

PROBLEMATATA QUAEDAM DE SILENTIO ET RECURSU IUXTA CAN. 57 C.I.C.

SUMMARIUM: Proemium de sensu silentii; divisio studii, ex quo et quaestio de obiecto recursus administrativi scilicet legitimitate actus an laesione iuris subiectivi illuminabitur. Silentium in Schematibus praeparatoriis, cum similitudinibus iuri italico et dein hispanico. Silentium ut recursus praesuppositum. Silentium in processu administrativo. Silentium utpote recursus obiectum. Schemata bavaricum (1972) et germanicum (1974). Iudicis administrativi pronuntiationes. Conclusio.

Proemium

Omnibus pernotum est nostrum thema, silentium scilicet, multipliciter tractari posse ita ut brevi spatio huius tractationis exauriri nēqueat; et hoc valet etiamsi intra ambitum stricte iuridicum contineremur¹.

Nostra in tractatione propterea videbimus de silentio in iure administrativo canonico et speciatim in Iustitia Administrativa Canonica². Ibi enim silentii problema unum aspectum induit et quidem typicum omnibus systematibus Iustitiae Administrativae.

Silentium intelligitur hic modus agendi Publicae Administrationis quae coram alicuius fidelis petitione non respondeat per actum vel actionem requisitam.

¹ Cfr. ex. gr. LA TORRE Antonio, *Silenzio* (diritto privato), in *Enciclopedia del diritto* XLII, Milano 1990, 543-559.

² Cfr. LOBINA Giuseppe, *Il silenzio-rifiuto nell'ordinamento amministrativo-canonico*, in *Apollinaris* 47 (1974) 72-91.

Rectius non tam de silentio agitur quam de inertia Publicae Administrationis ad actum administrativum ferendum.

Non est ad nos causas huius modi agendi sat abnormis Publicae Administrationis inquirere, vel eius frequentiam investigare vel solutiones sic dictas politicas examini subicere³. Huic exigentiae saltem ex parte art. 26 § 3 Constitutionis Apostolicae *Pastor Bonus* respondet: «*Quaestiones Dicasteriis propositae diligenter examinentur atque sine mora responsio aut saltem syngraphum rei acceptae, quatenus opus fuerit, mittatur*».

Examini subicere pariter nolumus solutionem illam, raram autem inventu et in iure canonico et in iuribus civilibus, iuxta quam Publicae Administrationis silentium assensioni aequiparatur⁴. Nostro in Codice exemplum inveniri potest in can. 268 § 1 ubi

«*clericus qui a propria Ecclesia particulari in aliam legitime transmigraverit, huic Ecclesiae particulari, transacto quinquennio, ipso iure incardinatur, si talem voluntatem in scriptis manifestaverit tum Episcopo dioecesano Ecclesiae hospitii tum Episcopo dioecesano proprio, neque horum alteruter ipsi contrariam scripto mentem intra quattuor menses a receptis litteris significaverit*»:

³ Cfr. ex. gr. PROVOST James H., *Recent Experiences of Administrative Recourse to the Apostolic See*, in *The Jurist* 46 (1986) 142-163.

⁴ «Qui tacet consentire videtur», asserit *Regula iuris* 43 in Sexto. Haud pauca enim Organa consultationis proposuerunt ut «petitio vel recursus pro accepto, non pro reiecto, habeatur» (*Communicationes* 5 (1973) 239).

His Commissio duobus argumentis respondit:

— «quod sane parum congrueret cum praesumpta superioris voluntate» (cfr., quoad hoc, infra);

— «et in nonnullis casibus impossibilia et absurda produceret» (*ibidem*).

silentium duorum Episcoporum assensioni aequiparatur.

Principium hoc haud generale evadit, nullam extensionem analogicam patitur et valet solummodo in casibus expresse a Legislatore statutis⁵.

Studii nostri ambitus est potius contentios-administrativi, et speciatim recursus ad Tribunal administrativum, hodie ad Sectionem Alteram Supremi Signaturae Apostolicae Tribunalis.

Huius Supremi Fori Normae Speciales exigunt una cum recursu ut exhibeatur:

«3) *exemplar impugnati decreti, nisi a recurrente nequeat exhiberi vel quia Administratio publica exemplar concedere recusaverit vel tempus utile ad recursum proponendum illud obtineri non sivit*» (art. 109). Immo, «*ut legitime constet Administrationem publicam recusavisse tradere exemplar impugnati decreti, recurrens probare tenetur se illud petiisse per litteras commendatas et cum syngrapha receptionis vel aequipollenti systemate locali, saltem quindecim diebus antequam expirarent fatalia*» (art. 110).

Hae durae normae, sicut structura Normarum Specialium, in quibus ad actum administrativum seu decretum impugnatum semper refertur, opinionem

⁵ In iure processuali «libellus pro admissio» habetur, si iudex intra mensem ab exhibito libello et intra decem dies a speciali instantia eius, cuius interest, sileat (cfr. can. 1506). Cfr. MOODIE Michael R., *The Administrator and the Law: Authority and its exercise in the Code*, in *The Jurist* 46 (1986) 66; can. 1507 § 2; STANKIEWICZ Antoni, *De libelli reiectione eiusque impugnatione in causis matrimonialibus*, in *Quaderni Studio Rotale* II, Roma 1987, 78-89.

Huius admissionis ex iure exceptio duobus argumentis fundatur: quia hoc modo «iura partis salvantur»; «quia generatim reiectio libelli rarissime fit et ideo admissio ex iure non est incongrua» (*Communicationes* 11 (1979) 88).

surgere permittunt iuxta quam absentia actus administrativi propter Publicae Administrationis inertiam ipsum recursum ad tribunal administrativum impediat.

Et praecise evenit ante Codicis promulgationem. Signatura Apostolica enim a limine reiecit aliquos recursum utpote adversus alicuius Dicasterii Curiae Romanae silentium propositos et non iam erga actum (seu decisionem) formaliter latam (cfr. Bajocen., prot. n. 6981/75 C.A.; Melburnen., prot. n. 9690/77 C.A.; Meliten., prot. n. 11241/79 C.A.; Mutinen., prot. n. 15679/83 C.A.)⁶.

Omnibus tamen elucet Publicam Administrationem accessum ad tribunal administrativum impedire non posse: secus instantia ad verificandam iustitiam in administratione nata frustraretur et hoc praecise ex parte eiusdem auctoritatis quae subici debet verificationi.

Hinc solutionis huius problematis necessitas.

Quae solutio in can. 57 novi Codicis invenitur:

«§ 1. Quoties lex iubeat decretum ferri vel ab eo, cuius interest, petitio vel recursus ad decretum obtinendum legitime proponatur, auctoritas competens intra tres menses a recepta petitione vel recursu provideat, nisi alius terminus lege praescribatur.

§ 2. Hoc termino transacto, si decretum nondum datum fuerit, responsum praesumitur negativum, ad propositionem ulterioris recursum quod attinet.

§ 3. Responsum negativum praesumptum non eximit

⁶ Cfr. GROCHOLEWSKI Zenon, *La «Sectio Altera» della Segnatura Apostolica con particolare riferimento alla procedura in essa seguita*, in *Apollinaris* 54 (1981) 96-97, nota 112; D'OSTILIO Francesco, *Gli Istituti della vita consacrata nelle decisioni del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in *Claretianum* 27 (1987) 310.320.

competentem auctoritatem ab obligatione decretum ferendi, immo et damnum forte illatum, ad normam can. 128, reparandi».

Hoc breve dicam: silentium negatio praesumitur⁷.

Studium nostrum quattuor partibus dividitur: ante omnia de itinere canonis 57 in Codicis revisione videbimus; deinde silentium uti recursus praesuppositum; tertio in loco silentium in processu administrativo. Denique agemus de silentio utpote recursus obiecto.

Quod nostri praesertim interest non est tam normativae expositionem, quam potius, per silentii problema, ad illam alternativam nos referre de qua saepius in doctrina: objectum primum Iustitiae Administrativae Canonicae (seu rectius: Sectionis Alterius Signaturae Apostolicae) est actus legitimitas an quaestio iuris subiectivi?

Silentii problema non parum hanc alternativam illuminare natum est.

Silentium in Codicis Schematibus

Norma quaedam de silentio iam in I Schemate de procedura administrativa inveniebatur (anno 1970). Inserebatur in normis generalibus, quae canonibus de procedura, seu rectius de processu administrativo, praecedebant. Ex hoc patet quanti momenti Coetus specialis faciebat silentium in procedura administrativa.

⁷ «Is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare videtur» (*Regula iuris* 44 in Sexto; *Regula iuris* 142 in Digesto). Legislatoris est ergo silentii valorem statuere.

In hoc primo Schemate

«Actui administrativo aequiparatur superioris silentium, si per certum temporis intervallum superior, petitione vel recursu recepto, non provideat, et in hoc persistat post specialem instantiam: tunc enim petitio vel recursus pro reiecto habetur» (Communicationes 2 (1970) 192).

Hoc in schemate duo praecipue notanda sunt:

1. silentium actui administrativo aequiparatur: recursus «pro reiecto habetur», «*tanquam si eo die per decretum prolata sit (reiectio) et intimata*»⁸. Aequiparatio haec sat expressa est, ita ut procedura seu processus administrativus numquam actu administrativo careat⁹;

2. fidelis specialem instantiam proponere debet, ulteriore autem petitione vel recursu, ita ut Publica Administratio de proprio silentio certior fiat eidemque novum temporis spatium detur ad decretum ferendum.

In toto Schemate haud paucae analogiae cum systemate italico inveniuntur.

In secundo Schemate (anni 1972), sessionibus anni 1971 elaborato, novitates quoad nostrum canonem haud inveniuntur.

Canon 5, ut in primo Schemate collocatus, normam principalem offert:

«§ 1. Recepta petitione vel recursu ad decretum obtinendum, superior decretum intra sexaginta dies ferat; quod si

⁸ Cfr. LABANDEIRA Eduardo, *Tratado de derecho administrativo canonico*, Pamplona 1988, 600 nota 145.

⁹ Textus propositus sat prope est iuri italico et, in specie, articolo 5 regii decreti diei 3 martii 1934, n. 383 (T.U. della legge comunale e provinciale) necnon articolo 6 decreti Praesidis Reipublicae diei 24 novembris 1971, n. 1199, iuxta quos «*il ricorso si intende, a tutti gli effetti di legge, come rigettato*».

non fecerit, et petitor recurrens scripto instet ut decisio detur, tricesimo die, ex quo haec instantia ad superiorem pervenit, petitio vel recursus pro reiecto habetur, ita ut recursus adversus reiectionem proponi possint, tamquam si eo die per decretum prolata sit» (Communicationes 22 (1990) 254).

In altera paragrapho possibilitas praevidebatur terminos per legem breviores statuendi atque, quod attinet ad negotia maioris difficultatis, longiores.

Secundum Schema missum est Organis Consultationis atque comparatum est, iussu Summi Pontificis, «(cum) aliquibus tentaminibus legislationis particularis in materia, sicut illud Statuum Foederatorum atque Bavariae»¹⁰.

Haud paucas observationes Organa Consultationis miserunt circa silentium. Maxima autem evasit illa iuxta quam silentium potius assensionem quam reiectioni aequiparandum esset¹¹.

Diebus a 12 ad 16 martii a. 1973 canones generales introductorii Schematis de procedura administrativa examini subiciebantur in sessione XI a Coetu studii «De personis physicis et iuridicis».

Iste Coetus votum promebat

ut in schemate "de procedura administrativa" canones de ferendis decretis non adnumerentur. Quae actus administrativos respiciunt in normis generalibus inserenda sunt. In procedura tantum de ipsa tractetur»¹².

Circa canonem de silentio haud defuerunt perplexitates. Primo in loco quoad simultaneam tractationem petitionis et recursus in canone. Quoad recursus Consultores incompetentes se dixerunt. Quoad

¹⁰ *Communicationes* 6 (1974) 32.

¹¹ *Ib.*, 5 (1973) 239.

¹² *Ib.*, 22 (1990), 252; cfr. etiam *ib.*, 254.256.

petitionem, ex una parte loco recursus praeferebatur petitionis renovatio (semper possibilis); altera ex parte dubium de obligatione Publicae Administrationis petitioni respondendi, cum agebatur de gratia, ponebatur. Hac de causa Consultores canonis omissionem proposuerunt¹³.

Et reapse canon e Schemate totius Codicis anni 1977 (Normae generales), Organis Consultationis misso, disparuit. Eodem modo in Schemate III de procedura administrativa canones generales introductorii disparuerunt.

Silentii canon in Normis generalibus Schematis Codicis anni 1980 iterum comparuit: reditus eiusdem propositus ac acceptus est in sessione V recognitionis Schematis Codicis anni 1977, diebus 5-7 maii 1980¹⁴.

Hoc puncto textus canonis definitivus apparet ac nulla observatio nec in Plenaria octobris 1980 nec in aliis recognitionibus erit¹⁵.

¹³ *Ib.*, 254.280-281.

¹⁴ Cfr. Fox Joseph, *A general Synthesis of the Work of the Pontifical Commission for the Revision of the Code of Canon Law*, in *The Jurist* 48 (1988) 809.

¹⁵ Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium plane distinguit inter silentium-recusationem (cfr. can. 1518) et silentium-reiectionem (cfr. can. 1002). Distinctio tamen mere formalis evadit cum eadem normativa praevideatur pro duobus factispeciebus, tantum verbis mutatis.

Canones illi orientales ex secundo Schemate De procedura administrativa CJC proveniunt (cfr. *Nuntia* 3/5 (1977) 5; cfr. etiam ibidem, 6/10 (1980) 112-113) atque fere invariati manserunt per totum iter Codicis Canonum recognitionis (cfr. *ib.*, 6/10 (1980) 111; 7/13 (1981) 51, can. 155; 8/14 (1982) 101, can. 374; 10/18 (1984) 86; 13/24-25 (1987) 179.263, cann. 996 et 1533; 14/27 (1988) 61.75), nulla ratione habita mutationis sat momentosae in recognitione CJC habitae.

Normativae ergo latina et orientalis hoc in puncto, sine ulla ratione perspicua, valde diversae evadunt.

Synopsis inter textum canonis 57 et articulum 94 legis hispanae Publicae Administrationis¹⁶ in lucem ponit analogias tam strictas, ut nova propositio canonis 57 anni 1980 prorsum aliena sit a Schematibus praecedentibus de procedura administrativa, dum e contra originem ducat a persona vel Organum Consultationis cui sat nota lex hispana erat.

¹⁶ «1. Cuando se formulare alguna petición ante la Administración y ésta no notificase su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.

2. Igual facultad de opción asistirá, sin necesidad denunciar la mora, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entoces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo.

3. En uno y otro caso la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución en queja, que servirá también de recordatorio de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente».

En synopsis comparativa paragraphi tertiae:

Lex hispana	Codex
Publicae Administrationis	Iuris Canonici
Art. 94.3	Can. 57 § 3
En uno y otro caso	
la denegación presunta	Responsum negativum praesumptum
no excluirá	non eximit
el deber de la Administración	competentem auctoritatem ab obligatione
de dictar una resolución	decretum ferendi,
en queja,	immo et damnum
que servirá también de	
recordatorio de responsabilidad	
personal, si hubiere lugar	
a ella,	forte illatum,
de la autoridad o funcionario	
negligente.	ad normam can. 128, reparandi.

En aliqua exempla huius analogiae:

— locutio «intra tres menses», dum e contra Schemata praecedentia de sexaginta diebus loquebantur;

— «sine necessitate denunciandi moram», dum e contra Schemata praecedentia specialem instantiam requirebant;

— locutio «responsum negativum praesumptum»: ex solo transacto spatio temporis designati pro solutione.

Silentium ut recursus praesuppositum

Non quodlibet silentium Publicae Administrationis aditum aperit ad recursum administrativum: canon enim 57 elementa necessaria ad silentium definendum offert tria: ius ad actum administrativum, termini necnon Publicae Administrationis inertia.

1. IUS AD ACTUM ADMINISTRATIVUM

Hoc ius tribus modis actuatur:

a) *Ipso facto, quia lex ipsa iubeat decretum ferri* (cfr. can. 57 § 1).

Hoc modo, exempli gratia, Auctoritas administrativa remunerationem dare tenetur clericis, qui ministerio ecclesiastico se dedicant, iuxta canonem 281 § 1 et iuxta modalitates canonice statutas. Si ergo, cum status seu positio canonica cuiusdam clerici mutetur, Auctoritas administrativa nihil innovet quoad eius remunerationem, silentium (impugnabile) certe daretur¹⁷.

¹⁷ Cfr. ex. gr. art. 34, comma 1° Normarum circa personas iuridicas et bona ecclesiastica in Italia necnon deliberationem 51 Conferentiae Episcoporum Italicae (*Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana* 1986, 299-301).

Huic factispeciei cohaeret Publicae Administrationis obligatio actus administrativos emittendi ad exsequendam sententiam iudicis administrativi¹⁸.

Etsi non necessarium evadat, saepe tamen et in his casibus dari potest petitio explicita ex parte eius, cuius interest, vel contemplari possunt conamina specifica pacificae compositionis.

b) *Ex instantia seu petitione eius cuius, interest:* exempla perplura adduci possunt: can. 179 § 1 («*Electus, si electio confirmatione indigeat, intra octiduum utile a die acceptatae electionis confirmationem ab auctoritate competenti petere per se vel per alium debet...*»); clericus qui excardinationem petat; diaconus sacerdotio destinatus qui ordinationem presbyteralem petat; fidelis qui privilegium, dispensationem aliamve gratiam petat (cfr. can. 59) etc.

Petitio porrigi potest ab eo cuius interest et quidem legitime (cfr. can. 57 § 1). Ius canonicum plerumque formam ac modalitates petitionis haud praescribit ita ut legitimitas intellegi debet sensu generali, quoad materiam ac competentiam.

Practice silentium non habetur (de quo in can. 57) si petitio a competentia auctoritatis aditae vel a materiis concessionis manifeste exorbitet (cfr. ex. gr. petitionem ordinationis diaconalis ex parte mulieris). Ubi evidentia haec non habetur, auctoritatis superioris aditae erit an silentii praesupposita in casu adsint, scilicet de petitionis legitimitate, iudicare.

¹⁸ Circa implexam quaestionem, pluribus nexibus cum huius studii obiecto ligatam, videsis MONTINI Gianpaolo, *L'esecuzione delle sentenze della «Sectio Altera» della Segnatura Apostolica. Il significato di una lacuna*, in *Iustus Iudex*. Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag, hrg. LÜDICKE Klaus, MUSSINGHOFF Heinrich, SCHWENDENWEIN Hugo, Essen 1990, 553-571.

Hoc silentium appellari potest, uti in ordinamentis iuridicis civilibus, silentium - recusatio eiusque natura haud homogenea evadit, quia a petitionis natura strictissime pendet.

c) *Ex recursu eius, cuius interest*: haec factispecies decisionem aliquam (seu actum administrativum seu decretum) ab Auctoritate administrativa (inferiore) emanatam requirit necnon recursum seu petitionem eiusdem decisionis examinis ex parte auctoritatis aditae.

Díscriminans elementum in hac factispecie est praecise actus administrativus iam prolatus, ita ut in eadem factispecie comprehendi possit (ac debeat) et ipse sic dictus recursus immediatus praevius ubi eadem est auctoritas quae aditur et quae actum administrativum emanaverat.

Rekursus proponi debet legitime, id est iuxta legem sive quoad modalitates sive quoad ipsum recursum. Recursus enim legitimus dicitur cum a iure praevideatur. Recursus quivis extra legem propositus numquam silentium efformare potest, quia vim non habet Auctoritatem administrativam trahendi ad examen actus impugnati. A fortiori hoc valet de recursibus contra legem propositis.

Sermonem non facimus de recursu quo silentium impugnatur: hic enim in factispeciem praecedentem recidit.

Hoc silentium appellari potest, uti in iuribus civilibus, silentium-reiectio.

2. TERMINI

Silentium habetur cum Publicae Administrationis inertia per tres menses protrahatur.

Hic terminus in casibus particularibus per legem

mutari potest (cfr. ex. gr. can. 1735 ubi triginta dies praevidentur pro recursu immediato praevio).

Terminus est peremptorius ita ut tempus et pro et contra fidelem et Publicam Administrationem currat.

Terminus sat brevis evadit ita ut haud pauca pericula eveniri possunt: minoris ponderis faciendi recursum hierarchicum seu Publicae Administrationis ponderationem pro nimia velocitate procedurae administrativae vel pro facilitate accessus ad recursum contentioso-administrativum, qui, e contra, intra legitimitatis limites hodie constrictus, sat parum iustitiae exigentias satisfacere potest.

Nulla specialis instantia exigitur ad silentium efformandum¹⁹.

Terminus a quo tres menses currere incipiunt est petitionis vel recursus receptio apud Auctoritatem administrativam quae procedere debeat (cfr. can. 57 § 1 et 1735). Persaepe tamen petitor vel recurrens diem receptionis suae petitionis vel recursus cognoscere nequit, dum e contra diem quo recursus vel petitio officio publici cursus traditur eidem pernotum est.

Ex analogia articuli 105 § 1 Normarum Specialium tres menses computari possunt a die quo recursus vel petitio publici cursus officio traditur.

Difficultatibus haud caret casus in quo silentium ipso facto formatur ex eo quod lex ipsa iubeat decretum ferri. Inibi considerata erit et factispecies et lex.

¹⁹ Specialis instantia a Schematibus Codicis Iuris Canonici praevisa (et nunc in Codice Canonum Ecclesiarum Orientalium adhuc necessaria) multipliciter intelligi poterat: invitatio ad agendum, reverentia erga Publicam Administrationem etc.

Forsitan praesumptionem actus administrativi reiectionis roborare intendebat, quasi monendo ulterius silentium «*pro responsione negativa habeatur*» (cfr. locutionem in can. 1145 § 2).

In exemplo supra relato circa remunerationem, dies ad silentium efformandum currere incipiunt a die quo Auctoritas administrativa de status mutatione illius clerici certior facta est. Cum hanc diem plerumque clericus ignoret (cum actus sit proceduræ internæ ipsi administrationi), termini currere incipiunt a receptione primi stipendii (mensilis) quod clericus immutatum videt respectu mutatae positionis canonicae²⁰.

Notandum insuper est, cum agatur de petitione, quaestionem de terminis fere impossibilem evadere, cum petitio semper renovari potest.

3. INERTIA PUBLICAE ADMINISTRATIONIS

Inertia intelligitur omissio emanationis illius actus administrativi, qui definitive petitioni vel recursui eius, cuius interest, respondeat.

Et decretum reiectionis (vel carens motivis) silentium efformandum impedit.

E contra silentium efformatur etiamsi Publica Administratio admodum diligenter egit, at decretum definitivum intra tres menses ferre nequivit.

Aliis verbis silentium habetur etiamsi intra tres menses Publica Administratio decreta vel actus interlocutorios seu dilatorios emanaverat; etiamsi Administratio illa conamina conciliationis attentaverat; etiamsi vota et definitiva et elaborata de quaestione promoverat, at tamquam vota tantum, ex. gr., ad auctoritatem inferiorem directa ad conciliationem ulterius temptandam; etiamsi protractio decisionis ultra

²⁰ Canon 57 executioni sententiae administrativae ex parte Publicae Administrationis applicari potest.

tres menses pendeat a peculiari materiae difficultate, a causis Administrationi illi vel in genere extraneis etc.²¹.

²¹ Iuxta nonnullos Auctores haec interpretatio iuridismo saperet, cum Auctoritas iam providere videatur cum petitori vel recurrenti nuntiet et causam et rationes et modos et tempus dilationis in decisione sumenda.

Haec ultima interpretatio sustineri non potest ex can. 57.

En aliqua motiva:

a) verbum «provideat» paragraphi primae can. 57, in secunda paragrapho eiusdem canonis interpretatum habemus: «*si decretum nondum datum fuerit*». Hoc modo clare edicitur nulla activitate praeterquam decreto petito Administrationem providere posse.

b) Terminum trium mensium transacto, illico et immediate termini ad recurrendum currunt, nullo habito respectu ad activitatem vel intentionem Auctoritatis administrativae (cfr. can. 57 § 2).

c) Paragraphus tertia canonis 57 *sufficienter* et recurrentem vel petitem tutelatur (qui responsionem pacatam ultra terminum trium mensium expectare intendat) et Publicam Administrationem, quae quaestionem examini subicere pergat, haud obstante recursu ulteriore interposito.

Satis incongruum propterea videtur Dicasteriis Curiae Romanae in novo *Ordine servando* (cfr. art. 37 *Pastor Bonus*) concedere facultatem dilatandi terminum trium mensium ad responsionem dandam, etiamsi decreto motivis suffulto et novo termino incluso.

Nescio quomodo haec norma (praevisa, saltem iuxta aliqua indicia) componi possit cum can. 57 iuxta quem, uti dixi, Administrationi obligatio generalis incumbit intra tres menses providendi atque hic terminus solummodo *lege* (non autem *ordine*) mutari potest.

Haec norma praevisa sat magna inconvenientia pro iure fidelium suscitare potest, dum e contra difficultates pro angusto termino trium mensium aliter solvi poterant: ex can. 57 § 3 necnon ex eo quod Administratio a damnorum reparatione propter lapsum terminorum sese liberare potest, cum impossibilitatem ad respondendum intra terminum determinatum probet, aut absentiam culpae vel doli in mora demonstret.

Duritia haec, ex una parte petitori vel recurrenti favet, quia velocem proceduram ei praebet et propter sollicitationem ad agendum erga Publicam Administrationem et propter immediatam recursuum interpositionem. Certe iniquam ac defatigatoriam contentionum protractionem impedit.

Ex altera parte, tamen, petitori vel recurrenti nocet (vel rectius: nocere potest) cum vel decisionem administrativam sat concitatam habebit vel penes Sectionem Alteram impugnare poterit propter motiva legitimitatis tantum decretum ubi contentionis examen vel prorsus caruit (silentium) vel tantum raptim evenit. Haec nocumenta limitantur duobus modis:

a) obligatione, explicite in can. 57 § 3 praevisa, Publicae Administrationis decretum ferendi, etiamsi silentium efformatum sit;

b) praxi Sectionis Alterius, quae ubi recurratur contra silentium, Administrationem ad providendum sollicitat antequam recursum examini subicere incipiat.

Haec praxis extra legem in damnum recurrentis incidere potest et ergo ad solius Tribunalis decisionem non est relinquenda. Adest enim casus in quo tempus pro decisione sat momentosum evadat et ergo, in expectatione, saepe sine terminis, ius recurrentis laedi potest.

Casus adesse etiam potest, hodie non infrequens, in quo Auctoritas administrativa actum administrativum ferat, quem ipsa uti talem non agnoscat, sed cui tantum valorem interlocutorium attribuat.

Non semper utile est recurrenti novum actum administrativum expectare. Sectio Altera de illius actus natura iudicare debet, uti recursus praesupposito, recursui contra silentium, si opus sit, aditum dandum.

Haec praxis hodie forsitan ex angustia competentiae Sectionis Alterius pendet, ita ut valde opportunum sit pro Tribunali actum administrativum habere de quo iudicare.

Ad silentium efformandum sufficit carentia intimationis actus administrativi intra terminum statutum (uti explicite canon 1735 praevidet) an necessaria est carentia emanationis actus petiti intra terminum statutum, quidquid sit de intimationis tempore (uti canon 57 § 2 innuere videtur: si decretum nondum datum fuerit)? Hanc quaestionem teneo nullius momenti esse, quia etiam post terminum elapsum Publica Administratio obligatione tenetur decretum ferendi.

Quaestio alicuius momenti esse potest quoad damnorum reparationem; in casu videndum erit an intimatio momentum iuridicum induat atque, post terminum elapsum posita, damnum illatum sit.

Ex hoc primo puncto sat evidens apparet canonem 57 efficaciter Publicae Administrationis silentio seu inertiae supplere ita ut recursus propositus ulterius procedere quaeat atque petitio quandam responsionem obtinere queat.

Silentium in processu administrativo

Quaestio de qua heic disceptabitur his verbis explicari potest: quid accidit si, post silentium constitutum, Publica Administratio per actum administrativum provideat?

Huius quaestionis solutio attentam silentii naturae ponderationem postulat: utrum scilicet silentium actui administrativo (reiectionis) aequiparatur an potius merum remedium seu artificium processuale sit

ita ut petitio vel recursus ulterius progredi queat ad responsionem aptam habendam?

Codex responsionem univocam non habet.

Ex una parte silentium actui administrativo equiparatur. Canon 57 § 2 loquitur enim de «*responso (quod) negativum praesumitur*»; et § 3: «*responsum negativum praesumptum*».

Ex altera parte fortiora argumenta pro remedio mere processuali adsunt.

a) Responsum negativum praesumitur non iam ad omnes effectus quod attinet, sed «*ad propositionem ulterioris recursus quod attinet*» (can. 57 § 2), et ergo solummodo ad ulterioris recursus aditum aperiendum.

Distinctio haec non omnino resolutiva apparet, quia ex una parte non plane intelligitur cur ulterior recursus responsionem negativam praesumptam postulet; ex altera parte nescitur an hoc responsum negativum praesumptum in ulteriore recursu (cfr. vitia, motiva, objectum etc.) incidat.

b) Responsum negativum praesumptum Publicae Administrationis obligationem ad decretum ferendum non tollit (cfr. can. 57 § 3). Haec affirmatio clara et absoluta per se sola videtur evidentissime declarare silentium non tantum non exhaustire sed ne quidem tangere obligationem Publicae Administrationis ad providendum: stricte ergo desumi potest silentium nec actum administrativum, nec manifestationem, expressionem Auctoritatis evadere.

c) Recursus immediatus praevis contra silentium non est necessarius (cfr. can. 1734 § 3,3°). Norma haec, etsi forsitan non prudens, clare dicit silentium non plene actui administrativo negativo equiparari.

Ex his concludi potest locutionem «*responsum*

praesumitur negativum» parum accuratam esse, immo erroneam, atque interpretari debere uti mera fictio iuridica (possibilis, sed non necessaria) ad ulteriorem progressionem proceduralem explicandam.

Ad hanc conclusionem roborandam natura termini trium mensium iam aderat: tres menses enim elapsi automaticè silentium efformant atque probatio contraria praesumptioni responsi negativi non datur et dari nequit.

Duae hypotheses fingi possunt:

1. *Post silentium constitutum, petitor intra terminos non recurrit; his terminis elapsis Auctoritas administrativa actum administrativum fert.*

Quidquid Publica Administratio respondeat (affirmative aut negative), termini ad recurrendum a notificatione decreti sero emissi currere incipiunt.

Obligatio enim Publicae Administrationis decretum ferendi ius ad recursum interponendum fideli importat.

Solutio sat clara est in casu responsi affirmativi: is, cuius interest, plene satisfactus evadit, dum ex adverso interesse habentibus ad recursum aditus patet.

Si, e contra, responsum negativum evadit, dici potest actum sero emissum, utpote mere confirmatorium silentii, impugnari non posse. At hoc falsum est, cum silentium merus agendi modus est atque actui administrativo aequiparatur tantum ad propositionem recursus permittendam.

Actus reiectionis sero emissus rationibus suffultus erit ac proinde recursus pinguior ac ditior evadit quam ille contra silentium interpositus²².

²² Etiamsi Auctoritas actum reiectionis absque ulla motivatione ferat, cum obligatio decretum ferendi incumbat, termini ad recurrendum currere incipiunt.

Prorsus diversus est casus ubi petitor contra actum administrativum iam latum et intra terminos non impugnatum recurrat. Silentium, quod hunc recursum sequitur, impugnari non potest utpote non legitime constitutum. Si enim recursus extra terminos interponatur, Auctoritas administrativa respondere non tenetur.

At si Publica Administratio decretum ferat, recursu extra terminos proposito, hoc decretum impugnari potest, quia decisio evadit Auctoritatis, quae benigne recursum extra legem acceptavit. Quodsi eadem Administratio recursum reiciat absque examine, decretum reiectionis impugnari non potest.

2. Post silentium constitutum, petitor intra terminos recurrit apud Auctoritatem superiorem vel apud tribunal administrativum atque post recursus interpositionem et ante eiusdem decisionem Publica Administratio actu administrativo respondet.

Distinguendum est inter responsum negativum et affirmativum.

In priore casu decretum sero latum ignorari potest, utpote silentio conforme. Hoc praecipue de decreto valet quod nulla (nova) reiectionis motiva adducat. Quodsi revera reiectionis motiva prima vice explicite adducantur vel alia motiva prioribus accedant, haec motiva ipso iure vel ex instantia recurrentis in recursu pendente inseri possunt (cfr. art. 114 Normarum Specialium).

Altero in casu contentionis materia cessat vel interesse ad recurrendum deficit per decretum affirmativum sero positum.

Silentium utpote recursus obiectum

Hoc est problema omnium subtilissimum ac mentosum.

Nulla praevisio quoad hoc nec in Codice nec in iure canonico vigente habetur²³.

Lacuna haec tantum specie cum civilibus ordinamentis iuridicis participatur: haec ordinamenta enim quaestionem istam aggressa sunt sive per legislationem sive per iurisprudentiam²⁴.

Imprimis plane elucet illegitimitatis declarationem (et inde irritationis) erga silentium qua tale nulla ratione considerari posse, quia silentium non est actus, sed processuale artificium.

Obligatio decretum ferendi ex canone 57 § 3 Administrationi provenit et nullius momenti illegitimitatis declaratio esset.

Non ita evenit in damnorum reparatione. Ad damnorum reparationem decernendam enim prius requiritur sententia (saltem incidentalis) circa illegitimitatem silentii (cfr. can. 57 § 3).

Si agitur de silentio-reiectione (id est quod recursus hierarchicum sequitur) recursus obiectum in actum administrativum primo impugnatum recidit²⁵.

²³ Lacuna per se et recursus hierarchicos involvit, cum inter vel pingues superioris potestates (cfr. can. 1739) abest iussum ad decretum ponendum erga auctoritatem inferiorem quae siluit.

²⁴ Cfr. LOMBARDI Giorgio, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione* (Profili comparatistici e spunti problematici), in *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*. Aspetti sostanziali e processuali. Atti del XXVIII° (!) Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna - Villa Monastero 23-25 settembre 1982, Milano 1985, 79-108; RECCHIA Giorgio, *Il silenzio: profili comparatistici* (nei Paesi del Common Law), *ibidem*, 109-135; LIGNANI Pier Giorgio, *Silenzio* (diritto amministrativo), in *Enciclopedia del diritto* XLII, Milano 1990, 559-575.

²⁵ Est solutio quae, ex. gr., invenitur in art. 20, legis italicae diei 6 decembris 1971, n. 1034: «...il ricorso al tribunale amministrativo regionale è proponibile contro la decisione sul ricorso gerarchico ed, in mancanza, contro il provvedimento impugnato, se, nel termine di novanta giorni ...» (emphasis nostra).

Si enim actus administrativus qui contentioni originem dedit obiectum recursus evadit ubi Dicasterium eum confirmet²⁶, a fortiori hoc evenit ubi Dicasterium sileat²⁷.

Quaestio proprie ponitur in silentio-recusatione, ubi nullus actus administrativus adest ideoque nullitatis actio atque ad actum primo impugnatum remissio impossibiles evadunt.

Quaestio ponitur etiam ubi Publica Administratio taceat in recursu hierarchico in quo tantum (vel etiam) vitia meriti administrativi adducuntur. Quod enim circa meriti vitia Auctoritas taceat atque haec vitia apud tribunal administrativum adduci non possint, ita efficit ut recursus hierarchicus quoad meriti vitia in ultimo gradu, petitioni aequiparetur: sub hoc respectu tribunal administrativum de eodem videre potest ac debet.

In his casibus recursus atque sententiae iudicis administrativi quodnam obiectum est, cum actus administrativus absit, iudicium illegitimitatis impossibilis evadat et iudex nihilominus iudicare debeat?

²⁶ GROCHOLEWSKI censet «che come parte resistente deve essere considerata principalmente l'autorità inferiore che ha emanato il provvedimento impugnato; che ... non si possa dire che il Dicastero della Curia Romana, quando in seguito al ricorso gerarchico conferma un provvedimento, si sostituisce all'autorità inferiore e fa suo il provvedimento, così che vera parte convenuta ossia resistente sia il Dicastero (e soltanto mediatamente l'autorità inferiore)» (*La parte resistente nei processi contenzioso-amministrativi presso la Segnatura Apostolica*, in *Iustus Iudex*, 485-486).

²⁷ Exceptio habetur, uti paulo infra videbimus, si vitia (tantum) meriti adducuntur. Cfr., quoad praesupposita, *ibidem*, 487-488.

Iustitiae Administrativae Schemata bavaricum et germanicum²⁸.

In iure canonico silentii quaestio prae oculis habetur in Schematibus Iustitiae Administrativae bavarico et germanico. In procedurae evolutione semper enim attenditur non solum ad actum administrativum, sed etiam ad reiectionem actus administrativi et ad recusationem actus administrativi²⁹.

Haec observantia ita efficit ut iudici administrativo potestas tribuatur Publicam Administrationem damnandi ad actum administrativum ponendum, seu rectius, ad activitatem administrativam faciendam.

Hoc modo in Iustitia Administrativa cum *actione nullitatis*, etiam *actio ad petendam executionem* praevидetur.

Haec sententia administrativa duobus modis explicari potest: per obligationem ad illam specificam activitatem administrativam (ad illum actum administrativum) petitam atque ab Administratione reiectam; vel per obligationem ad aliquam activitatem adminis-

²⁸ Schema bavaricum (= KVPO-Bayern) ortum sumpsit annis 1969-1970 atque beatissimo Patri die 26 februarii a. 1971 porrectum est. Textus, una cum translatione latina, publici iuris factus est in *Periodicis de re morali, canonica, liturgica* 67 (1978) 593-606. Schema germanicum (= KVGÖ) ortum sumpsit in Synodo communi dioecesium germanicarum, anno 1975 habito, et Sanctae Sedi die 19 novembris a. 1975 porrectum est. Textus publici iuris factus est in *Gemeinsame Synode der Bistümer in der Bundesrepublik Deutschland*, Freiburg 1976, 727-763.

²⁹ Cfr. artt. 1 § 1; 2 § 1; 4 § 1; 6 § 1; 23 § 2; 24 § 4; 25 § 1 et 30 § 2 KVPO-Bayern. Cfr. etiam §§ 28-30; 35; 50; 51.1; 54; 55; 90 et 91 KVGÖ.

trativam quae petitioni (originariae) respondeat³⁰.

Prior casus habetur, «quando contentio apta est decisioni»: locutio haec innuere videtur casum in quo omnia quaestionis elementa iudici administrativo de facto in promptu sunt, ita ut iudicium definitivum quaestioni dare possit.

Hoc in casu, iudex administrativus auctoritatem administrativam obligat ad actum illum (et solum illum) administrativum ponendum. Haec potestas in iudice administrativo pendet praecipue ex eo quod

³⁰Schema bavaricum
(1972)
Art. 49 § 4

Wird
die Ablehnung oder
Unterlassung
eines kirchlichen
Verwaltungsaktes
für rechtswidrig anerkannt,

so verpflichtet das Gericht
die kirchliche
Verwaltungsbehörde,
die beantragte Amtshandlung
vorzunehmen,
wenn die Sache spruchreif ist.
Handelt es sich bei dem
abgelehnten
oder unterlassenen
Verwaltungsakt
um eine Ermessensentschei-
dung
der kirchlichen
Verwaltungsbehörde,

Schema germanicum
(1975)
§ 90.2
(= Verwaltungsgerichtsordnung
§ 113.4)

Soweit
die Ablehnung oder
Unterlassung
eines Verwaltungsaktes

rechtswidrig und
der Kläger dadurch in
seinen Rechten
verletzt ist,
spricht das Gericht die
Verpflichtung
der Verwaltungsbehörde aus,
die beantragte Amtshandlung
vorzunehmen,
wenn die Sache spruchreif ist.
Andernfalls

passim Publica Administratio actum administrativum ferre debet tantummodo sub conditionibus, ita ut eiusdem activitas administrativa undique vinculata evadat.

Haec potestas in iudice administrativo plerumque exigit sat latam facultatem probatoriam, ita ut elementa colligere possit pro decisione.

Alter casus, e contra, habetur quoties de libera discretionalitate, propria potestatis administrativae,

so spricht das Gericht
die Verpflichtung aus,
den Kläger
unter Beachtung der
Rechtsauffassung
des Gerichts
zu bescheiden.

spricht es
die Verpflichtung aus,
den Kläger
unter Beachtung der
Rechtsauffassung
des Gerichts
zu bescheiden.

Art. 49 § 4

Si actus administrativi
reiectio aut omissio
illegitimae esse
cognoscuntur,

tribunal obligat
auctoritatem administrativam,
ad decretum petitem
ferendum,
si contentio iudicari potest.
Quodsi agatur de actu
administrativo
reieto aut omissio
in ambitu auctoritatis
administrativae
discretionalitatis,
tribunal obligat
ad decretum pro actore fe-
rendum
iuxta tribunalis
definitionem in iure.

§ 90.2

Si actus administrativi
reiectio aut omissio
illegitimae sunt
et actor ab eisdem gravatur,
tribunal obligat
auctoritatem administrativam,

ad decretum petitem
ferendum,
si contentio iudicari potest.
Secus

tribunal obligat
ad decretum pro actore fe-
rendum
iuxta tribunalis
definitionem in iure.

agitur: ibi enim a priori in manu iudicis administrativi non sunt omnia elementa apta decisioni ferendae, cum discretionalitas administrativa unice et infungibiliter potestatis administrativae est. Iudex administrativus ergo accedere tantum potest ad obligationem declarandam quae Administrationi incumbit, decretum scilicet aliquod ferendi, sententiam iudicis in iure obtemperando.

Hoc modo in sententia iudex administrativus puncta in iure examinata enucleare debet, et haec vim obligandi habent; haec elementa tamen quaestionem definitive dirimere nequeunt, quia solutio eget discretionalitate administrativa.

Schemata bavaricum et germanicum quoad hoc (silentium nempe) fere eodem modo sentiunt atque synoptice legi possunt: ambo enim a Iustitia Administrativa (Civili) Germanica pendent, ubi *actio ad petendam exsecutionem* iam feliciter ac pluribus annis viget³¹.

³¹ Cfr. CLARICH Marcello, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Diritto processuale amministrativo* 3 (1985) 66-91.

Schema germanicum (1975)	Verwaltungsgerichtsordnung
§ 90.2	21.1.1960
	§ 113 Abs. 5
Soweit die Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsaktes rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, spricht das Gericht die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus,	Soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, spricht das Gericht die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus,

Iudicis administrativi pronuntiationes

Uti supra dictum est hoc insequentes casus praetermittimus:

a) iudicium incidens de legitimitate silentii ad damna reparanda;

b) iudicium circa recursus hierarchicos propter legitimitatis motiva.

Unam quaestionem de silentio-recusatione ac de silentio-reiectione in casu recursus (hierarchici) propter meriti motiva in instantia definitiva aggredimur.

Hic iudex administrativus, cum legibus normisque specificis circa suas facultates careat (quae similiter actionibus, quibus fidelis pollet, correspondent) atque clare impugnatio ex parte fidelium et competentia ex parte iudicis affirmatae sunt, sententia declarationis illegitimitatis ac nullitatis uti posset.

Pronuntiatio haec (atque actio) tamen incassum caderet, quia a priori in silentio nullus actus adest qui posset nullum declarari.

Quaevis actio in hoc ambitu merum artificium esset absque ulla ratione cum realitate.

Iudex administrativus obligationem procedendi seu decidendi Administrationi incumbere declarare posset.

die beantragte Amtshandlung
vorzunehmen,
wenn die Sache spruchreif ist.
Anderfalls
spricht es
die Verpflichtung aus,
den Kläger
unter Beachtung der
Rechtsauffassung
des Gerichts
zu bescheiden.

die beantragte Amtshandlung
vorzunehmen,
wenn die Sache spruchreif ist.
Anderfalls
spricht es
die Verpflichtung aus,
den Kläger
unter Beachtung der
Rechtsauffassung
des Gerichts
zu bescheiden.

Si silentium-recusatio aderat, iudex administrativus quaestionem primo Superiori administrativo mittit, apud quem primo petitio porrecta est, ita ut ille Superior responsionem (affirmativam vel negativam) promat.

Si agitur de silentio-reiectione propter meriti motiva, iudex administrativus quaestionem mittit Superiori qui vitia meriti examinare recusavit.

Iudex declarat Administrationem procedere debere. Et in hoc casu, tamen, exitus iudicii sat exiguus evadit: Auctoritas enim petitionem absque ullo examine ac motivo reicere potest; eadem Auctoritas in silentio pergere potest; obligatio ad decretum ferendum vi can. 57 § 3 viget et sine sententia iudiciali administrativa; Administratio plerumque scit se procedere debuisse, et sine sententia iudiciali administrativa ...

Iudex administrativus ulterius progredi potest?

Teneo aliquando iudicem ulterius progredi debere, aliquando posse, aliquando nequire.

Iudex administrativus cum prae manibus de facto habeat elementa necessaria negare potest petitionem Administrationi porrectam atque etiam affirmative eidem petitioni respondere.

En duo exempla:

1) Clericus quidam excardinationem suo Episcopo petit, epistolam cuiusdam Episcopi benevoli qui se illum clericum recepturum pollicetur allegans. Si Episcopus proprius silet et clericus per recursus ad iudicem administrativum pervenit, idem iudex excardinationem negare potest cum, exempli gratia, Episcopus benevolus emeritus factus sit. Defuit elementum necessarium pro concessione. Quaestio a iudice solvitur, ulteriorum recursuum possibilitate remota.

2) Episcopus dioecesanus silet ac iners manet

coram notificatione dispensationis super rato, quae ei competit. Iudex administrativus contra Episcopi silentium aditus, omnibus elementis pro iudicio praeditus, inutiliter quaestionem Auctoritati administrativae remitteret, cum et ipse decidere queat notificationem.

Casus in quibus iudex administrativus ulterius progredi potest sunt illi in quibus iudex in instructoria omnia elementa acquirere potest ad decisionem sumendam. Casus praecipue datur cum silentium Administrationis non totale evadit, sed ad punctum quoddam tantum procedurae limitatur. Clericus quidam Episcopo proprio licentiam transmigrandi in regionem clero sat pauperem petit.

Episcopus ille omnes quaestionis respectus examinat et cum clerico communicat: tamen ad decretum (actum administrativum) non pervenit ac nihil de clerici praeparatione dicit.

Iudex administrativus aditus hanc praeparationem verificare potest atque, rationibus iam ab Episcopo expressis suffultus, licentiam transmigrandi concedere.

Casus, e contra, in quibus discrecionalitas administrativa discrimen pro negatione aut concessione evadit, iudex solvere non potest, cum de merito administrativo agatur.

Iudex, finefinaliter, quaestionem seu contentionem dirimere vocatur, numquam tamen in meritum administrativum ingrediens³².

Duo dantur casus in quibus haec iudicis facultas speciatim requiritur:

1) ubi silentium seu inertia Publicae Administrationis sententiam iudicis administrativi sequatur et ergo obiectum recursus est praecise inexsecutio sen-

³² Cfr. can. 57 § 1 et praecise locutionem 'legitime'.

tentiae: hoc impellere debet iudicem ad quaestionem altius aggrediendam;

2) in sententia iudex administrativus quaestionem seu contentionem directe aggredi potest, quin solutio haec in sententiae dispositivo appareat: hoc modo enim iudex actionem Publicae Administrationis in exsequenda sententia ordinabit.

Conclusio

Paucissimis verbis dicam.

Silentium Publicae Administrationis cum sua normativa et quaestionibus hoc in lucem ponit: systema Iustitiae Administrativae merae legitimitatis exigentiis realibus ac formalibus iustitiae respondere nequit.

Rekursus obiectum mera legitimitas evadit insufficientis: se extendere debet ad contentionem quae recursui ortum duxit.

Huic competentiae unicus limes in discretionalitate administrativa agnosci debet.

GIANPAOLO MONTINI