

## NOTE E COMMENTI

---

### LA FUNZIONE CONSULTIVA DEL GIURISTA NELLA CHIESA\*

EDUARDO BAURA

COME tutti i professionisti, anche il giurista nell'esercizio del suo mestiere entra in rapporto con persone di altri ambiti. Nel caso del giurista, inoltre, è da rilevare come sia il suo stesso lavoro a relazionarsi con altre attività professionali. Spesso questo rapporto si instaura perché al giurista viene chiesto il suo consiglio su come agire correttamente sul piano giuridico in una determinata situazione. Non a caso un modo di denominare i giuristi a Roma era proprio con il nome di *iuris-consulti*. L'oggetto del presente studio è proprio quello di cercare di delimitare in che cosa consista la funzione consultiva del giurista nella Chiesa.

Se per ogni discussione scientifica è preliminare la definizione dei termini della questione, per cogliere correttamente il ruolo della funzione consultiva del giurista e delimitare il suo contenuto occorrerà anzitutto determinare in che cosa consista l'attività di consigliare e quale sia esattamente la conoscenza di un giurista, temi questi, come si vedrà, per niente banali, anzi, al contrario, la loro chiarificazione condiziona molte conseguenze pratiche.

#### 1. IL CONSIGLIO GIURIDICO E LA PRUDENZA

Consigliare, dare un parere, è un'attività che fa riferimento alla condotta di un altro. L'etimologia della parola *consilium* è incerta (probabilmente significhi l'azione di sedere insieme, allo scopo di deliberare), ma è sicuramente composta dalla preposizione *cum*, il che indica che colui che dà un consiglio si colloca assieme ad un altro, precisamente per concorrere con lui alla presa di una sua decisione.<sup>1</sup> In un senso più ampio, consigliarsi, prendere consi-

\* Si riproduce il testo della Lezione tenutasi nella Pontificia Università della Santa Croce in occasione dell'atto di inaugurazione dell'anno accademico 2013-14, con alcuni adattamenti per la pubblicazione su questa Rivista.

<sup>1</sup> Si è ipotizzato che *consulere* proverrebbe da *cum-salire* (saltare insieme) o *cum-silire* (fare insieme silenzio), ma i moderni filologi ritengono che provenga più probabilmente da *cum-sedere* (sedere insieme), come vorrebbe il significato di consesso, cioè riunione per delibera-

glio, indica ricavare informazioni, soppesandole, in ordine ad una deliberazione.

In questo senso, san Tommaso indica il *consilium* come uno degli atti della virtù della prudenza. Essendo questa virtù la *recta ratio agibilium*,<sup>2</sup> è chiaro che uno dei suoi atti dovrà essere proprio quello di deliberare sull'agibile.<sup>3</sup> Il *consilium* consisterebbe in un'"invenzione", ovvero informazione, frutto della dovuta indagine,<sup>4</sup> relativa alle cose da compiere per raggiungere il fine.<sup>5</sup> Tale attività costituisce la prudenza *secundum quod est cognoscitiva*: prescindere da essa sarebbe cadere nella *praecipitatio*.<sup>6</sup> Consigliare equivarrebbe a fornire i dati necessari per agire correttamente. Ne consegue che l'uomo prudente sarebbe colui capace di consigliarsi correttamente, cioè di indagare i mezzi possibili ed adeguati per raggiungere il fine, oppure di chiedere consiglio a colui che glielo può utilmente dare, vale a dire a chi è in grado di fornire l'informazione precisa per prendere correttamente una decisione. Fa parte, quindi, della prudenza la scelta accurata della persona a cui si chiede il consiglio, come anche il giudizio circa il parere ricevuto.

L'uomo prudente chiede, quindi, consiglio a chi, per la sua autorità nel campo di cui si tratta, è in grado di fornire utili informazioni allo scopo di ordinare il proprio agire. È manifestazione di imprudenza quella di idealizzare le persone costituite in autorità o aventi una meritata fama in un determinato settore, estendendo inconsideratamente a tutti i campi dell'attività umana tale autorità, confondendo quindi i campi di competenza e lasciandosi condizionare dal parere di una persona che, per quanto autorevole in certe materie, è in realtà incompetente in quella relativa all'azione che si intende compiere.<sup>7</sup>

Fra le categorie di persone a cui si ricorre spesso per chiedere un consiglio si trova senza dubbio quella dei giuristi. Nell'antica Roma erano gli esperti in diritto a dare i cosiddetti *responsa prudentium*. Nell'epoca arcaica si riconosceva la capacità di dare tali risposte ai pontefici, in quanto l'azione di *respondere* era attribuita agli interpreti degli dei, degli auspici, che davano, in cambio dell'offerta elargitagli, una promessa (l'etimologia del verbo "*re-spondeo*" fa riferimento appunto all'impegno assunto da colui che proferisce la risposta); il giurista, con il suo *responsum*, garantirebbe la veracità del parere emes-

re. Cfr. O. PIANIGIANI, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, in [www.etimo.it](http://www.etimo.it) (ultima consulta il 10 giugno 2013).

<sup>2</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae* (in seguito S. Th.), II-II, q.47, a.2. Cfr. anche ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, VI, 5, 1140 a 24-1140 b 6.

<sup>3</sup> Cfr. S. Th., II-II, q. 52, a.1.

<sup>4</sup> Cfr. *ibidem*, II-II, q. 47, a.8.

<sup>5</sup> Cfr. *ibidem*, II-II, q. 47, a.2.

<sup>6</sup> Cfr. *ibidem*, II-II, q. 53, a. 3. Cfr. anche J. PIEPER, *Sulla prudenza*, Brescia 1965, pp. 9-28.

<sup>7</sup> Sarebbe un tipico atteggiamento adolescenziale che tende ad imitare in tutto il personaggio ammirato per una qualità. Può altresì essere l'imprudenza tipica di un atteggiamento clericale da parte di chi si lasciasse impressionare dall'autorità ecclesiastica al punto di chiedere e seguire il suo consiglio anche in affari temporali.

so.<sup>8</sup> A partire dal secolo III a. C. vengono interrogati i giuristi “laici”. Con Augusto si inaugura lo *ius publice respondendi*; i *responsa* hanno un valore pubblico perché al giurista gli viene riconosciuta la sua conoscenza del diritto. Viene meno il valore dei pareri degli *iuris-consulti* a partire dal secolo IV, con l’affermarsi del volontarismo legislativo tipico della società imperiale, in cui vige il principio «quod principi placuit, legis habet vigorem».<sup>9</sup> D’allora in poi la capacità cogente dei pareri dei giuristi è fatta dipendere dal fatto che il giurista ricopra o meno una carica con potestà pubblica. Rimane comunque la necessità di rivolgersi al giurista qualora chi deve decidere non sia esperto in diritto. Così, per esempio, nel processo medievale il giudice non esperto in diritto (*iudex idiota*) aveva l’obbligo di sentire il *consilium sapientis iudiciale*.<sup>10</sup>

Il ruolo degli *iuris-prudentes* non consisteva soltanto nel *respondere* ai dubbi sottopostigli, ma anche dovevano *agere* e *cavere*.<sup>11</sup> *Agere* significa intraprendere le dovute azioni nel foro giudiziario per difendere un diritto, mentre l’azione di *cavere* si riferisce alla consulenza al momento di realizzare un certo negozio giuridico.

In definitiva, sia in maniera privata sia in campo pubblico, il giurista è sovente chiamato a dare il suo parere, a mettere a frutto la sua perizia professionale, fornendo gli opportuni dati giuridici. L’uomo prudente che ha bisogno di un’informazione giuridica per prendere una decisione, prima di deliberare, chiederà consiglio al giurista, ma: che cosa ci si può aspettare dalla sua arte? In che cosa consiste esattamente la perizia del giurista? Come sapere se una questione sia giuridica o meno? Che cosa significa, insomma, l’aggettivo “giuridico”? È chiaro che la decisione di chiedere o meno un consiglio giuridico dipenderà da quale concezione si abbia dell’arte giuridica, il che a sua volta sarà determinato dalla nozione di diritto dalla quale ci si muova.

L’esperienza mostra come non sia affatto infrequente l’incomprensione nei dialoghi con i giuristi, innanzitutto per la delimitazione delle questioni spettanti al giurista.<sup>12</sup> Si rende quindi necessario definire bene quale sia l’arte giuridica e pertanto quale sia la competenza professionale che ci si debba attendere dal giurista.

<sup>8</sup> Cfr. E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. Potere, diritto, religione*, vol. II, Torino 2001, pp. 446-447.

<sup>9</sup> Dig. 1.4.1.

<sup>10</sup> Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggi sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975, p. 131.

<sup>11</sup> Cfr. A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli 1990<sup>8</sup>, pp. 310-312.

<sup>12</sup> Con fine ironia Javier Otaduy, dopo la promulgazione del Codice del 1983 descriveva in un articolo su una rivista di divulgazione la situazione in cui si trova spesso il canonista quando qualcuno gli chiede quale sia la sua professione: «Confesamos que a veces nos echamos a temblar. Porque no es extraño que después de esa pregunta venga otra relativa a una minucia legal que resulta a veces –no siempre, es cierto– tremendamente peregrina. También esto parece significativo porque, en el fondo, denota una cierta dependencia de aquel concepto de Derecho hueco y arbitrario del que antes hablábamos». J. OTADUY, *La ley y el espíritu. Lo invisible de una Iglesia visible*, «Imágenes de la fe», agosto 1991, n. 212, p. 7.

## 2. IL MESTIERE DEL GIURISTA

È palese la tendenza esistente a rivolgersi al giurista come il conoscitore della legge. Il giurista sarebbe il tecnico della legge, l'intenditore del suo linguaggio spesso criptico per i profani, colui che è capace di individuare la disposizione legale pertinente ed applicarla al caso concreto. Orbene, se il giurista, come vorrebbe lo stesso significato della parola, è l'esperto in *ius*, in diritto, è chiaro che considerare la legge come l'oggetto della sua conoscenza professionale comporta identificare il diritto con la legge. Si tratta della concezione legalista del diritto, la quale si è vista rafforzata e diffusa dal positivismo giuridico, predominante nella cultura dei due ultimi secoli, che identifica il diritto con quanto stabilito positivamente dal legislatore. Muovendo da questa concezione, si rende necessario risolvere tutti i problemi giuridici per mezzo di leggi, il che porta inevitabilmente all'elefantiasi legislativa presente attualmente nella società civile, ignara del monito proferito tanti secoli fa dal giurista romano: «... et corruptissima re publica plurimae leges»,<sup>13</sup> in modo tale che per districarsi nel difficile labirinto della matassa legislativa occorre una specifica competenza professionale, la quale viene rintracciata in quella del giurista. Costui non sarebbe altro che un servitore acritico della norma emanata dal potere costituito. Se stanno così le cose, non è strana la tentazione di voler usare l'abilità del cosiddetto giurista per far dire alla legge ciò che risulta a vantaggio di colui che ricorre al suo aiuto; la letteratura universale presenta degli esempi assai esemplificativi in questo senso.<sup>14</sup>

Il primo effetto negativo del positivismo legalista è sicuramente il rischio dell'ingiustizia derivante da una legge irrazionale. Certamente, sul piano teorico il positivismo si supera facilmente a partire da una concezione cristiana del mondo, che non può non riconoscere l'esistenza di una legge eterna divina. Nondimeno, è facilmente riscontrabile nella canonistica dell'ultimo secolo una sorta di "positivismo sacro" sulla base del lodevole desiderio di rafforzare l'autorità del legislatore ecclesiastico. In ogni caso, anche quando si rifiuta nettamente la visione positivista del diritto, può rimanere sul piano pratico una mentalità legalista, talvolta inconsapevole, con non poche implicazioni indesiderate, tra cui l'identificazione dell'arte giuridica con la conoscenza delle leggi.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> TACITO, *Annales*, Lib. III, 27.

<sup>14</sup> Basterebbe pensare alla nota figura del dottor Azzecagarbugli o alla fiaba raccolta da Shakespeare nel *Mercante di Venezia*.

<sup>15</sup> Un'altra conseguenza negativa della mentalità legalista è la percezione distorta della realtà regolata dalla legge, in quanto si tende a prendere le definizioni legali come nozioni complete delle cose in sé, dimenticando che i concetti legali colgono soltanto un aspetto della realtà, quello che serve per l'ordinazione legale, e senza accorgersi delle finzioni lega-

Naturalmente non è questa la sede per affrontare la questione dell'essenza del diritto. Basti qui ricordare come per i romani il sapere giuridico non avesse primariamente come oggetto la conoscenza tecnica delle leggi positive, bensì esso veniva definito come l'«ars boni et aequi»,<sup>16</sup> come la «iusti atque iniusti scientia». <sup>17</sup> Infatti, l'arte giuridica fa riferimento allo *ius*, parola dalla quale deriva l'aggettivo “giuridico”, allo stesso modo che i termini “giusto”, “giurista”, “giustizia”. Lo *ius* denomina ciò che appartiene ad una persona umana, il *suum* di ognuno, che per il fatto di esserlo gli altri devono rispettare. Una considerazione attenta della realtà porta a rilevare, infatti, come la persona umana sia un essere capace di avere ambiti solo suoi che gli altri devono riconoscere. Il dovere morale di dare a ciascuno il *suum ius*, è il dovere giuridico. La virtù di dare a ciascuno il suo diritto è la giustizia, come ricorda la celebre definizione del giurista romano Ulpiano, assunta dalla tradizione cristiana.<sup>18</sup> Presupposta l'idea della giustizia come la virtù di dare a ciascuno ciò che è suo, il diritto si presenta, appunto, come l'oggetto di questa virtù. Perciò san Tommaso dirà che il diritto è la *ipsa res iusta*.<sup>19</sup> La giuridicità sarà, dunque, un aspetto formale della realtà (la cosa stessa, ma solo in quanto appartenente ad una persona e per ciò stesso dovuta); la qualifica giuridica di qualcosa sarà fatta dalla prospettiva formale della giustizia, in quanto è presente in un rapporto interpersonale e, pertanto, non esaurisce la realtà né fa direttamente riferimento alla sua sostanza, ma non è una mera formalità indipendente dalla realtà delle cose, bensì, al contrario, è una sua dimensione reale.

L'arte giuridica, come ogni arte, è un “saper fare”, per l'appunto saper identificare lo *ius*, cioè lo *ius dicere*. Non basta, però, indicare approssimativamente i diritti; la *iuris-dictio* consiste proprio nel delimitare i contorni precisi di ogni diritto *hic et nunc*. Per delineare il diritto e i suoi profili occorre dapprima identificare il suo titolo, ovvero ciò che attribuisce la *ipsa res iusta* ad un determinato soggetto. Il titolo può essere la stessa natura umana, la dignità della persona; è il caso dei diritti umani naturali. Nella Chiesa, esi-

li e delle analogie effettuate dalla legge per un principio di economia legislativa. È, infatti, caratteristico del positivismo, derivato dal nominalismo, tanto il pensare che le cose “sono” ciò che è stabilito dalla legge, quanto considerare che le disposizioni legali, comprese le definizioni, possono essere indipendenti da ciò che le cose sono. Nella Chiesa non è infrequente scorgere questa mentalità di fondo in chi pretende di capire l'essenza di un ente ecclesiastico a partire dalla sua definizione e regolamentazione legale. Sulla formalità dei concetti legali, cfr. J. HERVADA – P. LOMBARDÍA, *Prolegómenos. I: Introducción al Derecho Canónico*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, a cura di A. MARZOA, J. MIRAS e R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, Pamplona 2002, vol. 1, pp. 78-89.

<sup>16</sup> Dig. 1.1.1.

<sup>17</sup> Dig. 1.1.10.

<sup>18</sup> «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» (Dig. 1.1.10).

<sup>19</sup> Cfr. S. Th., II-II, q. 57, a. 1.

stono inoltre alcuni diritti, i cosiddetti diritti fondamentali dei fedeli, il cui titolo si riallaccia alla dignità battesimale. Altri titoli possono essere costituiti dallo stesso uomo mediante la sua libera attività (attraverso atti contrattuali, atti unilaterali di governo e no, e tanti altri). In questo contesto è da rilevare come la legge, nello stabilire un ordine volto a raggiungere il bene della comunità, da parte di colui che ha il compito di svolgere questa funzione, distribuisca competenze, comandi attività per l'ottenimento del bene comune, insomma stabilisca diritti. Ne segue che la legge è un titolo di diritti, un titolo di speciale rilevanza in quanto lo è per tutta la comunità in maniera astratta, cioè senza esaurirsi in una unica fattispecie o rapporto giuridico.<sup>20</sup>

Muovendo da questa ultima considerazione, cioè dal fatto che molti dei diritti hanno un titolo legale, non deve destare meraviglia la tendenza a riferire l'arte del giurista alla conoscenza delle leggi, in quanto per delimitare i diritti si deve spesso ricorrere preliminarmente alla legge su cui si basano. D'altronde l'identificazione dello studio del diritto con la conoscenza della legge è anteriore al positivismo giuridico.

Fermo restando ciò, deve essere chiarito, tuttavia, che l'immedesimazione del diritto con il suo titolo è pur sempre una traslazione indebita, e che la restrizione dei titoli giuridici a solo quello legale costituirebbe un riduzionismo riconducibile alla concezione legalista del diritto prima rifiutata. Inoltre, è da notare che l'approccio del giurista alla legge sarà sempre funzionale all'oggetto del suo mestiere, cioè allo *ius-dicere*. Ne segue che il giurista non cercherà la conoscenza della legge come fine a sé stessa, ma come mezzo per identificare ciò che è giusto.<sup>21</sup> Ciò lo porterà tra l'altro ad un'interpretazione "giuridica" della legge, ove lo scopo non sarà semplicemente quello di capire il testo letterale o la volontà del legislatore, bensì quello di cogliere il giusto legale, per cui sarà imprescindibile la conoscenza profonda della stessa realtà ordinata dalla legge, la quale diventerà il criterio ermeneutico definitivo.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> San Tommaso, in un suo celebre passo, riassume così la relazione della legge con il diritto: «lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris» (S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad 2.). La *ratio* è l'idea che l'artefice ha della sua opera; la legge è la *ratio* dello *ius* o dello *iustum*, cioè dell'operare giusto, indica il cammino di ciò che è giusto, diritto.

<sup>21</sup> Peraltro non va dimenticato il monito del giurista romano classico: «scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem» (Dig. 1.3.17 [Celso]).

<sup>22</sup> Benedetto XVI, nel discorso alla Rota romana del 2012, faceva notare che «per cogliere il significato proprio della legge occorre sempre guardare alla realtà che viene disciplinata, e ciò non solo quando la legge sia prevalentemente dichiarativa del diritto divino, ma anche quando introduca costitutivamente delle regole umane. Queste vanno infatti interpretate anche alla luce della realtà regolata, la quale contiene sempre un nucleo di diritto naturale e divino positivo, con il quale deve essere in armonia ogni norma per essere razionale e veramente giuridica». Una volta compresa la realtà disciplinata, ed identificate le sue esigenze giuridiche, si può tornare sul testo proprio per capirne meglio il significato. Come afferma

Insomma, benché la conoscenza della legge e degli altri atti giuridici non sia aliena al sapere giuridico, sarebbe un riduzionismo indebito, frutto di una concezione normativista del diritto, intendere il giurista come l'esperto in leggi o nel linguaggio legale. Il giurista, sì, potrà avere una certa esperienza nell'interpretazione dei testi legali, conoscerà, almeno nei suoi tratti fondamentali, la legislazione in vigore, capirà la portata giuridica di alcune formule legali o forensi, ma la sua competenza rimarrà pur sempre la delimitazione dello *iustum*, di ciò che è buono ed equo, la distinzione tra ciò che giusto e ciò che è ingiusto.

La descrizione ora esposta del sapere del giurista potrebbe risultare deludente in quanto la si potrebbe considerare troppo semplice, alla portata di tutti. È facile pensare, infatti, che, se il sapere del giurista non consiste nella scienza del complicato mondo legale, ma soltanto nella conoscenza di ciò che è giusto e ingiusto, non occorrerebbe il suo consiglio, giacché qualsiasi uomo prudente saprebbe come agire con giustizia. L'obiezione ha il valore di mettere in risalto come, in modo spontaneo, si tenda a pensare all'esistenza di una giustizia naturale suscettibile di essere conosciuta da tutti. Tuttavia, la *iusti atque iniusti scientia* non è così banale, ma, al contrario, richiede appunto uno speciale acume per delimitare il giusto in una situazione concreta, dal momento in cui una tale determinazione non è il risultato della mera applicazione pressoché automatica della norma generale ad una singola fattispecie mediante l'operazione logica volta a verificare se il caso concreto rientri nella fattispecie prevista astrattamente dalla legge, come vorrebbe il legalismo positivista, ma è la conclusione di un giudizio prudenziale che tiene conto delle circostanze del caso. Non a caso Aristotele, nel riflettere sull'attività giuridica, individuava una specifica parte della virtù della prudenza in capo ai giuristi, la *γνωμη*,<sup>23</sup> che san Tommaso concepiva come la virtù di giudicare secondo i principi più alti e perciò capace di offrire una soluzione equa diversa da quella prevista dalla regola generale, permettendo quindi di applicare l'*epicheia*.<sup>24</sup> Che la delimitazione dei diritti, poi, non sia compito facile è dimostrato dalla difficoltà stessa a trovare una soluzione pacifica ai tanti conflitti umani esistenti.

Per riuscire a trovare la soluzione giusta in un caso concreto, occorre una conoscenza approfondita dei diritti e della giustizia. La conoscenza scientifi-

Benedetto XVI, «accade allora qualcosa di simile a quanto ho detto a proposito del processo interiore di sant'Agostino nell'ermeneutica biblica: "il trascendimento della lettera ha reso credibile la lettera stessa"» (*Discorso alla Rota Romana*, del 21 gennaio 2012, «AAS», 104 [2012], pp. 103-107). Per un commento a questo discorso rinvio a E. BAURA, *La realtà disciplinata quale criterio interpretativo giuridico della legge. Il discorso di Benedetto XVI alla Rota romana del 21 gennaio 2012*, «Ius Ecclesiae», 24 (2012), pp. 705-717.

<sup>23</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, VI, 11, 1143 a 19 - 24.

<sup>24</sup> Cfr. S. Th. II-II, q. 120, a. 1 e 2.

ca, cioè eziologica e sistematica dei diritti, consente di proferire con maggiore certezza il giudizio su ciò che è giusto in un caso concreto. Parafrasando il pensiero di Cicerone, si potrebbe affermare che *non est iuris prudentia sine iuris scientia*.<sup>25</sup>

A conforto di questo assunto viene in aiuto non un giurista, ma lo stesso Stagirita, allorché afferma che gli uomini «pensano anche che per conoscere ciò che è giusto e ciò che è ingiusto non occorra essere un sapiente, perché non è difficile arrivare a comprendere ciò che dicono le leggi (ma il giusto non è questo, se non per accidente). Ma sapere come si devono fare e come si devono distribuire le cose perché risultino giuste, questa, certo, è impresa più grande che non sapere ciò che fa bene alla salute».<sup>26</sup>

### 3. IL RAPPORTO TRA IL RICHIEDENTE IL CONSIGLIO E IL GIURISTA

Muovendo da questa nozione del diritto e dalla necessità di una competenza professionale specifica per determinarlo, l'uomo prudente potrà capire quando sarà necessario il ricorso ad un giurista. L'uomo saggio e prudente, infatti, non è colui che sa tutto e quindi non abbisogna mai del consiglio altrui, ma, al contrario, è la persona che sa consigliare sé stesso almeno in questo, di richiedere il consiglio di altri e di sapere discernere un consiglio buono da uno cattivo.<sup>27</sup> Se il prudente parte dalla concezione realistica non normativista del diritto, chiederà il consiglio del giurista non, o non solo, quando in una pratica compare la citazione di una norma (avente la virtù di causare un timore riverenziale), ma ogniqualvolta egli intraveda che possono essere implicati i diritti delle persone. In pratica, all'uomo prudente gli si chiede semplicemente di essere capace di scorgere la dimensione di giustizia insita nei rapporti interpersonali per rendersi conto della necessità di chiedere ulteriori informazioni a chi ne è esperto.

La consulenza richiesta al giurista si riferirà evidentemente alla sola dimensione giuridica della questione. Ma anche qui occorrerà di nuovo far attenzione per non cadere in una visione riduttiva della giuridicità. Essa non consiste nella mera formalità esterna degli atti e dei documenti né nel loro linguaggio tecnico, ma nelle conseguenze che per la giustizia ha la stessa realtà delle situazioni umane. Il giurista, certamente, sarà molto attento alle formalità degli atti in quanto esse sono tutela e garanzia di certezze della sostanza delle cose. I titoli formali rappresentano, infatti, i fattori che attribuiscono i diritti, sono un mezzo di conoscenza della realtà, ma non possono essere indipendenti né al di sopra della realtà stessa. Se attraverso altre vie

<sup>25</sup> Non ho trovato l'identica frase testuale negli scritti di Cicerone, ma si può vedere questo pensiero in *De oratore*, libro I.

<sup>26</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, v, 13, 1137 a 4-14.

<sup>27</sup> Cfr. S.Th., II-II, q. 47, a. 14.



risulta possibile conoscere con certezza la realtà, oppure se si evidenzia che la realtà non risponde alla forma, è chiaro che il valore formale viene meno, altrimenti si cadrebbe in un rigido formalismo, epigono del normativismo, in cui la sicurezza della forma è fine a sé stessa, a scapito della giustizia. La concezione formalista del diritto porterebbe a strumentalizzare il contributo del giurista, riducendolo alla cura dei tecnicismi formali, mentre la decisione sostanziale sarebbe stata precedentemente presa indipendentemente dal parere del giurista.

Una visione realistica del diritto conduce invece a cercare nella consulenza giuridica la soluzione giusta di un caso o di una situazione. Spesso si ha di fronte un ampio ventaglio di possibilità, davanti al quale si chiede al giurista quali opzioni siano giuste o quale sarebbe il modo di compierle rispettando i diritti. Si informa il giurista della situazione reale affinché possa indicare quali siano i diritti coinvolti in tale frangente, senza limitarsi ad indicare la norma applicabile estrinsecamente. Ritengo che questo sia il senso che si debba dare all'aforisma *da mihi factum, dabo tibi ius*, poiché la giuridicità non è una formalità relativa ad una norma estrinseca applicabile al caso concreto, bensì una dimensione della realtà stessa.

Affinché la consulenza giuridica possa compiere correttamente la sua funzione, occorre definire bene gli estremi del rapporto che si viene a instaurare tra il richiedente del consiglio e il giurista, rapporto che anche esso ha indubbiamente una dimensione giuridica.

La consulenza può avvenire in forza di un legame previo tra il richiedente il parere e il giurista. Talvolta il rapporto può consistere in una normale relazione professionale, come può essere quella esistente fra un avvocato e il suo patrocinato. In tali casi, i diritti più rilevanti sono quelli di ottenere il parere giuridico, da una parte, e di avere il giusto compenso economico per la prestazione professionale elargita, dall'altra.

La relazione tra il richiedente il consiglio e il giurista può talvolta basarsi su un vincolo di carattere gerarchico. In tale caso, è importante avvertire che potrà essere diritto del superiore gerarchico ottenere il parere del giurista in tempi ragionevoli o più o meno prestabiliti, ma non sarà mai un suo diritto quello di ricevere il parere nel senso desiderato dall'autorità. Un pretesa di questo tipo costituirebbe un'indebita strumentalizzazione dell'arte giuridica, in cui in realtà si prescinde da essa per limitarsi ad usufruire di una tecnica relativa al linguaggio e alle formalità legali e forensi.

In generale, ma soprattutto quando esiste un rapporto gerarchico, risulta di capitale importanza garantire l'indipendenza del giurista, affinché il suo parere costituisca davvero un "consiglio". In questo senso, non sembra che ci si possa attendere un vero consiglio giuridico da parte di chi deve intervenire a qualche titolo nella presa della decisione sul punto consultato, per quanto egli goda di competenza nell'ambito del diritto.

La consulenza richiesta riguarda il profilo giuridico di una situazione o attività. Talvolta il parere del giurista sarà determinante nel senso che potrà evidenziare la giustizia o l'ingiustizia di una soluzione o la necessità assoluta dell'impiego di una determinata forma per raggiungere un determinato risultato. In altre occasioni il consiglio lascerà spazio a varie possibilità. In ogni caso, la responsabilità del giurista si circoscrive alla correzione professionale del parere emesso nei confronti di colui che ricevette il consiglio, mentre rimane esclusiva responsabilità di quest'ultimo il risultato dell'operato finale rispetto ai terzi.<sup>28</sup>

Da parte sua, il giurista, oltre a possedere la dovuta preparazione professionale, dovrà essere giusto, prudente e leale. Il primo requisito sarà certamente quello della competenza nell'arte giuridica, la quale è, seguendo il linguaggio scolastico, una *recta ratio factibilium*, ove interessa il risultato raggiunto anziché l'intenzione interna dell'agente. Di per sé, dunque, al giurista gli si chiederebbe soltanto che sappia indicare ciò che è giusto, il che potrebbe farlo anche quando egli non fosse personalmente giusto. Nondimeno, risulta evidente che l'unità della vita personale porterà l'esperto in diritto ad amare la giustizia, altrimenti sarà assai difficile in pratica che riesca a capire il diritto a causa dell'influsso che la volontà, e la vita morale in generale, esercita di fatto sull'intelletto. Ad ogni modo, dovendo il giurista realizzare un'attività, quella appunto di dire il diritto, l'arte giuridica si regge anche per la virtù che suppone la *recta ratio agibilium*, cioè la prudenza per raggiungere la perfezione morale.<sup>29</sup> Inoltre, la sua attività mira ad indicare il modo retto di operare con giustizia in una fattispecie concreta, onde non desta meraviglia il fatto che la scienza del diritto sia conosciuta come la *iurisprudencia*.

La prudenza del giurista lo porterà anzitutto a soppesare il suo consiglio, cercando di prevedere le conseguenze ultime e collaterali delle singole azioni, senza accontentarsi dei primi dati normativi o fattuali ritrovati. Inoltre, egli dovrà spiegare i motivi del suo parere affinché esso sia efficace e muova all'operazione giusta, servendosi nella misura del necessario della logica e della retorica, arti strettamente collegate con lo studio della giurisprudenza.

<sup>28</sup> Nell'ambito canonico, il can. 127 regola la produzione di atti che necessitano del consiglio o del parere di altri, distinguendo, appunto le diverse responsabilità a seconda si tratti di una consulenza o del proprio assenso. Sulla differenza tra l'attività consultiva e la co-deliberazione nella Chiesa, cfr. J. I. ARRIETA, *L'attività consultiva nell'amministrazione ecclesiastica*, in *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, a cura di J.I. Arrieta, Venezia 2008, p. 141. Sulle conseguenze concrete del citato can. 127 cfr., per esempio, H. PREE, sub *can. 127*, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, 1, Essen 1988, e M. THÉRIAULT, sub *can. 127*, in *Comentario Exegético...*, cit., 1, pp. 830-834.

<sup>29</sup> Mi riferisco alla nota distinzione aristotelica tra la *ποίησις* e la *πραξις*, tra la *recta ratio* delle cose da produrre e quella delle azioni morali. Cfr. S. Th. I-II, q. 57, a. 4.

za. Sono, insomma, questi i presupposti per emettere un consiglio giuridico pertinente, per esercitare l'εὐβουλία,<sup>30</sup> la virtù per cui si consiglia con rettitudine.

Chiunque offre un consiglio deve darlo, inoltre, con lealtà, il che significa che deve esprimere la propria opinione e deve rispettare il dovuto riservo.<sup>31</sup> Nel caso del giurista ciò vale a maggior ragione, per l'amore per la giustizia che lo deve caratterizzare e per l'oggetto del suo parere. Non va dimenticato peraltro che il giurista dovrà spesso esercitare la fermezza per agire da "profeta di cattivo augurio", onde l'importanza di garantire la sua indipendenza soprattutto nei casi in cui esiste un vincolo gerarchico tra di lui e il richiedente del consiglio, come sopra menzionato.

Parte della lealtà e della prudenza del giurista sarà quella di limitarsi nel suo parere al profilo prettamente giuridico della questione (inteso sempre come il problema relativo alla giustizia), senza pretendere minimamente di condizionare l'oggetto delle decisioni. L'attenersi all'aspetto giuridico è specialmente importante nei consigli dati alle autorità: al giurista gli viene chiesto il suo parere giuridico, anziché quello "politico", cioè non quello sulla decisione in sé. In definitiva, il ruolo consultivo del giurista non è volto precipuamente a migliorare il governo di una società, ma a renderla più giusta.

#### 4. IL PARERE DEI GIURISTI NELLA CHIESA

Tutte le considerazioni prima esposte sono, a mio parere, pienamente applicabili nella Chiesa, dal momento che anche in essa esistono i rapporti giuridici e, quindi, la necessità di esercitare l'arte giuridica. Difatti, la presenza del giurista è talvolta richiesta dalla legge ecclesiastica. Per ricoprire determinati uffici si richiede una competenza in materia giuridica documentata mediante un titolo accademico.<sup>32</sup> Il ricorso ad un professionista del diritto è obbligatorio nei casi previsti in cui l'interessato si deve avvalere della difesa tecnica di un avvocato.

Per quanto riguarda la richiesta di consiglio propriamente detta, essa si rende specialmente necessaria al momento di esercitare la potestà. Il governo, la disposizione di un ordine degli elementi comunitari volto al bene comune richiede massimamente l'esercizio della prudenza (di prevedere), la quale richiama la necessità di ottenere il consiglio opportuno. Dal momento che nel governo di una società vengono implicati i diritti dei membri della comunità, la convenienza della presenza di un *iuris-consultus* risulta evidente.

<sup>30</sup> Cfr. S. Th., II-II, q. 51, a. 1.

<sup>31</sup> Il can. 127, § 3 raccoglie queste esigenze per i consigli e i consensi in generale.

<sup>32</sup> Cfr. cann. 1420, § 4 per il vicario giudiziale, 1421, § 3 per il giudice, 1435 per il promotore di giustizia e per il difensore del vincolo, e 1483 per l'avvocato.

È frequente perciò che gli ordinamenti giuridici esigano dalle autorità la richiesta di un consiglio giuridico prima di poter realizzare certe attività. Nel Codice di diritto canonico, fra le disposizioni che richiedono (*ad validitatem*, in forza del can. 127, § 1) il previo consiglio prima della realizzazione di un atto di potestà, non ne esiste nessuna relativa ad un consiglio giuridico,<sup>33</sup> sebbene la figura del cancelliere svolga in pratica la mansione di giurista della curia diocesana.<sup>34</sup>

Nell'ambito della Curia Romana, è prevista la presenza di un apposito dicastero, il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, il quale, a norma dell'art. 156 della cost. ap. *Pastor bonus*, è a disposizione degli altri dicasteri «ut decreta generalia exsecutoria et instructiones ab iisdem [i dicasteri] edendae iuris vigentis praescriptis congruant et recta forma iuridica exarentur». Il vigente Regolamento generale della Curia romana, all'art. 131, § 5, rende invece obbligatorio il ricorso a questo Pontificio Consiglio.<sup>35</sup> Inoltre, la recente disposizione raccolta nell'art. 126 bis, § 2 del citato Regolamento afferma che la Segreteria di Stato rimetterà a questo Pontificio Consiglio le richieste dei dicasteri al Santo Padre di facoltà straordinarie. Non esiste, invece, nessuna obbligatorietà di ricorrere a questo dicastero quando l'autore dell'atto è lo stesso Romano Pontefice, benché sia, logicamente, prassi abituale.

Il parere del Pontificio Consiglio, anche quando esso è obbligatorio, non è mai vincolante. D'accordo con la sua natura di dicastero specializzato in diritto, il consiglio richiestogli riguarda la giuridicità degli atti, anziché il merito delle decisioni. La formula impiegata per affermare questa idea fa riferimento alla congruenza normativa e alla forma dei documenti, che di per sé è piuttosto limitante. Ritengo che si possa e si debba fare un'interpretazione estensiva nel senso di riconoscere in capo a questo dicastero la funzione di emettere il suo parere su tutto ciò che costituisce la giuridicità – intesa come sopra esposta – della questione sottopostagli.

Il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi ha però altre mansioni, quella di *proferre* l'interpretazione autentica delle leggi e quella di giudicare – con potestà – la congruenza della legislazione particolare con quella universa-

<sup>33</sup> Sulla funzione consultiva nell'ambito del governo ecclesiastico, oltre allo studio già citato di Arrieta, cfr. J. ARIAS, *La función consultiva*, «Ius Canonicum», 21 (1971), pp. 217-243; P. A. BONNET, *Voto come parere*, in *Enciclopedia Giuridica Trecani*, 32, Roma 1994, pp. 7-11; J. A. ARAÑA, *Dictamen*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, a cura di J. Otaduy, A. Viana e J. Sedano, vol. III, Pamplona 2012, pp. 305-308.

<sup>34</sup> Cfr. cann. 482-491 e CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Direttorio Apostorum successores*, del 22 febbraio 2004, n. 18. In fase di indagine previa al processo penale, il can. 1718, § 3 fa riferimento alla consultazione di esperti in diritto, ma non in modo vincolante.

<sup>35</sup> L'articolo in parola recita così: «... se hanno la natura di decreti generali esecutivi o di istruzioni, devono essere inviati, per un esame circa la loro congruenza legislativa con il diritto vigente e la loro corretta forma giuridica, al Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi». (Il corsivo è mio).

le.<sup>36</sup> Ci sarebbe da chiedersi se ciò non comprometta la sua indipendenza istituzionale al momento di emettere i pareri consultivi per gli altri dicasteri.

La possibilità di ricorrere al consiglio dei giuristi è completata mediante la nomina di consultori canonisti dei singoli dicasteri. Non sono, tuttavia, regolamentati i diversi particolari dell'aiuto di questi esperti: quando, come e chi debba intervenire, con quale compenso economico, con quale pubblicità, ed altri dettagli di questo tipo. Così facendo, si rischia che la relazione dei consultori con i dicasteri diventi solo amicale, il che potrebbe non giovare alla chiarezza e all'oggettività nell'esercizio della potestà e al corretto espletamento della funzione consultiva. La situazione inoltre potrebbe degenerare in nomine per questo ruolo a scopo meramente onorifico. Forse si potrebbe applicare anche in questo campo la maggiore professionalità della Curia auspicata da alcuni.

Il ricorso al consiglio del giurista dipenderà dalla prudenza dell'autorità, che la porterà a sapere quando esso sia necessario e a saper discernere un parere corretto da un altro sbagliato, onde si evidenzia quanto sia imprescindibile che l'autorità abbia un minimo di conoscenza giuridica, al meno quella essenziale che le permetta di fare questo discrimine. Trattandosi, però, dell'esercizio di una funzione pubblica forse si potrebbero determinare meglio le situazioni in cui la richiesta di consiglio sia obbligatoria, nonché alcuni punti della funzione consultiva, senza lasciare tanto spazio alla prudenza personale di chi ricopre le cariche di governo.

L'intervento del canonista, a titolo di consiglio, potrà non essere solo su richiesta, ma anche ad iniziativa personale. Fermo restando la necessità della prudenza del giurista al momento di offrire consigli non richiesti, va ricordato il diritto fondamentale dei fedeli, di cui al can. 212, di manifestare liberamente ai Pastori della Chiesa i propri desideri e, più specificamente, il diritto di manifestare il loro pensiero in rapporto alla scienza e al prestigio di cui godono, salvo il rispetto dovuto alle autorità e tenendo presente l'utilità comune. Per quanto riguarda l'ambito scientifico, i fedeli godono della giusta libertà di manifestare con prudenza il loro pensiero su ciò di cui sono esperti, conservando il dovuto ossequio nei confronti del magistero della Chiesa, come riconosciuto dal can. 218. È normale, e fa parte del suo ruolo ecclesiale, che la dottrina giuridica sfoci spesso in proposte *de iure condendo*.

Al diritto di manifestare il proprio pensiero giuridico corrisponde da parte dell'autorità competente non solo il dovere di non ostacolarlo, ma anche di "ascoltarlo" (sebbene, certamente, non quello di seguirlo). Ne seguirà la responsabilità dell'autorità, la quale agirà dopo aver ricevuto un parere giuridico. La manifestazione dei pareri giuridici contribuisce, insomma, a rendere più giusta la comunità ecclesiale.

<sup>36</sup> Cfr. artt. 154-158 della *Pastor bonus*.