur oportet*. O anche del can. 1064 che così recita: *Ordinarii loci est curare ut debite ordinetur eadem assistentia, auditis etiam, si opportunum videatur, viris et mulieribus experientia et peritia probatis*⁽⁷⁶⁾.

Un altro esempio degno di rilievo è, a nostro avviso, quello di cui al can. 524. Tale canone afferma che: *vacantem paroeciam Episcopus dioecesanus conferat illi quem, omnibus perpensis adiunctis, aestimet idoneum ad paroecialem curam in eadem implendam, omni personarum acceptione remota ut iudicium de idoneitate ferat, audiat vicarium foraneum aptasque investigationes peragat, auditis, si casus ferat, certis presbyteris necnon christifidelibus laicis*.

Il canone non dice che il Vescovo deve sentire il vicario foraneo prima di nominare il parroco, bensì in ordine alla formula-

(74) WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 158.

(75) Riportiamo per esteso tale opinione del GÜTHOFF: «ein Indiz dafür, daß der Gesetzgeber c. 127 bei Mitwirkungsrechten von Parteien vor bestimmten im siebten Buch "De Processibus" festgelegten Akten des Richters nicht angewendet wissen will, kann in c. 1465 § 2 gesehen werden, wo die Zustimmung der Parteien ausdrücklich zum Gültigkeitserfordernis erklärt wird, was bei einer möglichen Anwendbarkeit von c. 127 nicht erforderlich wäre.». In GÜTHOFF, *Consensus et consilium...*, cit., pag. 147, in nota.

(76) Per tutti questi casi si veda: WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pagg. 155-156.

zione di un giudizio di idoneità⁽⁷⁷⁾. L'obbligo di sentire il vicario foraneo è qui finalizzato non direttamente alla collazione dell'ufficio ecclesiastico, ma all'accertamento e alla verifica dell'attitudine soggettiva del candidato che non si configura come un atto giuridico in senso stretto⁽⁷⁸⁾. Ora, a nostro avviso, se il Vescovo procedesse alla nomina senza sentire il vicario foraneo, tale provvista sarebbe ugualmente valida, in quanto il can. 127 non è direttamente riferibile ad un obbligo di consultazione finalizzato all'atto di potestà amministrativa. Ciò non toglie che chi si sentisse leso da un tale comportamento del Vescovo potrà interporre ricorso.

Un altro caso di estremo interesse è quello di cui al can. 691 § 1 che afferma: *professus a votis perpetuis indultum discedendi ab instituto ne petat, nisi ob gravissimas causas coram Domino perpensas; petitionem suam deferat supremo instituti Moderatori, qui eam una cum voto suo sui que consilii auctoritati competenti transmittat*. Non riteniamo che qui il voto del consiglio sia richiesto per la validità dell'indulto e ciò per i seguenti motivi.

L'indulto di secolarizzazione viene concesso dalla Santa Sede nel caso di istituti di diritto pontificio e dal Vescovo della casa di assegnazione nel caso di istituti di diritto diocesano. Qui non è detto che la Santa Sede o il Vescovo devono ascoltare il parere o ottenere il consenso del Moderatore Supremo e del consiglio, ma che la domanda del richiedente deve essere accompagnata dal *votum* del Superiore e del suo consiglio.

Riteniamo che qui la formulazione del voto del consiglio non è direttamente finalizzata alla concessione dell'indulto da parte del Superiore competente, ma è un semplice parere che verrà inviato alla Santa Sede o al Vescovo diocesano⁽⁷⁹⁾. Tale voto sarebbe richiesto per la validità solo nel caso — forse un po' estremo — in

(77) WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 154.

(78) Con grande efficacia il Walser afferma: «*das Bilden eines Urteils über die Eignung ist aber keine Rechtsbehandlung im strengen Sinn; deswegen ist die Anhörung des Dekans nicht gültigkeitsrelevant.*». In WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 154.

(79) «*Zwar ist von der Stellungnahme des obersten Leiters und seines Rates die Rede, doch handelt es sich nicht um eine Stellungnahme zur Rechtsbehandlung eines Oberen. Somit liegt kein Beispruchsrecht vor.*». In WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pagg. 154-155.

cui la Santa Sede o il Vescovo fossero tenuti ad ascoltare il parere del Superiore del richiedente e del suo consiglio⁽⁸⁰⁾.

7. *Alcune considerazioni conclusive.*

A conclusione di questa nostra riflessione, vorremmo operare qualche breve considerazione. Abbiamo sostenuto e cercato di dimostrare sinteticamente come il Superiore sia tenuto all'osservanza del can. 127, che prevede, *sub poena nullitatis*, l'obbligo di ascoltare il parere o di chiedere il consenso di una persona o di alcune persone, solo qualora questi agisca *uti Superior*, ovvero qualora i soggetti consultati siano sottoposti alla sua autorità. Qualora invece l'obbligo di consultazione sussista nei confronti di soggetti giuridicamente sovraordinati o equiparati, il can. 127 non sarà applicabile e quindi la mancata consultazione — sia esso parere o consenso — non toccherà la validità dell'atto, fermo restando la possibilità che il Legislatore apponga una clausola irritante a tale obbligo di consultazione — e, abbiamo visto, è questo, ad esempio, il caso dei cann. 1291 e ss..

Ictu oculi ci pare qui di essere di fronte ad una contraddizione o quanto meno ad un'anomalia giuridica. Il Codice sembra trattare meno severamente il caso in cui la consultazione, sia esso parere o consenso, è da operarsi nei confronti di organi superiori — come è ad esempio il caso del Vescovo nei confronti della Santa Sede — ed è invece più rigoroso quando il Superiore si trovi a dover consultare soggetti a lui sottoposti. Come risolvere questa apparente aporia?

A nostro avviso — e in ciò ci sentiamo confortati dalla posizione del Walser⁽⁸¹⁾, dell'Aymans⁽⁸²⁾ e dello Scheuermann⁽⁸³⁾ — una possibile spiegazione per risolvere questa apparente incongruenza risiede nel concetto di *interesse*. Nel caso in cui il Vescovo

⁽⁸⁰⁾ WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pagg. 154-155.

⁽⁸¹⁾ WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pagg. 128-129.

⁽⁸²⁾ L'Aymans, a tal proposito, afferma: «unter Beispruchsrechten Dritter versteht man die Untergeordneten Organen und selbst bloßen Interessenten gesetzlich eingeräumte Befugnis, zu bestimmten Amtshandlungen eines Oberen durch Zustimmung oder Rat mitzuwirken.». In AYMANS-MÖRS DORF, *Kanonisches Recht...*, cit., pag. 369.

⁽⁸³⁾ A. SCHEUERMANN, *Gehör*, in *Lexikon für Theologie und Kirche*, vol. IV, Friburgo 1960, col. 600.

o il Superiore religioso per porre un atto di governo debba consultare, sotto pena di nullità, persone a lui sottoposte, queste ultime si configurano come soggetti giuridicamente interessati⁽⁸⁴⁾ ad una buona amministrazione, a che l'atto sia posto in essere in modo ponderato, dopo un'adeguata riflessione e verifica degli elementi che potrebbero incoraggiare o dissuadere da un certo comportamento.

Non è invece necessariamente così quando un Vescovo si rivolge alla Sede Apostolica, la quale probabilmente non avrà un interesse diretto in causa e che comunque sarà dotata di altri mezzi per tutelarsi di fronte ad un atto valido, ma posto in modo illecito o arbitrario o addirittura dannoso.

Facciamo un breve esempio. Come abbiamo appena visto il Superiore religioso per erigere una casa ha bisogno del consenso scritto del Vescovo diocesano (can. 609). A nostro avviso, come abbiamo già cercato di dimostrare, questo consenso non è richiesto sotto pena di nullità, in quanto, per i motivi su-esposti, non è qui applicabile il can. 127. L'atto di erezione senza il consenso del Vescovo sarà quindi valido, benché illecito. E ciò anche in ragione del fatto che il Vescovo avrà altri mezzi per tutelarsi di fronte all'illiceità dell'atto posto dal Superiore religioso, ad esempio richiedendone la revoca o non rilasciando le facoltà di confessare ai religiosi sacerdoti ascritti a tale casa, oppure non concedendo loro alcun ufficio pastorale all'interno della diocesi. In altre parole se un Superiore religioso erige una casa in una diocesi senza il consenso del Vescovo — anche perché, ad esempio, non intende realizzare un'attività apostolica, ma solamente per inviargli dei religiosi per motivi di studio — questo non lede un vero e proprio *interesse* del Vescovo, in quanto in alcun modo la presenza di tale casa rappresenterà un turbamento della vita diocesana.

Ciò rientra anche nella scelta fatta dal Legislatore di ridurre al massimo i motivi di nullità e di colpire con la sanzione di invalidità solo quei casi in cui non è ravvisabile un altro rimedio giuridico contro atti che siano in evidente distonia con la buona amministra-

(84) Il Walser, a tal proposito, così si esprime: «*dadurch wird diesen Entscheidungen kirchlicher Oberer der Charakter einsamer Beschlüsse genommen, indem der Obere von der Meinung der Personen oder Kollegien unterrichtet wird, die ein rechtlich anerkanntes Interesse an seinem Entscheid haben.*». In WALSER, *Die Rechtsbehandlung...*, cit., pag. 129.

zione ecclesiale. E ciò ricorre, a nostro avviso, solo qualora un Superiore ponga un atto senza consultare quei soggetti che sono, da un punto di vista giuridico, potenzialmente interessati.

Riteniamo inoltre di poter qui operare un'ulteriore considerazione di non secondaria importanza. Da un punto di vista normativo il consenso o il parere di cui il *Superior* abbisogna per porre un atto di governo, ex can. 127, ha un rilievo intrinseco nella formazione dell'atto stesso, a differenza invece del consenso o del parere favorevole che un'autorità superiore concede ad un inferiore per il porsi in essere di un atto amministrativo. In questo secondo caso l'atto del Superiore è già in sé giuridicamente perfetto, ma necessita del consenso o del parere semplicemente per esplicitare i suoi effetti. In altre parole l'atto del Superiore svolge una funzione estrinseca e cioè rende efficace un atto che già possiede in sé tutti gli elementi costitutivi interni indispensabili per il suo sussistere giuridicamente.

La fattispecie normativa dell'atto posto dal *Superior* di cui al can. 127 riecheggia invece maggiormente la figura civilistica della fattispecie a formazione progressiva⁽⁸⁵⁾, in cui l'atto è in sé perfetto e produttivo di effetti in virtù del verificarsi successivo di una pluralità di fatti e di interventi anche provenienti da diversi soggetti, ma sempre interni all'atto stesso. Ed è solo in questo caso che, a nostro avviso, tale elemento di perfezionamento (parere o consenso) viene richiesto dal Legislatore *sub poena nullitatis* ex can. 127.

L'intervento del Superiore che conceda il parere favorevole o il consenso ad un soggetto inferiore rivestirà invece carattere di estrinsecità rispetto all'atto che deve essere posto, e tale elemento integrativo sarà richiesto sotto pena di invalidità solo se espressamente sancito dal Legislatore ex can. 10.

D'altra parte, come abbiamo già accennato in un nostro precedente lavoro⁽⁸⁶⁾, il principio per cui l'atto *contra legem* gode normalmente del requisito della validità è in conformità all'*aequitas canonica*, per cui qualora non vengano messi in grave pericolo l'ordi-

⁽⁸⁵⁾ Andrea TORRENTE-Piero SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, XIII ed., Milano 1990, pag. 64.

⁽⁸⁶⁾ Andrea D'AURIA, *Alcune considerazioni sul problema delle leggi irritanti ed inabilitanti nella prospettiva del rapporto tra i canoni 10 e 124 del C.I.C.*, in *L'atto giuridico nel diritto canonico*. Studi giuridici LIX, Città del Vaticano 2002, pag. 160.

nata convivenza e il bene comune, anche l'atto illecito viene riconosciuto come produttivo di nuovo diritto. A tal proposito il Corecco così si esprime: «quando è in causa la verità ultima della *communio*, in quanto *bonum publicum ecclesiae*, deve essere riconosciuto valore giuridico e perciò effetto creativo anche agli atti compiuti *contra legem* quando esistessero sufficienti garanzie per escludere l'arbitrio e non dovessero emergere motivi, dettati dalla *communio* stessa, in favore dell'osservanza della certezza formale»⁽⁸⁷⁾.

Ciò è anche in conformità al principio terzo espresso in fase di redazione del nuovo Codice che richiedeva di ridurre i motivi di nullità e di limitarli solo ai casi in cui fosse in gioco il bene delle anime, come nelle realtà sacramentali e nelle questioni concernenti l'ordine pubblico — «*neve leges irritantes actus iuridicos vel inhabilitantes personas facile Codex statuat, nisi earum obiectum magni momenti sit, et bono publico ac disciplinae ecclesiasticae vere necessarium*»⁽⁸⁸⁾.

La sanzione di nullità si profila quindi sempre come estremo rimedio a cui ricorrere qualora in nessun altro modo possa essere garantita la certezza del diritto nei rapporti sociali, la buona amministrazione della giustizia e la tutela dei diritti della persona. Al contrario la possibilità di allargare a dismisura l'ambito degli eventuali motivi di nullità introdurrebbe un'aliquale insicurezza nelle relazioni giuridiche intersoggettive, in quanto difficilmente si potrà avere la possibilità chiara di intendere quando un atto è realmente produttivo di effetti giuridici, potendosi di sovente insinuare il dubbio sulla validità dell'attività giuridica del soggetto.

⁽⁸⁷⁾ Eugenio CORECCO, *Il valore dell'atto contra legem*, in (a cura di: Graziano BORGONOVO-Arturo CATTANEO), *Ius et communio. Scritti di Diritto Canonico*, Casal Monferrato 1997, pag. 235.

⁽⁸⁸⁾ «*Communicationes*» 1969, pag. 80.