

# «CONSENSUS», «CONSILIUM» (CC. 127 C.I.C./934 C.C.E.O.) E L'ESERCIZIO DELLA POTESTÀ ECCLESIASTICA\*

SALVATORE BERLINGÒ

## I

1. Nel quadro di un'indagine che ponga a tema la dimensione di servizio, ossia il carattere ministeriale o diaconale dell'attività di governo della compagine ecclesiastica, un compiuto esame delle norme del can. 127 C.i.c. e del can. 934 C.c.e.o. non può essere svolto senza una messa a punto preliminare riguardo alla *funzione consultiva* nell'ordinamento canonico<sup>1</sup>.

Una dozzina di anni or sono, concludendo il suo studio relativo ad un saggio di Newman, Jan Walgrave formulava una serie di interrogativi, che è opportuno riprendere: «Nell'eventualità... che la chiesa sia disposta a “consultare” i fedeli in materia dottrinale, dove si dovrebbero cercare questi fedeli? Se coloro che si professano cattolici e perfino una buona parte dei loro pastori condividono princípi e idee che non collimano con la tradizione cattolica, è possibile attribuire a tali idee un qualsivoglia valore normativo su argomenti su cui il

\* Ponencia leída en el IV Simposio del Instituto Martín de Azpilcueta sobre «La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia», Pamplona, 17-19.IX.1997.

1. Per le referenze sulla funzione consultiva rinvio ai miei precedenti contributi su *I consigli pastorali*, in *L'Année Canonique*, Hors Série Vol. II (*La Synodalité. La participation au gouvernement dans l'Église: Actes du VII<sup>e</sup> Congrès international de Droit canonique*. Paris, UNESCO, 21-28 septembre 1990), Letouzey et Ané, Paris, 1992, 717 ss. e su *Il Consiglio pastorale parrocchiale*, in *La Parrocchia*, LEV, 1997, 249 ss., cui *adde*, da ultimi, J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Giuffrè, Milano, 1997, 63 ss. e A. VIANA, *Organización del gobierno en la Iglesia según el derecho canónico latino*, Eunsa, Pamplona, 1997<sup>2</sup>, 26 ss.

magistero deve decidere? Su molte questioni di carattere etico, quali la legittimità dell'uso degli anticoncezionali, l'aborto, la pratica del sacramento della penitenza, il celibato, ecc., esiste un conflitto evidente e pericoloso tra il magistero da una parte... e le opinioni che prevalgono nell'ambito del popolo cattolico dall'altra... La domanda che mi limito a porre è di carattere generale, e cioè, se nella situazione da me esposta, sempre che la mia analisi sia esatta, la tesi di Newman sulla "consultazione dei fedeli" abbia ancora valore e sia attuabile»<sup>2</sup>.

Purtroppo, rilevazioni sociologiche accreditate e sempre meno risalenti nel tempo concorrono nel far considerare incontestabile l'esattezza dell'analisi allora compiuta da Walgrave<sup>3</sup>; nello stesso tempo, però, le tesi di Newman non solo hanno ricevuto sempre più credito da parte delle dottrine ecclesiologiche e canonistiche contemporanee, ma sono state fatte proprie, per alcuni aspetti, anche dal Magistero in alcuni impegnativi interventi di quest'ultimo: il richiamo è al *Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 1778 e al capitolo 34 della *Veritatis splendor*<sup>4</sup>.

Come spiegare questo dato apparentemente paradossale?

2. È noto che secondo Newman —volendo soffermarci ancora sul suo significativo insegnamento— l'assenso reale o la conoscenza per partecipazione, che potrebbero grosso modo definirsi come la pratica di vita cristiana, hanno la precedenza sulla conoscenza nozionale o la conoscenza dei dotti o dei teologi: solo però a condizione che rifulgano come «testimonianza» della primigenia tradizione apostolica<sup>5</sup>. Ciò lo induce a puntualizzare che non

2. Cfr. J. WALGRAVE, *Il saggio di Newman su «La consultazione dei fedeli in materia dottrinale»*, in *Concilium*, 21(1985), 4, trad. it., 524 (50). Sul punto cfr. pure G. CHANTRAINE, *Synodalité, expression du sacerdoce commun et du sacerdoce ministériel?*, in *L'Année Canonique*, cit., 66 s. nel testo e nelle note.

3. Cfr. quanto da me già rilevato e riferito al riguardo in *Ordine etico e legge civile: complementarietà e distinzione*, in *Iustitia*, 49 (1996), 203.

4. Cfr. ancora, per analoghe notazioni, S. BERLINGÒ, *Ordine etico*, cit., 209 s.

5. Cfr. J.H. NEWMAN, *Filosofia della religione*, trad. it. (di *An essay in aid of a grammar of assent*), Guanda, Modena, 1943, in specie il IV capitolo; sul tema v. pure S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'«economia» della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1991, 57, 67 s.; D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1981, 310-322; ID., *Interpretazione e logica*, Giuffrè, Milano, 1990, 8-20; J. WALGRAVE, *Il saggio*, cit., 521(47) ss.

è possibile un riproporsi della situazione da lui storicamente indagata riguardo all'eresia ariana, quando, nel corso del quarto secolo, il dogma di Nicea sarebbe stato sostenuto: «A) non dall'incrollabile fermezza della Santa Sede, dei Concili e dei Vescovi; B) bensì dal *consensus fidelium*»; e, più ancora, a concludere che, già nel periodo in cui egli scriveva, si doveva certamente dire: «... semmai ci fù un'epoca che potesse fare a meno della testimonianza dei fedeli e lasciare la custodia della fede ai pastori della Chiesa, essa è quella in cui viviamo»<sup>6</sup>.

Oggi, ben più che all'epoca di Newman, l'indefinita serie di «cristiani anonimi», alla Rahner, è fortemente controbilanciata da un altrettanto indefinibile insieme di «apostati anonimi» o —come direbbe Walgrave— «silenziosi». Può allora affermarsi che non ci si allontana dall'insegnamento di Newman, e si applicano piuttosto i princípi cui egli si ispira, se la Gerarchia riconoscerà una retta coscienza, o anche una coscienza invincibilmente erronea, solo in quei fedeli la cui pratica di vita non tenga in conto alcuno i segni dei tempi e si uniformi puramente e semplicemente alla sua dottrina? In altre parole: eccezionalmente, nel corso del quarto secolo *tutta la comunità* dei fedeli (formata in numero preponderante da laici) mantenne nel solco della tradizione apostolica la Gerarchia; per converso, ma in modo analogo, potrebbe oggi la Gerarchia, sia pure altrettanto eccezionalmente, rivendicare a sé il compito di decidere in modo esclusivo e autoritario, senza giovare di alcuna consultazione comunitaria, chi sia dentro o fuori della tradizione e quali siano le misure più idonee per la sua salvaguardia?

La risposta a tale domanda richiede di procedere ad una serie di preliminari precisazioni.

3. In primo luogo, ritengo che sia da calibrare bene il ricorso alla categoria di *eccezionalità*. Sarebbe scorretto parlare di un vero e proprio *stato di eccezione* a proposito del processo evolutivo della vita

6. Cfr. J.H. NEWMAN, *Sulla consultazione dei fedeli in materia di dottrina*, trad. it., Morcelliana, Brescia, 1991, 91 e 119; J. WALGRAVE, *Il saggio*, cit., 520 (46), si chiede se quest'ultima concessione di Newman non sia dovuta, per i tempi in cui era fatta, a semplice diplomazia e cortesia.

della Chiesa, quando si tratti di vicende afferenti al suo assetto costituzionale, sia che tali vicende risalgano ai primi secoli della sua storia, sia che abbiano un nesso con l'epoca attuale.

In termini costituzionali lo stato di eccezione legittima l'avvio di un processo rivoluzionario, cioè di radicale sovvertimento dell'ordine costituito. Nella Chiesa, pur sempre *reformanda* o *purificanda*, una siffatta situazione e la conseguente mutazione istituzionale non sono concepibili: i fondamenti costitutivi dell'organizzazione ecclesiastica si radicano, infatti, nel diritto divino e nella promessa della continua assistenza dello Spirito. L'eccezionalità può quindi assumere —già in via generale— solo il significato di un necessario ricorso a puntuali interventi correttivi o ripristinatori, ed a circoscritte e mirate iniziative di promozione o di sostegno, nelle forme di una supplenza straordinaria e temporanea, non mai di una vera e propria sostituzione permanente, con l'assunzione di ruoli istituzionali diversi da quelli costituzionalmente previsti.

Così, nel quarto secolo, il dissenso comunitario ha operato un intervento ripristinatorio della tradizione autentica consacrata dal Concilio di Nicea, correggendo le dottrine devianti in senso ariano seguite e propuginate dalla Gerarchia; ma non ha mai preteso di sostituirsi legittimamente a quest'ultima, di assumere le forme istituzionalmente proprie dei pastori nell'esercizio del potere, convocando e celebrando, ad esempio, un Concilio al posto di essi. Ciò non toglie che, sia pure nel rispetto delle debite forme istituzionali —e pertanto con l'osservanza della distinzione dei ruoli resa essenziale dall'intangibile disegno fondativo— il successivo Concilio di Costantinopoli sancì il sostanziale uniformarsi dei deliberati gerarchici al *consensus fidelium*.

E gli esempi potrebbero moltiplicarsi, perché quanto è avvenuto tanti secoli fa a proposito dell'eresia ariana non è l'*eccezione* bensì la *regola*, rappresentata nella Costituzione divina della Chiesa dal principio del necessario convergere, o concorrere, o competere, o, se si preferisce, cooperare della *successio pastorum* e della *successio fidelium*; la regola della *fidelium et pastorum conspiratio*, secondo i termini evocati dal Card. Newman; la regola dell'*antistitutum ac fidelium conspiratio*, secondo la terminologia adottata dalla bolla papale *Inef-*

*fabilis Deus* dell'8 dicembre 1854, con cui fu sancito il dogma dell'Immacolata Concezione<sup>7</sup>.

4. Nessun preteso stato di eccezione, inferito dal pur documentato e diffuso riscontro dell'anonima apostasia in cui versano grandi masse di fedeli, può giungere a compromettere il ruolo istituzionale costituzionalmente riservato nella Chiesa alla componente comunitaria e, in modo particolare, a quella laicale.

La Gerarchia potrà e dovrà, in tali circostanze, moltiplicare gli interventi correttivi e ripristinatori; potrà e dovrà svolgere attività di supplenza per far fronte al difetto delle iniziative laicali; potrà e dovrà procedere, in siffatto contesto, a letture profetiche o anticipatrici dei segni dei tempi, di norma decifrati dai cristiani il cui tipico impegno sta nel comune esercizio delle libertà personali e civili.

La Gerarchia non potrà né dovrà mai, però, istituzionalmente sostituirsi al laicato nell'esercizio di queste libertà, pena lo stravolgimento dei dati di fondo ed essenziali della stessa Costituzione ecclesiastica. Una conseguenza ineludibile di ciò — non sempre adeguatamente sottolineata — è l'impossibilità che la Gerarchia possa stabilmente e permanentemente perdere il «contatto» con, o, in termini più precisi, fare a meno della consultazione di, quella parte di fedeli che, per rispetto della loro indole o vocazione «secolare», hanno scelto di non dedicarsi istituzionalmente ai compiti, in specie apicali, riservati all'organizzazione gerarchica in senso stretto<sup>8</sup>; formata, a sua volta, da fedeli che, sempre per rispetto di un'indole e di una vocazione personale diversa, hanno scelto di non dedicarsi

7. Cfr. R. BERTOLINO, *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell'uomo e istituzione. Saggi di diritto costituzionale canonico*, Giappichelli, Torino, 1989, 57 ss., 67 ss., anche con precisi riferimenti ai lavori di J. BEYER, *Laicat ou peuple de Dieu*, in *La Chiesa dopo il Concilio (Atti del Congresso internazionale di diritto canonico)*, II<sup>o</sup>, Giuffrè, Milano, 1972, 236 ss. e di Y. CONGAR, *La tradizione e le tradizioni. Saggio teologico*, trad. it., II, Roma, 1965, 121 ss., sul tema del *sensus fidei*.

8. Sottolinea opportunamente B. GANGOITI, *Necessità della consultazione nell'esercizio del potere legislativo*, in *Esercizio del potere e prassi della consultazione*, a cura di A. CIANI-G. DIURNI, LEV-LEL, Città del Vaticano-Roma, 1991, 327 ss., 331, che la potestà legislativa ecclesiastica «deve agire in dialogo, in contatto con la realtà umana, deve consultare la realtà umana sulla quale deve legiferare», giungendo ad elevare a principio valido anche per la «normatologia legislativa» quanto prescritto dal can. 50 C.i.c. a proposito dei decreti amministrativi.

altrettanto ordinariamente e direttamente alle cure della città secolare, ma di presiedere al ministero di unità della *communio* ecclesistica.

La necessità della suddetta consultazione è insita nel medesimo assetto costituzionale delineato dalla divina volontà fondatizia, e assume il rilievo di un preciso vincolo istituzionale o giuridico, atto a conformare la dimensione di servizio dell'attività posta in essere dalla Gerarchia<sup>9</sup>. Questa non è tenuta solo a corrispondere agli obblighi correlati ai diritti con cui i fedeli nella loro qualità di *privati* (*uti singuli*) pretendono di vedere soddisfatte le necessità spirituali e le condizioni per l'esercizio della loro «*iusta libertas*»<sup>10</sup>; è altresì obbligata ad un dovere di ascolto di quanto ad essa è manifestato dai fedeli circa i temi che riguardano il *bonum Ecclesiae*<sup>11</sup>. Si tratta, per altro, di un dovere che si colora di una peculiare —bisognerebbe dire costituzionale<sup>12</sup>— incisività giuridica, allorché la manifestazione di giudizio è espressiva, a sua volta, non dell'esercizio di una facoltà, bensì dell'adempimento di un dovere istituzionale e d'*ufficio*, («*immo aliquando et officium*»: LG, 37)<sup>13</sup>. Difatti in particolari questioni (precisamente «*in quaestionibus opinabilibus*»: can. 227, C.i.c.) o, forse meglio, in *particolari* aspetti di quasi tutte le questioni più *general*i («*de rebus fidei et morum*»: LG, 12), solo una determinata componente del popolo di Dio, ossia il laicato, possiede una nativa *habilitas* a «*testimonium perhibere*» sulla *vis* salvifica dell'economia divina, negli ambiti in cui il dovere (personale) di animazione cristiana di tutto il creato tocca in primo luogo ai laici («*praecipuum locum obti-*

9. Cfr. E. CORECCO, *Sinodalità e partecipazione nell'esercizio della «potestas sacra»*, in *Esercizio del potere*, cit., 85: «... essendo il sacerdozio comune, con il *sensus fidei* di tutti questi fedeli, primario rispetto a quello ministeriale —nel senso che quest'ultimo esiste solo in funzione della realizzazione del sacerdozio comune— il Vescovo e il clero, nella formazione del loro giudizio in ordine al governo della Chiesa particolare, non possono prescindere dallo stesso, anche se le modalità concrete di consultazione possono storicamente cambiare»; in senso conforme v. pure A. VIANA, *El gobierno colegial en la Iglesia*, in *Ius can.*, 36 (1996), 71, 496 s.

10. Ciò è contemplato all'inizio del capo 37 della *Lumen gentium*.

11. Di ciò è invece traccia nell'inciso seguente a quello iniziale del capo 37 della *Lumen gentium*.

12. Cfr. C. CARDIA, *Il governo della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 1993<sup>2</sup>, 62.

13. P. LOMBARDÍA, *Los laicos en el derecho de la Iglesia*, ora in *Escritos de derecho canónico*, II, Eunsa, Pamplona, 1973, 154 ss., non ha esitato a designare questa funzione specifica dei laici con il nome di «ministero».

ment»: LG, 35). Sarebbe, quindi, monca ed arbitraria una qualsiasi riconduzione ad unità, o declinazione del *bonum Ecclesiae*, che difettesse dell'apporto autentico ed originale di questa insostituibile componente.

Dalla necessità *costituzionale* di tali apporti, non solo per la missione, ma anche per la vita e l'organizzazione stessa della Chiesa, discendono specularmente la doverosità giuridica della manifestazione di giudizio e la doverosità giuridica del suo ascolto. Si tratta, del resto, di una tipica emergenza istituzionale o giuridica del noto e significativo asserto conciliare secondo cui: «*Ecclesia non vere fundata est, non plene vivit, nec perfectum Christi signum est inter homines, nisi, cum hierarchia, laicatus veri nominis extet et laboret*» (AG, 21).

5. L'imprescindibilità della funzione consultiva è, dunque, nativamente e costituzionalmente connessa con la *distinctio* —che è insieme *coniunctio* (LG, 32)— dei due poli istituzionali della Chiesa, a sua volta generata dal rispetto che l'istituzione voluta da Cristo nutre per ogni singola realtà creata, pur nella contemplazione della sua sorte trascendente. Il sacerdozio regale di tutti i fedeli in Cristo, l'assistenza dello Spirito a ciascun d'essi assicurata, quale che sia la condizione esistenziale o posizione soggettiva, costituiscono dati della verità rilevata che nella Chiesa attribuiscono alla diade *ordo plebs* una rilevanza ed un valore del tutto specifici, quindi non assolutamente ragguagliabili al rapporto che ordinariamente intercorre fra sovrano e suddito<sup>14</sup>. In virtù di tale specificità o tipicità canonica, il servizio (*ministerium*) della Gerarchia nei riguardi della generalità dei fedeli non risulterebbe completo ed adeguato se non aprisse le stesse strutture di potere ad una dimensione di ascolto, di confronto, di consultazione, appunto, che viene ad assumere un'impronta o un timbro, per così dire, *laici* oltre che ministeriali.

Ciò non significa che si debba dare spazio a «poteri» in qualche modo «alternativi» o ad una sorta di «contropotere» riservato ai

14. Cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Giuffrè, Milano, 1989 (ed. it. cur. da G. LO CASTRO), 181 ss., 220 ss., 224 ss., 256 ss., 259 s.; si v. inoltre, per la particolare sottolineatura del carattere di servizio da attribuire all'organizzazione gerarchica o, più ampiamente, ecclesiastica A. VIANA, *Organización del gobierno*, cit., 33 ss.

fedeli gerarchicamente non strutturati<sup>15</sup>. Significa, invece, che l'organizzazione ecclesiastica ha la *costituzionale* esigenza di predisporre modalità di partecipazione al formarsi ed allo svolgersi del potere, in cui *anche* i laici possano riconoscersi, senza abdicare all'originalità ed alla peculiarità del loro contributo; in cui, cioè, le correlate configurazioni di competenze non ripetano la loro origine e non derivino i loro paradigmi dagli uffici propriamente o esclusivamente gerarchici<sup>16</sup>.

Grazie a questa tipica articolazione dei poteri o, meglio, delle funzioni, qualsiasi «operatio» o «ministratio Ecclesiae» può essere assunta —senza pregiudizio della libera iniziativa individuale, così come dell'intimità e della buona fama personali— al servizio della comunità dei fratelli; e, per converso, nessuna forma autoritativa di esercizio del potere può assurgere a pretesa monopolizzatrice delle determinazioni del *bonum Ecclesiae*.

In definitiva, la caratura «laica» della funzione consultiva nella Chiesa è segno emblematico della rinuncia ad ogni forma di esercizio non partecipato ed esclusivo della potestà canonica, e quindi garanzia della sua più autentica dimensione ministeriale o di servizio.

6. Giova, per altro, ribadire che la componente consultiva non si esprime nella Chiesa, né come «potere» consultivo —ossia come funzione esclusivamente attribuita ad un organo o ad un soggetto o ad una serie predeterminata di organi o di soggetti<sup>17</sup>— né come funzione autonomamente non definibile o giuridicamente non rileva-

15. È questa la critica rivolta da C.J. ERRÁZURIZ M., *La persona nell'ordinamento canonico: il rapporto tra persona e diritto nella Chiesa*, in *La scienza canonistica nella seconda metà del '900. Fondamento, metodi, prospettive in d'Avack, Lombardía, Corecco*, (Atti del Convegno internazionale di studi: Roma, 13-16 novembre 1996), 26 della relazione dattiloscritta, all'impostazione seguita nel lavoro di R. TORFS, *A healthy Rivalry. Human Rights in the Church*, Peeters, Leuven, 1993, che, per la verità, sembra però attribuire un significato positivo e costruttivo al confronto tra fedeli e gerarchia.

16. La preoccupazione che tutte le forme di ministerialità ecclesiastica vengano ricondotte ai paradigmi clericali è stata da me espressa sin dal contributo su Chiesa «laica» e «ministeriale», in *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, a cura di E. CORECCO-N. HERZOG-A. SCOLA, Ed. Universitaires-Herder-Giuffré, Fribourg-Freiburg i.B., Milano, 1981, 265 ss. Da ultimo, v. pure A.S. SÁNCHEZ-GIL, *L'apporto dei fedeli laici all'esercizio della cura pastorale della comunità parrocchiale. Premesse dottrinali*, in *La scienza canonistica*, cit., 3 del dattiloscritto.

17. Per questa nozione stretta di «potere» o «potestà», secondo la terminologia mantenuta in vigore anche dalla nuova codificazione, cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione*, cit., 44 s.

bile, se non in rapporto ad un potere altro da sé, e di cui il *consilium* non rappresenterebbe che una fase o un elemento esclusivamente prodromico o, peggio ancora, meramente ancillare e subordinato<sup>18</sup>.

La componente consultiva è, viceversa, un originale e tipico modo di esplicarsi del potere o, se si vuole, anche una funzione autonoma, se come tale si intenda un agire *nella e per la* comunità, con una propria forma di rilevanza pubblica o istituzionale<sup>19</sup>. Se, viceversa, per funzioni si intendono i tipici contenuti d'azione della *potestas regiminis* (legislativo, amministrativo, giudiziario), allora è forse preferibile individuare nella componente consultiva una serie di uffici che possono afferire a quale che sia di questi contenuti d'azione.

Si tratta però non già di determinazioni ultimative delle regole di condotta in cui si sostanzia il *bonum Ecclesiae*, bensì di testimonianze o «rappresentazioni», pur anco imprescindibili e decisive, ma senz'altro *parziali*, perché non comprensive di tutti i molteplici e problematici aspetti della questione affrontata. A questa caratteristica modalità di svolgersi del potere i laici possono, per tanto, partecipare senza tema di esserne coinvolti al punto di pregiudicare la peculiarità della loro testimonianza; sicché può dirsi che a questa forma di esercizio del potere *anche* i laici sono nativamente, ossia ontologicamente, abilitati a partecipare sulla base dei soli sacramenti dell'iniziazione cristiana (battesimo, cresima)<sup>20</sup>. Per contro, la distinzione *essentia et non gradu tantum* (LG, 10), che sussiste tra i due poli istituzionali in cui è strutturata la compagine ecclesiastica, comporta che unicamente ai partecipi del ministero ordinato sia attribuito il modo autoritativo o, meglio, apicale e ultimamente ricapitolativo e capitale, di esprimersi del potere.

18. Appropriatamente rileva E. CORECCO, *Simodalità e partecipazione*, cit., 85, in nota: «Il voto consultivo dei laici non può essere equivocato... come semplice "aiuto" prestato ai ministri ordinati. La funzione del sacerdozio comune e del *sensus fidei* non è quella di aiutare il sacerdozio ministeriale, ma di esprimere la propria testimonianza e la propria opinione sulla fede e sulla disciplina ecclesiale».

19. Cfr. S. BERLINGÒ, *Dal «mistero» al «ministero»: l'ufficio ecclesiastico*, in *Ius Eccl.*, 5 (1993), 92 ss.; ID., *Ufficio ecclesiastico*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Treccani, Roma, 1994, 1 ss.; ID., *Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1995, 184 ss.

20. Sul modo in cui intendere la «parzialità» della funzione consultiva v. le ulteriori chiarificazioni addotte *infra* al n. 16 della sezione ricostruttiva di questo saggio. Quanto alla nativa abilitazione ontologico-sacramentale di tutti i fedeli (anche se laici), opportunamente J. HERVADA, *Diritto costituzionale*, cit., 189, annota che «il sacramento della maturità cristiana è la confermazione e non l'ordine».

7. Tuttavia, con quanto si è appena affermato non si vuole sostenere che esista un unico ambito o un unico livello di operatività del potere apicale, o dei fedeli in esso implicati. Tale livello risulta decentralizzato e altresì decentrato o deconcentrato nonostante le individue emergenze del ministero episcopale e del ministero petrino<sup>21</sup>. Inoltre i partecipi dell'*ordo sacer*, pur non essendo (più) laici, continuano a far parte del *communis christifidelium status*. Da ciò consegue che essi, pur quando abbiano raggiunto la pienezza del sacerdozio ordinato, non sempre sono chiamati ad esercitare il potere in posizione apicale. I Vescovi, anche al di fuori del contesto della *sollicitudo omnium Ecclesiarum* e del vincolo di comunione gerarchica col Romano Pontefice, peculiarmente connessi con il loro *status* ministeriale, potrebbero essere attivati in un ambito più comprensivo o ad un livello diverso rispetto a quelli dell'ufficio di responsabili di una chiesa particolare, per offrire il loro apporto ad un'istanza consultiva. In tal caso non può escludersi che le modalità di svolgimento del potere, da un punto di vista giuridico-formale, possano risultare essenzialmente analoghe a quelle utilizzabili dai laici per cooperare alla medesima funzione.

Ad esempio, un Vescovo chiamato all'ufficio di consultore presso uno dei Dicasteri della Curia romana, darebbe un parere che sarebbe pur sempre un parere, ed avrebbe lo stesso valore dei pareri forniti dal consultore laico del medesimo Dicastero.

Può e deve, per converso, riconoscersi la congruità di un'articolazione o gradazione della stessa funzione consultiva, e quindi la ricorrenza di una maggiore o minore incisività e vincolatività dei *consilia* non solo dal punto di vista formale ma anche sostanziale<sup>22</sup>.

21. Cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale*, cit., 226 ss. e, più di recente, J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione*, cit., 21, 92 ss., 156 ss., cui si devono aggiornate precisazioni sui concetti di decentralizzazione e di decentramento, sulla loro distinzione e sui limiti della loro applicabilità al diritto della Chiesa.

22. Entro questi limiti possono essere condivise le notazioni svolte da G.P. MILANO, *L'attività consultiva del Collegio episcopale*, in *Esercizio del potere*, cit., 144-147, sulla natura del «tutto peculiare» e sulla «autorevolezza intrinseca» del *vetum* espresso in seno al Sinodo dei Vescovi, pur istituzionalmente dotato di una «funzione esclusivamente consultiva». Sul particolare valore «rappresentativo» degli *optata* del Sinodo dei Vescovi, cfr. pure J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione*, cit., 264 ss.; M.C. BRAVI, *Il sinodo dei vescovi. Istituzione, fini e natura. Indagine teologico-giuridica*, PUG, Roma, 1995; C. CARDIA, *Il governo*, cit., 234 ss.; M. MIELE, «*Munus petrinum*» e *funzione consultiva*, in *Diritto canonico e comparazione*, a cura di

Tale diversa rilevanza non va, però, in sé e per sé ricondotta alla condizione *soggettiva* di chi rende il parere —all'elemento che Javier Hervada definirebbe *estamental*<sup>23</sup>— ma alla *oggettiva* configurazione dell'ufficio, ossia alla posizione ad esso riservata nell'organizzazione ecclesiastica, e quindi al diverso ruolo, più o meno comprensivo o «rappresentativo», ad esso attribuito in rapporto alle questioni trattate (un ruolo che, d'altra parte, può avere un suo riverbero sulla composizione dell'organismo e sulla figura *soggettiva* dei titolari dell'ufficio).

## II

8. Le precisazioni fin qui compiute sull'insieme dei principi costituzionali che reggono la funzione consultiva nella Chiesa aiutano a meglio valutare i dati offerti alla riflessione che ci si accinge a svolgere sulle norme codiciali prese in esame.

Si tratta di norme sostanzialmente coincidenti. Le variazioni riscontrabili nel can. 934 C.c.e.o., per gli aspetti in cui non risultano meramente formali o redazionali, rappresentano miglioramenti del disposto del can. 127 C.i.c., che si studiano di eliminare alcuni dubbi o difficoltà interpretative sollevate in sede di esegesi del canone del Codice latino. Esse, quindi, possono considerarsi complessivamente (e autenticamente) esplicative del dettato del Codice del 1983, piuttosto che innovatrici rispetto al primo. Del resto, versandosi in

R. BERTOLINO-S. GHERRO-L. MUSSELLI, Giappichelli, Torino, 1992, 132, il quale ultimo A., sia pure con riguardo all'ufficio cui è chiamato il Vescovo a capo della diocesi, giustamente precisa (*op. cit.*, 130, in nota), che «il Vescovo non è un "delegato" della propria chiesa, ma la impersona». D'altra parte sempre lo stesso A. non manca di osservare che quando (anche) un Vescovo è chiamato a far parte del Collegio cardinalizio, nulla fa pensare «ad una qualsiasi forma di rappresentazione», in quanto essi vengono scelti per dottrina, costumi pietà e prudenza (*ex can. 351.1, C.i.c.*), a conferma che è l'ufficio in sé ad esigere un maggiore o minore grado di «rappresentatività» e non già la (sola) composizione personale ad imprimergliela.

23. Cfr. J. HERVADA, *Elementos de Derecho constitucional Canónico*, Eunsa, Pamplona, 1987, 226. Del pari, anche W. AYMANS, *Diritto canonico e comunione ecclesiale. Saggi di diritto canonico in prospettiva teologica*, trad. it. a cura di R. BERTOLINO e L. MANGELS GIANNACHI, Giappichelli, Torino, 1993, 159, afferma che nel «principio consultivo non viene in primo piano la differenza tra chierici e laici». Con acume ha annotato J. BEYER, *Laïcité*, cit. (nt. 7), 236: «... comme tout fidèle... d'une certaine manière le clerc reste "laïc"!».

tema di norme generali sull'esercizio dei poteri ecclesiastici, è indubitabile che i due Codici si ispirino ai medesimi princípi (costituzionali), universalmente validi per tutta la Chiesa, senza che possano assumere rilievo le differenze di rito. Non rimane, per tanto, che leggere anche il disposto del can. 127 alla luce di quello meglio esplicitato e formalmente perfezionato del can. 934 C.c.e.o. (e leggere, viceversa, quest'ultimo alla luce dei lavori preparatori non solo propri ma anche del primo)<sup>24</sup>.

Nel paragrafo iniziale, il richiamo al *Superior* è sostituito dal più appropriato riferimento all'*auctoritas*, nel senso condiviso dai commentatori più avvertiti del can. 127<sup>25</sup>. Fra l'altro, quando il requisito giuridicamente sancito è il *consensus*, spesso può risultare incongruo il ricorso al termine *Superior*; e sempre, anche quando si tratti di mero *consilium*, l'uso promiscuo di *Superior* e di *auctoritas* —cui si mostra corrico il linguaggio del Codice latino— denota il persistere di una mentalità troppo indulgente per il ricorso alle metafore personalistiche del potere, e quindi poco propensa a declinarlo in termini di vero servizio. Nel diritto dei religiosi, inoltre, *Superior* è il soggetto titolare della *potestas dominativa* che, per la particolare natura di tale potere —dal carattere corporativo-personale, anziché istituzionale-gerarchico<sup>26</sup>— non solo presiede, ma spesso vota insieme col suo Consiglio, essendone membro a pieno titolo<sup>27</sup>.

L'impiego del termine «*auctoritas*» in luogo di «*Superior*» potrebbe quindi ricondursi pure all'intento di sottolineare con mag-

24. Una sistematica e dettagliata disamina in parallelo è compiuta da E. GÜTHOFF, «*Consensus*» und «*consilium*» in c. 127 CIC/1983 und c. 934 CCEO. *Eine Kanonistische Untersuchung zur Normierung der Beispruchsrechte im Recht der Lateinischen Kirche und der Orientalischen Kirchen*, Echter, Würzburg, 1994, *passim* e in specie 87 ss, 139; a parte quelle che il medesimo A. definisce variazioni terminologiche, le integrazioni o modifiche rilevabili nel c. 934 tendono, soprattutto, a rendere più espliciti alcuni vincoli o doveri dell'Autorità richiedente il «consenso» o il «consiglio» e l'unica vera differenza consisterebbe nel fatto che al par. 1 il c. 934 rinvia solo al diritto «particolare» e non anche al diritto «proprio» come il c. 127.

25. Cfr. E. GÜTHOFF, «*Consensus*», cit., 98 ss.; M. THÉRIAULT, *Sub* c. 127, in A. MARZOA-J. MIRAS-R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, I, Eunsa, Pamplona, 1996, 831.

26. Cfr., per tutti, J. HERVADA, *Diritto costituzionale*, cit., 244.

27. Cfr. V. DE PAOLIS, *An possit Superior religiosus suffragium ferre cum suo Consilio vel suo voto dirimere paritatem sui Consilii*, in *Periodica*, 76 (1987), 423 ss.

gior forza la distinzione fra le fattispecie cui si riferiscono i canoni in esame e quelle in cui il ricorso alla forma collegiale della delibera non riguarda solo il rilascio di un «consenso» o di un «parere» ma la determinazione definitiva dell'atto finale, come può avvenire in alcune ipotesi tipiche del diritto proprio dei religiosi<sup>28</sup>. In qualche misura questo cambio terminologico potrebbe altresì rappresentare un indizio del valore meramente dichiarativo dell'interpretazione resa dalla Pontificia commissione interprete col responso dell'1 agosto 1985<sup>29</sup>; secondo i fautori di questa tesi proprio perché l'«autorità» non (sempre anche se molte volte) è da identificare col Superiore di un ordine religioso vale, per un verso, quanto meno per il diritto latino, il principio della sua non inclusione nel novero dei votanti, nemmeno al fine di dirimere la parità dei suffragi<sup>30</sup>; mentre, per altro verso, rimarrebbe salvo il diritto proprio dei religiosi<sup>31</sup> o quanto previsto per alcune peculiari istanze organizzative delle Chiese orientali, ascrivibili ad un contesto diverso da quello tipico della Chiesa latina, in cui è normale che il *Superior* (se più correttamente inteso come *auctoritas*) non sia membro votante degli organismi titolari di una funzione consultiva in senso proprio<sup>32</sup>.

9. L'ultimo inciso del primo paragrafo del can. 934 C.c.e.o. instaura un collegamento con il n. 3 del paragrafo che segue. Un inciso correlato nel can. 127 C.i.c. non esiste, perché non esiste neppure un n. 3 del paragrafo 2.

Anche in questo caso la sistematica adottata dal Codice orientale ha inteso porre riparo ad una sfasatura segnalata dagli esegeti più attenti del Codice latino<sup>33</sup>.

Si può osservare che l'ultimo inciso del n. 2 del secondo paragrafo del can. 127 —col fissare la regola secondo cui l'autorità, pur quando non sia tenuta da un'obbligazione espressa ad assecondare il

28. Cfr. V. DE PAOLIS, *An possit Superior*, cit., 445 s.; E. GÜTHOFF, «Consensus», cit., 97 ss. Per fattispecie analoghe, nel diritto secolare, cfr. M. NIGRO, *Deliberazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 1008.

29. Cfr. AAS, 77 (1985), 771.

30. Cfr. V. DE PAOLIS, *An possit Superior*, cit., 420; E. GÜTHOFF, «Consensus», cit., 131.

31. Cfr. V. DE PAOLIS, *An possit Superior*, cit., 423 ss., 441 ss.

32. Cfr. E. GÜTHOFF, «Consensus», cit., 130 ss., 134.

33. Cfr., da ultimo, M. THÉRIAULT, *Sub c.127*, cit., 833.

parere (*consilium*) delle persone consultate, «*tamen sine praevalenti ratione, suo iudicio aestimanda, ab earundem voto, praesertim concordi, ne discedat*»— finisce con l'enunciare un principio generale, di per sé estensibile di là della cerchia dei consultori singoli, cui sembrerebbe volerlo circoscrivere l'infelice articolazione del Codice latino. Il Codice orientale, procedendo ad una diversa dislocazione e ad un più acconcio collegamento dei disposti normativi, provvede ad accordare pieno valore e risalto al principio suddetto.

Si tratta di un principio di grande importanza che contribuisce a lumeggiare il significato forse più rilevante, anche se implicito, attribuibile alle norme codiciali in esame, nel nuovo contesto ecclesiologico e sistematico del postconcilio. Con la distinta e insieme congiunta disciplina normativa delle fattispecie del *consensus* e del *consilium* —anche nel periodo classico solo tardivamente disgiunte<sup>34</sup>— il legislatore codiciale ha fatto palese l'intento di non volere enfatizzare la differenza, sia pure esistente, tra assenso e parere, così come fra modo ultimativo e modo consultivo dello svolgersi del potere. Un reale avanzamento secondo questa prospettiva, nei confronti delle formulazioni adoperate dal can. 105 del Codice del 1917, consiste, senza dubbio, nell'essere stata espressamente e «recisamente» sancita l'invalidità, nel caso di inosservanza dell'obbligo avente ad oggetto la richiesta di parere<sup>35</sup>.

Un limite, tuttavia, persiste anche nei disposti dei codici attuali; ed è quello di avere preso direttamente in esame solo le fattispecie, tanto di *consensus* quanto di *consilium*, nel quadro di un procedimento o, più in generale, di una procedura comunque sia finalizzati ad un atto dell'autorità, e subordinati ad una iniziativa di quest'ultima («*de consilio... exquirendo*», «*consensus... non exquirentis*»)<sup>36</sup>. Un tale

34. Cfr. J. GAUDEMET, *Quelques opinions des docteurs médiévaux sur le rôle du peuple dans le gouvernement*, in *Esercizio del potere*, cit., 234 s.; E. GÜTHOFF, «*Consensus*», cit., 94, in nota.

35. Cfr. E. GÜTHOFF, «*Consensus*», cit., 66 s., 91; M. MIELE, «*Munus petrinum*», cit., 122, in nota.

36. Sembra avvertire il limite di un'impostazione siffatta V. DE PAOLIS, *An possit Superior*, cit., 418 s., quando afferma di non ritenere incompatibile con gli elementi costitutivi essenziali della funzione consultiva «*si in nonnullis casibus ius praeviderit possibilitatem quod ipse coetus vel collegium possit, modo autonomo, propriam voluntatem manifestare circa determinatum actum ponendum ex parte Superioris, dummodo haec omnia seventur intra fines tantum alicuius opinionis*» (m. c.).

contesto, per un verso, rischia di vanificare pressoché del tutto la differenza fra consenso e parere; per altro verso, tende ad offrire del *consilium* una versione eccessivamente appiattita sulle fattispecie di mera «consulenza» (*expertise*) o di semplice «perizia» specialistica, se non a ridurlo ad un puro elemento istruttorio di «valutazione tecnica»<sup>37</sup>.

10. D'altra parte, anche in sede di teoria generale si va assumendo sempre più coscienza delle difficoltà di una *reductio ad unum* della estremamente variegata tipologia dei «pareri»<sup>38</sup>; nonché della inanità degli sforzi di definire questa categoria nel confronto condotto in modo puramente negativo, *ex adverso*, con gli atti di assenso o di «consenso»: facendo leva, cioè, sulla pretesa mancanza di rilievo giuridico proprio e immediato dei «pareri» al di fuori del procedimento o in difetto dell'iniziativa dell'autorità autrice del provvedimento<sup>39</sup>. Del resto, si cadrebbe in una spirale contraddittoria se — assunto come termine di comparazione discriminatrice qualunque atto di consenso — si facesse consistere la differenza rispetto al parere (a qualsiasi tipo di parere) nella circostanza che quest'ultimo lascerebbe libera l'autorità non solo circa l'*an*, ma anche circa il *quomodo* o il contenuto dell'atto; mentre il «consenso» (qualsiasi tipo di consenso) non vincolerebbe l'autorità quanto all'*an*, ossia la lascerebbe libera di agire o no (sicché la distinzione sarebbe solo di grado e non d'essenza)<sup>40</sup>.

Vero è, invece, che occorre distinguere fra consenso e consenso come fra parere e parere. Vi sono atti di consenso che vincolano l'autorità ad agire: come, ad esempio, il consenso espresso in un atto collegiale di elezione, che, fornito del coelemento di efficacia e dei requisiti di legittimità previsti rispettivamente dal can. 177, par.

37. Sulla riconduzione della «logica della consulenza» alla «mera strumentalità rispetto al provvedimento finale», e sulla distinzione fra parere e «valutazioni tecniche» cfr. A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Utet, Torino, 1995, 602, 608, 615. Sulla ulteriore distinzione fra consulenza e perizia, cfr. S. BERLINGÒ, *Perito. III) Diritto canonico*, in *Enc. giur.*, XXIII, Treccani, Roma, 1991, 1.

38. Cfr. A. TRAVI, *Parere*, cit., 601 ss., 613 ss.

39. Rilievi critici sull'adozione di tali criteri in F. TRIMARCHI, *Parere*, in *Enc. giur.*, XXII, Treccani, Roma, 1990, 2 s.

40. Cfr., per tutti, K. MÖRS DORF, *Die andere Hierarchie. Eine kritische Untersuchung zur Einsetzung von Laienräten in den Diözesen der Bundesrepublik Deutschland*, in *Arch. Kath. Kirch.*, 138 (1969), 468 e, di recente, M. THÉRIAULT, *Sub c. 127*, cit., 831.

1, C.i.c. e dal can. 179, par. 2, C.i.c., fa da base all'enunciato rinvenibile in quest'ultimo disposto: «*Competens auctoritas... confirmationem denegare nequit*» (m.c.).

Un altro esempio in cui, nonostante il ricorso letterale ed espresso del termine *consensus*, l'autorità competente non può certo considerarsi libera se agire o no, una volta che il *consensus* sia stato espresso, è quello previsto dal can. 1673, n. 3, C.i.c., a proposito dell'incardinarsi della competenza presso il tribunale del luogo del domicilio posseduto dalla parte attrice nel territorio della stessa Conferenza episcopale della parte convenuta, se così si è espresso il Vicario giudiziale di quest'ultima.

Senza altro, può rilevarsi che il consenso di cui alle fattispecie appena richiamate, non è il *consensus* sollecitato da una richiesta autoritativa, come quella supposta dal can. 127 del Codice ult. cit.<sup>41</sup>.

Inoltre, anche nell'ipotesi prevista dal medesimo can. 1673, ma al n. 4, ossia nell'ipotesi del *forum plerarumque probationum*, non può certo dirsi che —al contrario del n. 3— il *consensus* prestato dal Vicario giudiziale della parte convenuta sottragga al tribunale adito ogni ambito di discrezionalità.

Tuttavia, gli esempi adottati servono a dimostrare che la determinazione autoritativa assistita da un *consensus iure statutus* si può o no assumere liberamente non già in virtù di un effetto, per così dire, naturale connesso a questo tipo di atto, bensì in forza di quanto volta per volta stabilito dalle norme.

11. Potrebbe, però, replicarsi —facendo leva su di un'articolazione diversa del criterio discriminativo, fondata sul collegamento fra atto dell'autorità ed atto presupposto<sup>42</sup>— che in nessun caso di *consilium* o di semplice parere le norme farebbero discendere da quest'ultimo, come avviene nelle ricordate ipotesi di *consensus*, l'obbligo per l'auto-

41. Per un'analitica disamina delle ipotesi in cui l'espressione «*consensus*», ricorrente nei canoni del Codice latino, può o no ricondurre a fattispecie regolate dal can. 127, cfr. E. GÜTHOFF, «*Consensus*», cit., 146 ss., 153 ss., il quale A. avverte, altresì, che anche nei disposti del Codice orientale, l'uso del termine «*consensus*» non è affatto univoco (*op. cit.*, 178 s.).

42. Cfr. l'esame condotto dalla giurisprudenza amministrativa italiana su questo tipo di collegamento, in A. TRAVIA, *Parere*, cit., 612.

rità di conformare le proprie determinazioni al parere espresso e, neppure, l'obbligo di provvedere, quand'anche con un difforme contenuto.

Questi asseriti non possono, per l'altro, essere condivisi in modo assoluto. È vero che l'ipotesi di *consilium* direttamente disciplinata dal can. 127 e dal can. 934 è quella del parere obbligatorio non vincolante<sup>43</sup>; ma da ciò non risulta esclusa la possibilità che l'autorità ricorra, pur nell'esercizio di una sua piena discrezionalità, a pareri facoltativi; né risulta pretermessa l'eventualità che il diritto vigente contempri altresì casi di pareri obbligatori e vincolanti.

Per quel che concerne quest'ultima forma di parere — a parte ogni eventuale previsione di diritto particolare o statutario — si può legittimamente ritenere — di là delle definizioni legislative — che, a cominciare da quelle dei due canoni in esame, proprio molti atti denominati *consensus* non siano veramente tali, e designino invece realtà non essenzialmente distinte e solo per grado differenziate rispetto ai *consilia* o ai pareri semplicemente obbligatori<sup>44</sup>.

Si può essere, ad esempio, certi che gli atti di *consensus* di cui ai canoni 1277 e 1292.1 del Codice latino siano davvero per natura, e non solo quanto al grado di efficacia, diversi dai pareri che, fra l'altro, ai medesimi organismi sono richiesti in analoghe materie da quelle stesse previsioni (can. 1277) o da altri canoni vicini (can. 1263, can. 1281.2)? E davvero può sostenersi, sempre per restare al canone 1292, che la *licentia* della Santa Sede di cui al par. 2 — sostanzialmente equiparabile ad un atto di assenso — abbia la stessa significanza e lo stesso peso, anche giuridico, del *consensus* del Consiglio degli affari economici o del Collegio dei consultori? O, per fare un esempio ulteriore, può asserirsi con tranquillità che il *consensus* del privato di cui al can. 1222.2, stia al *consilium* del Consiglio presbiterale, previsto dal medesimo disposto, negli stessi termini in cui stanno in rapporto il *consilium* e il *consensus* dei differenti incisi del già richiamato can. 1277?

43. Cfr. M. MIELE, «*Munus petrinum*», cit., 122.

44. Cfr. quanto viene osservato in sede di lavori preparatori del can. 129, a proposito dell'equivalenza di significato fra il termine *consensus*, cui la norma fa ricorso, e la locuzione «parere obbligatorio e vincolante» (in *Communicationes*, 13:1981, 131-133 e 14:1982, 217). Cfr. M. MIELE, «*Munus petrinum*», cit., 122 e A. VIANA, *El gobierno colegial*, cit., 495, in nota.

La prudenza parrebbe suggerire in tutti i casi da ultimo citati —tranne, ovviamente, quello del consenso del privato— che, quando i canoni ricorrono alla dizione *consensus*, intendano designare la sostanza di un *parere obbligatorio e vincolante*.

12. Quest'ultimo tipo di parere non solo vincola all'uniformità di contenuto l'atto autoritativo ma, —ad avviso della dottrina amministrativistica più accreditata ed aggiornata— una volta emesso in senso favorevole, non lascerebbe più adito all'iniziativa discrezionale dell'autorità, anche quanto al provvedere o no. Ove, infatti, qualche interessato attivasse, in presenza di un parere vincolante favorevole, il meccanismo del silenzio-rifiuto, il provvedimento implicito risulterebbe illegittimo, e quindi invalido, perché contrario al vincolo di conformità col parere. Per altro, anche la mera condotta omissiva dell'autorità —nell'ipotesi in cui la vincolatività del parere fosse evincibile da formule sostanzialmente analoghe a questa: «L'autorità X *provvede* previo parere favorevole di Y»— sarebbe giuridicamente censurabile, di là dell'iniziativa di ogni privato interessato, perché costituirebbe violazione della norma che, prima ancora di vincolare la discrezionalità quanto al contenuto del provvedimento, escluderebbe la discrezionalità del provvedere in sé e per sé<sup>45</sup>.

Se ciò, come sembra, risulta incontestabile —se quindi un parere favorevole può assumere un proprio rilievo giuridico prima ancora e indipendentemente da una puntuale misura o determinazione dell'autorità che si assumano lesive di interessi di privati— non possono non risultare confermate, a maggior ragione, le tesi favorevoli ad una impugnabilità diretta, e non solo *per relationem*, di un parere vincolante negativo, già equiparato dalla dottrina, e da una parte della giurisprudenza amministrativa secolari, ai così detti *atti di arresto* della procedura<sup>46</sup>. Inoltre, quanto si è qui affermato a proposito del parere obbligatorio vincolante, può essere, almeno per un aspetto, ribadito anche a proposito del parere (solo) obbligatorio (ma) non vincolante<sup>47</sup>: per l'aspetto, cioè, in cui la legittimità e quindi la validità del

45. Cfr. F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Giuffrè, Milano, 1974, 209 s.

46. Cfr., per l'esperienza italiana, A. TRAVI, *Parere*, cit., 611 s.

47. Cfr., ancora, A. TRAVI, *Parere*, cit., 612.

provvedimento autoritativo risulta vincolata alla enunciazione della *ratio* prevalente, idonea a giustificare la difformità dal parere<sup>48</sup>.

In questa prospettiva, per altro, un rilievo, in parte analogo, può assumere lo stesso parere facoltativo, che, una volta richiesto, vincola l'autorità ad esprimere i motivi per cui da esso voglia eventualmente discostarsi<sup>49</sup>; con un'unica differenza, rispetto al parere *iure* obbligatorio: la inidoneità del parere meramente facoltativo a condizionare di per sé l'emissione o no di un provvedimento.

13. Come per le varie figure di consenso, altrettanto per i vari tipi di parere (vincolante, obbligatorio, facoltativo) le norme possono, quindi, prevedere forme diverse di relazione o raccordo con il provvedimento dell'autorità; sicché risulta ancora una volta incongruo porre come discriminare concettuale adeguato fra *consensus* e *consilium* un criterio che insista solo sulla differenza dei nessi che legano questi due generi di atti alle misure apicali.

In analoga difficoltà, lo si è già accennato, si trova la dottrina amministrativistica contemporanea<sup>50</sup>; ma non sempre identiche risultano le problematiche, e quindi le soluzioni ipotizzabili, rispetto a quelle proprie dell'esperienza canonistica.

Nella dottrina giuridica secolare può registrarsi un'evoluzione che l'ha condotta da moduli ricostruttivi collegati alla rilevanza degli *status* dei protagonisti dell'amministrazione, e quindi da una concezione latamente corporativistica, a categorie concettuali più o meno influenzate da ideali mistico-trascendentali, nel senso autorevolmente segnalato dal Card. Ratzinger, e di recente ricordato da Carlo Errázuriz<sup>51</sup>. Queste ultime categorie di pensiero hanno presieduto ad una teoria dell'organizzazione marcata da tratti oggettivi e

48. Risulta molto calzante, a tale riguardo, il richiamo al principio enunciato, per il diritto della Chiesa, dal c. 127, § 2, n. 2, C.i.c. e, con minime varianti, dal can. 934, § 2, n. 3, C.c.e.o.: l'autorità, «*licet nulla obligatione teneatur accedendi ad earundem votum, etsi concors, tamen sine praevalenti ratione, suo iudicio aestimanda, ab earundem voto, praesertim concordi, ne discedat*» (m.c.).

49. Cfr. F. TRIMARCHI, *Parere*, cit., 2.

50. Cfr. A. TRAVI, *Parere*, cit., 613.

51. Cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *La persona*, cit. (nt. 15), 21, che rinvia, in nota, a J. RATZINGER, *Il nuovo popolo di Dio. Questioni ecclesologiche*, trad. it., Queriniana, Brescia, 1992<sup>4</sup>, 92 ss.

funzionali, in cui l'apporto della consultazione —pur riscattandosi dal ruolo meramente passivo o riflesso giocato nella ricostruzione per *status*— non è però mai andato oltre un contributo di mera razionalizzazione, e quindi di efficienza e di produttività<sup>52</sup>.

L'organizzazione si è così *spersonalizzata*, guadagnando, se si vuole, in termini di buon andamento e di terzietà, ma rischiando altresì di scavare un solco incolmabile tra sé e le reali esigenze comunitarie o la sua stessa componente soggettiva, alienatasi nella casta dei burocrati.

Oggi la tendenza è nel senso di una *ripersonalizzazione* dell'amministrazione, che, pur facendo salve le conquiste dell'imparzialità e dell'efficienza, conseguite dalla moderna scienza amministrativistica, ribadisca una circolarità virtuosa fra i destinatari dei servizi e i titolari delle funzioni, ossia tra la componente comunitaria e quella funzionale<sup>53</sup>.

In questo quadro la funzione consultiva si arricchisce di contenuti e significati partecipativi, che vanno oltre il mero contributo tecnico-specialistico e che, in specie negli ordinamenti democratici e pluralisti, spesso sono portati a distinguersi solo per grado da quelli indotti dagli strumenti di ricerca del consenso, in un contesto di «leale collaborazione» fra le diverse «unità istituzionali» in cui si esprimono le molteplici identità e realtà comunitarie<sup>54</sup>.

### III

14. Nella situazione odierna il tema del *consilium*, ossia del parere *peculiarmente* consultivo, e quindi della funzione *tipicamente* consultiva —che non sia, per un verso, confusa con fenomeni di

52. Cfr., in modo particolare, gli apporti di J.D. MOONEY, *Principios de organización*, trad. sp., Madrid, 1958, messi a contributo da J. ARIAS GÓMEZ, *La función consultiva*, in *Ius can.*, XI (1971), n. 21, 225 ss. e, in ultimo, da A. VIANA, *El gobierno*, cit., 493 ss. V. inoltre le ulteriori referenze, sugli studi nord-americani di scienza amministrativa, reperibili in F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva*, cit., 171.

53. Cfr. G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Utet, Torino, 1995, 521 ss.

54. Cfr. G. CORREALE, *Parere (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, 684; A. TRAVI, *Parere*, cit., 613-615; F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva*, cit., 145 ss., 189 ss.; ID., *Parere*, cit., 4.

vero e proprio *consensus*, e non sia, per altro verso, ridotta a forme di contribuzione meramente peritale o tecnico-specialistica— può tornare ad essere un tema precipuamente canonistico, come lo è stato, del resto e *pour cause*, durante molte epoche nel corso della storia.

Al fine di cogliere la tipicità della funzione consultiva canonica può essere utile riflettere sui modi di formazione del linguaggio istituzionale della Chiesa, cui la sua organizzazione ha il compito di presiedere, perché operi come un sistema di comunicazione capace di esprimerne con fedeltà la vita e la missione e di rispecchiare così, nella esperienza di ogni giorno e di ogni popolo, il senso proprio di una giustizia (*speculum iustitiae*) ordinata *alla e dalla* carità<sup>55</sup>.

Come ogni linguaggio complesso anche il discorso istituzionale canonico non può fare a meno di un linguaggio elementare o di base, ossia di un linguaggio in cui appropriati contesti ostensivi, o circostanze ambientali dotate di un alto grado di evidenza, mettano in luce i nessi tipici tra fenomeni reali corrispondenti a situazioni familiari o di usuale ricorso per la comunità dei soggetti interessati<sup>56</sup>. Si è già avuto occasione di chiarire all'esordio che vi sono ambiti della vita e della missione della Chiesa in cui l'apostolato o la comunicazione salvifica del messaggio cristiano non possono essere ordinariamente realizzati se non per mezzo della testimonianza dei laici<sup>57</sup>; di qui la necessità che siano proprio questi ultimi ad individuare i contesti ostensivi più idonei ed i fenomeni reali più ricorrenti per la elaborazione di una parte cospicua del linguaggio istituzionale di

55. Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso al Tribunale della Sacra Romana Rota* (17 febbraio 1979), in *Mon. eccl.*, 104 (1979), 5 ss. Per alcuni sviluppi dottrinali in questo senso, cfr., fra gli altri, S. BERLINGÒ, *I fedeli laici nella missione della Chiesa, in Ius in vita et in missione Ecclesiae*, LEV, Città del Vaticano, 1994, 843; ID., *Ordine etico e legge civile: complementarità e distinzione*, in *Iustitia*, 49 (1996), 204 ss.; G. DALLA TORRE, *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Studium, Roma, 1997, 211 ss.; K. DEMMER, *Christliche Existenz unter dem Anspruch des Rechts. Ethische Bausteine der Rechtstheologie*, Fribourg, 1995, 103-107.

56. Per questi spunti ricostruttivi utilizzo, con qualche adattamento, i moduli concettuali elaborati con grande raffinatezza d'intuito da R. DE STEFANO, *Scritti postumi. II. Scritti di fenomenologia. Scritti di ermeneutica*, a cura di D. FARIAS, Giuffrè, Milano, 1997, cit., 430 ss. Sullo specifico apporto delle istituzioni consultive alla formazione del «linguaggio ecclesiale» cfr., da ultimo, J.-P. DURAND, *Les Synodes en France. Droit et institution*, in J. PALARD (a cura di), *Le gouvernement de l'église catholique. Synodes et exercice du pouvoir*, Cerf, Paris, 1997, 118-121.

57. Cfr. *supra*, n. 4.

base, tipica forma di conoscenza per partecipazione, nel senso precisato da Newman, come pure si è prima ricordato<sup>58</sup>.

Può agevolmente desumersi, quale ulteriore corollario, l'esigenza imprescindibile per l'organizzazione ecclesiastica di «*inventarsi*» una modalità di intervento, nel discorso relativo alle determinazioni comunitarie, capace di dar parola a tutti gli interlocutori che si esprimono col linguaggio di base, e quindi a tutti i protagonisti dell'*oeconomia disciplinae*, senza alterarne, per converso, l'indole e la vocazione native, *non gradu tantum* ma essentia diverse.

Proprio il rispetto per la peculiare libertà o per la specifica autonomia delle varie esperienze di fede ha posto e pone con forza, in diritto canonico, il problema della veste giuridica da attribuire alla partecipazione dei *christifideles*, *uti universi* e non già solo *uti singuli* (can. 119, n. 3°, C.i.c.) al processo di formazione dell'*id*, *quod omnes tangit*<sup>59</sup>.

15. Nell'ordine giuridico canonico il problema è stato, ed è sempre, quello di fare assumere a questi fedeli una posizione di potere-dovere o di ufficio, di cui rispondere direttamente e in proprio *per* e *di fronte* alla comunità, senza ad un tempo vanificare il genuino carattere non autoritario della loro testimonianza.

Sembra si possa dire che la tradizionale impostazione canonistica *per officia*<sup>60</sup> —in cui l'organizzazione gerarchica figura come com-

58. Cfr. *supra*, n. 2.

59. Una perspicua distinzione fra il coinvolgimento dei fedeli *uti singuli* e *uti universi* è rinvenibile in O. GIACCHI, *La regola «quod omnes tangit» nel diritto canonico*, ora in *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, Studi raccolti e presentati da O. FUMAGALLI CARULLI, I, Giuffrè, Milano, 1981, 168 s. Il problema cui ci si riferisce nel testo è quello enunciato da J. HERVADA, *Diritto costituzionale*, cit., 261, a proposito della «partecipazione attiva del fedele come tale... alla sfera pubblica della Chiesa», quale che sia il livello di organizzazione o di istituzionalizzazione da essa attinto o attingibile; o, in termini ancora più comprensivi, è il problema del «pubblico modo di vivere» nella e per la Chiesa dei *christifidelis* (anche laico) di cui parla GIOVANNI PAOLO II, *Discorso di presentazione del nuovo CIC (3 febbraio 1983)*, in F. D'OSTILIO, *La storia del nuovo Codice di diritto canonico*, LEV, Città del Vaticano, 1983, 100, su cui v. S. BERLINGÒ, *I fedeli laici*, cit., 852.

60. Significative appaiono, del resto, le convergenze fra questa prospettiva canonistica ed i più recenti approfondimenti teorici della scienza amministrativistica; cfr., per tutti, sul tema, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970, 123 ss., 127 ss.; M. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Enc. giur.*, XXII, Treccani, Roma, 1990, 6; F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva*, cit., 141.

ponente essenziale ma non unica dei sistemi di imputazione di un agire *in nome* e *per conto* della comunità, e quindi delle modalità di svolgimento di una funzione o *munus*<sup>61</sup>— abbia favorito il formarsi di uno specifico tipo di funzione consultiva nel diritto canonico, o meglio il modo *consultivo* di realizzarsi dei vari *munera Ecclesiae* e, in special modo, del *munus regendi*.

Questo tipico modo di *farsi* del potere, come tutte le forme di potere può esprimersi —lo si è visto— in termini variamente vincolanti per l'autorità e diversamente incisivi nei riguardi delle posizioni dei privati; ma la sua originale caratteristica è quella di dare corpo ed autonoma rilevanza giuridica ad interessi che, pur radicati in un singolo o in una *parte*, tendono ad iscriversi in una dinamica *comunitaria*; ad interessi che, in termini sostanzialmente omologhi, sono individuati come interessi non (ancora) ultimamente o definitivamente pubblici, ma neppure (più) esclusivamente privati, o, se si preferisce, come interessi *diffusi* di indubbia rilevanza generale<sup>62</sup>.

16. Il modo canonico, tipicamente *consultivo*, dello svolgersi di un potere, si caratterizza —come si è già accennato<sup>63</sup>— per una sorta di *parzialità*, ma in un senso del tutto peculiare. Esso non è una parte già totalmente e ultimamente definita di un più ampio ed articolato discorso istituzionale, in cui più pronunzie o più *consensi*, tutti autoritativi o capitali o apicali o, in ogni caso, pienamente dispositivi del proprio ambito di operatività, concorrono, in vario modo collegati fra loro, quali elementi non più rivedibili o discutibili o falsificabili

61. Cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione*, cit., 13 ss., 49; J. HERVADA, *Diritto costituzionale*, cit., 179-186, 206, 223 ss., 232, 244 ss.; A. VIANA, *Organización*, cit., 25 ss., 32, il quale ultimo, in particolare, nota chiaramente che «el concepto de organización eclesíastica es más amplio que el de organización jerárquica» e che «las posibilidades de participación del fiel no ordenado en las instituciones de la Iglesia son actualmente mucho mayores que en épocas pasadas, aunque naturalmente las *funciones públicas de capitalidad* sigan reservadas a la Jerarquía» (m.c.).

62. Per una impostazione della problematica relativa agli interessi diffusi nel diritto canonico, cfr. P. MONETA, *I soggetti nel giudizio amministrativo ecclesiastico*, in *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, LEV, Città del Vaticano, 1991, 60 ss. ed inoltre, G. TOGNONI, *La tutela degli interessi diffusi nell'ordinamento canonico*, in *Quad. dir. ecl.*, 8 (1995), 321 ss.; C. VENTRELLA, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto amministrativo italiano e nell'ordinamento canonico*, in *Diritto canonico e comparazione*, cit., 191 ss.

63. Cfr. *supra*, n. 6.

di una complessa fattispecie (atto complesso)<sup>64</sup>. La componente consultiva, viceversa, anche quando risulti imprescindibile ed essenziale (obbligatoria e vincolante), è un elemento del discorso istituzionale che —pur su di un piano paritetico, e non già derivato o subordinato, né meramente ausiliario o funzionale<sup>65</sup>— è *parziale* in un senso intrinsecamente *laico* e *ministeriale* ad un tempo, ossia nel senso che si offre come: parte sempre aperta al dibattito e pronta a (ri)mettersi in discussione<sup>66</sup>, a presentarsi come opinabile e rivedibile<sup>67</sup>, disposta alla dialettica ed alla *com-petitività*<sup>68</sup>; figura di una sintesi comunitaria *in itinere* o *in progress*, in ogni caso interlocutoria; unità procedurale o dinamica, tuttora *in via* e non definitiva, né apicalmente ricapitolativa, ma non per questo pubblicamente trascurabile o poco rilevante.

Ciò spiega perché, a differenza del consenso vero e proprio —che può essere rimosso solo alla radice, adducendone l'eventuale difetto o illegittimità o irregolarità— il parere, anche quello vincolante, è sempre oggetto di discussione, potendosene chiedere in ogni momento il riesame, anche in termini di opportunità, o meglio di genuinità e di fedeltà della testimonianza da esso incarnata.

17. La caratteristica della rivedibilità nel parere canonico tipico —in cui di regola si fondano elementi di rappresentatività comunitaria e di competenze specialistiche<sup>69</sup>— non va, per altro, scambiata con una sorta di corriva fungibilità: deve, anzi, precisarsi

64. Il modulo dell'atto complesso sembra, invece, a M. MIELE, «*Munus petrinum*», cit., 122 s., idoneo a rendere la struttura delle fattispecie in cui il *consensus* starebbe ad indicare una forma di «codeliberazione» o di «partecipazione».

65. Cfr. F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva*, cit., 147, 189, 193, che —pur con riguardo all'esperienza secolare— ritiene che la primazia degli «organi attivi» su quelli consultivi sia solo di natura «formale» o «esternativa», e si pronunzia per il «prevalere sostanziale del parere rispetto al provvedimento» (m.c.).

66. Emblematico, in questo senso, fra i vari possibili esempi di diritto positivo, la «*discussio*» o la «*perpensio*» del Vescovo con i parroci consultori di cui al can. 1742.1, C.i.c. (can. 1391.1 C.c.e.o.) ed al can. 1750 C.i.c. (can. 1399.1, C.c.e.o.).

67. Cfr., per quel che concerne il diritto amministrativo secolare, F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva*, cit., 210; A. TRAVI, *Parere*, cit., 605.

68. È forse questo il significato più proprio da attribuire alla «*healthy Rivalry*» di cui parla Torfs (v. *supra*, nt. 15).

69. Cfr. J. ARIAS, *La función consultiva*, cit., 230 e 243; M. MIELE, «*Munus petrinum*», cit., 132 ss.

che quanto più cresce il tasso di rappresentatività nell'organo consultivo, tanto più esso tende a configurarsi come un modulo di vera e propria partecipazione, sostanzialmente poco o nient'affatto fungibile; viceversa, quanto più la consultazione sfuma nelle forme (non tipicamente canoniche) della consulenza, della perizia, della valutazione tecnica, tanto più essa risulta caratterizzata da un'estrema fungibilità, pur sempre nel rispetto dovuto a tutte le realtà creaturali e quindi all'autonomia dei vari ambiti del sapere tecnico-scientifico<sup>70</sup>.

18. A questo punto è possibile tracciare un più adeguato discrimine tra il *consenso* ed il *parere* nell'ambito dell'esperienza canonistica. Il primo è un'*unità* o una sintesi compiuta, anche se *di parte*; il secondo è *parte di un'unità* o di una sintesi procedurale, in via di svolgimento. Si tratta, in fondo, del criterio distintivo in base al quale, nella rigorosa terminologia del C.c.e.o., ci si studia di rispettare il più possibile un netto discrimine, quanto alle varie forme di cooperazione, fra quelle che realizzano una vera e propria partecipazione sinodale e quelle più tipicamente consultive<sup>71</sup>.

70. Si può ora comprendere meglio ed in che senso, ad esempio, di là della funzione (consultiva) *formalmente* attribuita al Sinodo dei Vescovi della Chiesa latina, i suoi «*optata*» rivestano *sostanzialmente* un carattere intrinsecamente vincolante ed una forza rappresentativa che vanno ben al di là di qualsiasi «consulenza» (cfr. *supra*, nt. 22).

71. Ad esempio, l'istituzione corrispondente alla «*Synodus dioecesis*» delle chiese di rito latino, viene denominata dal C.c.e.o. «*Conventus eparchialis*» (cc. 235-242). W. AYMANS, *Diritto canonico*, cit. (nt. 23), 48, fa acutamente notare che il C.i.c., nel rispetto della tradizione latina, si studia invece di non usare il termine «concilio» a proposito degli organismi, come appunto il Sinodo diocesano o il Sinodo dei Vescovi, formalmente caratterizzati dall'esercizio della funzione consultiva. L'Istruzione su *I Sinodi diocesani*, emanata il 19 marzo 1997 dalle Congregazioni per i Vescovi e per l'evangelizzazione dei popoli, pur ribadendo che è il Vescovo, «quale unico legislatore», a sottoscrivere le dichiarazioni e i decreti del Sinodo diocesano, chiarisce, d'altra parte, che il voto dei sinodali «è detto *consultivo* per significare che il Vescovo è libero di accogliere o meno le opinioni manifestate dai sinodali. Tuttavia —continua l'Istruzione— ciò non significa trascurarne l'importanza quasi fosse una mera consulenza "esterna" ...; con le loro esperienze e i loro consigli i sinodali collaborano attivamente nell'elaborazione delle dichiarazioni e dei decreti, che verranno giustamente chiamati "sinodali" ... La potestà episcopale viene in questo modo attuata in conformità al suo significato autentico, e cioè non come imposizione di una volontà arbitraria, ma come un vero ministero, che comporta ascoltare i sudditi e chiamarli a cooperare con lui (LG, 27)». In argomento, cfr., da ultimo, P. AMENTA, *Partecipazione alla potestà legislativa del Vescovo. Indagine teologico-giuridica su chiesa particolare e sinodo diocesano*, PUG, Roma, 1996.

Sulla sinodalità nella tradizione orientale, cfr. P. RODOPOULOS, *Synodality-«Collegiality»-in the eastern tradition. The «endemousa» Synod*, in *L'Année Canonique*, cit. (nt. 1), 229 ss.

Del resto, il significato giuridico-istituzionale dell'esplicarsi della *sollicitudo omnium Ecclesiarum* (su cui v., per tutti, S. PETTINATO, «*Sollicitudo pro universa Ecclesia*». *Profili canonistici*,

Occorre, per altro, precisare ancora che la procedura di cui si parla a proposito del modo consultivo di svolgersi della funzione o del potere, non è —o non è solo— il tradizionale procedimento amministrativo, tutto costruito (o ricostruito) in funzione dell'atto-provvedimento, ossia del modo ultimativo, autoritario, eminente o gerarchico di esprimersi del potere.

Il potere consultivo può dar corso ad una *unità procedurale* il cui rilievo non sia esclusivamente «endoprocedimentale», qualora al procedimento si attribuisca la ristretta nozione prima richiamata. L'elaborazione da parte del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica del concetto —sia pure molto prudente e circoscritto— di «*interesse personale directum, actuale*», ma, ad un tempo, «*a lege, saltem indirecte, tutelatum*» apre alla rilevanza di interessi non esclusivamente privatistici o particolaristici, ma neppure coincidenti con gli interessi direttamente e immediatamente definibili come pubblici, ultimamente affidati alla cura dell'autorità; e legittima la rappresentanza anche processuale di questi interessi, in forma autonoma e indipendente rispetto a quella dell'autorità, da parte dei membri di organismi *consultivi*<sup>72</sup>. Indirettamente è così confermata la ineccepibilità delle previsioni di alcuni diritti particolari inclini ad offrire un rilievo giuridico proprio —ad esempio mediante il ricorso al Vescovo— ai deliberati di un *consiglio* pastorale, che il parroco non intenda assumere, e neppure respingere sulla base di un provvedimento motivato, ma semplicemente ignorare<sup>73</sup>.

con prefazione di P. LOMBARDÍA, Giuffrè, Milano, 1982) —quando essa, anziché nelle forme «collegiali» o «sinodali» in senso stretto, si concretizza nelle forme, *non vincolate* «a priori», della collegialità «affettiva»— è forse il segno di un rifluire della libertà-responsabilità (personale) di esprimersi e di agire dei Vescovi, ad un livello di impegno del loro ministero che non li costringe nelle forme *più o meno vincolate* di esercizio della loro potestà-discrezionalità apicale (da soli, a capo della propria chiesa particolare, o, insieme con gli altri Vescovi, in seno ai concili o ai sinodi, secondo la terminologia orientale); una discrezionalità destinata, a sua volta, a scomparire pressoché completamente anch'essa, al livello della *plenitudo potestatis del munus petrinum*, ossia al livello proprio dei «*Servi servorum Dei*», in tutto compenetrati nella volontà e nella necessità della «*universa Ecclesia*».

72. Per le opportune referenze alle richiamate pronunzie della Segnatura Apostolica, cfr. G. TOGNONI, *La tutela*, cit., 326 ss.

73. Cfr., ad esempio, DIOCESI DI MILANO, *Sinodo XLVII*, Milano, 1995, 199, cost. 147, § 2, su cui si v. pure quanto da me già osservato nel saggio *Il Consiglio pastorale parrocchiale*, cit. (nt. 1), 264.

Del resto, la funzionalità propria del modo consultivo di svolgersi del potere risulta con tutta evidenza nelle ipotesi di quegli organismi collegiali, in cui, come nei concili particolari, alcuni componenti intervengono con voto (solo) consultivo, che non ha quindi influenza, e dunque non è immediatamente funzionale, rispetto alla determinazione autoritativa del collegio medesimo<sup>74</sup>; ma che non può essere considerato di per sé privo di alcuna rilevanza giuridica, a meno di non volere illegittimamente degradare il ruolo dei consultori a quello di meri osservatori (*hospites*: can. 443, C.i.c.).

Implicita conferma a tutto ciò giunge da un ulteriore significativo principio ricavabile dal par. 3 e dal par. 4 del can. 934 C.c.e.o., ma pure dal complessivo contesto in cui è inserito il par. 3 del can. 127 C.i.c. Mentre colui che è investito di un ufficio consultivo è sempre obbligato dal suo dovere d'ufficio ad esprimere sinceramente la propria opinione ed, eventualmente, a serbare il segreto —come, per converso, l'autorità è tenuta a fornire tutti gli elementi istruttori necessari per la formulazione del parere— d'altronde la stessa autorità è vincolata a garantirne la piena libertà nella manifestazione del giudizio; per cui, pur potendo sollecitare la espressione e anche la revisione del parere, non potrà mai, ad esempio, costringere con un precetto il consultore membro di un *coetus* a concorrere con il proprio voto alla formazione della delibera<sup>75</sup>.

19. L'aver rilevato che, nell'esperienza della Chiesa, la tipica funzione consultiva gode di una sua autonomia rispetto all'*iter* di formazione del provvedimento amministrativo —di cui può, per altro, essere chiamata a concretizzare una delle fasi determinanti— concorre a spiegare perché sia corretto parlare propriamente di consultazione anche fuori dell'ambito di esercizio della funzione esecutiva.

A parte le fattispecie afferenti alla funzione giudiziaria —tra le quali si è soliti enumerare forme di consultazione più propriamente

74. Cfr., per tutti, A. VIANA, *El gobierno colegial*, cit., 492 s.

75. Cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione*, cit., 67; M. THÉRIAULT, *Sub c. 127*, cit., 832 s. *Contra*: L. CHIAPPETTA, *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, I, Dehoniane, Napoli, 1988, 166. Per l'obiettiva illiceità del comportamento di chi non fa uso del proprio diritto ad interloquire si pronunzia E. GÜTHOFF, «*Consensus*», cit., 136, che, tuttavia, sembra ammettere la possibilità di una rinunzia espressa al medesimo diritto.

riconducibili alle perizie o alle consulenze tecniche<sup>76</sup>— anche per l'esercizio della funzione normativa possono agevolmente citarsi forme di consultazione: come quella svolta dai membri del Sinodo diocesano nei riguardi del Vescovo, o del Sinodo dei Vescovi nei confronti del Pontefice, o come il concorso richiesto al Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi a proposito della *recognitio dei decreta generalia* degli organismi episcopali, in forza all'atr. 157 della *Pastor bonus*.

Per altro, riguardo alla consultazione in funzione normativa le considerazioni svolte sinora inducono ad allargare problematicamente il campo d'esame anche all'ambito della consuetudine. A parte il caso della consuetudine *secundum legem*, cui è pacificamente riconosciuto un valore interpretativo, in fondo anche nelle ipotesi di consuetudine antinomica o *praeter legem*, prima della *probatio specialis* o *generalis* del legislatore, l'*animus communitatis* non è forse una (consistente e rilevante, ma pur sempre) *opinio*; l'*opinio iuris ac necessitatis*<sup>77</sup>.

In ogni caso, l'estendersi del concetto tipico e proprio di consultazione giova a smascherare la inconsistenza di altre caratteristiche, di solito attribuite a questo modo di svolgersi del potere. Si afferma, infatti, che atterrebbe alla natura stessa della consultazione l'impossibilità di avviarla senza un'iniziativa dell'autorità e la inconcepibilità di un suo intervento una volta che quest'ultima si sia pronunciata. Tutto quanto è stato illustrato fin qui porta invece a ritenere che il problema della inammissibilità dell'iniziativa da parte dei consultandi e il problema della tardività della consultazione sono in realtà falsi problemi, indotti dal ristretto punto di vista endoprocedimentale da cui è di solito condotto l'esame a proposito delle varie forme di consultazione.

Non v'è dubbio, in vero, che sono annoverabili tra le forme di consultazione ipotesi in cui non è necessaria la richiesta o non si

76. Tali, però, non sono, ad esempio, le fattispecie di cui ai canoni 1609.4, 1722, 1745 e 1750, C.i.c., nonché 1292.4, 1394, 1399, 1473 C.c.e.o.

77. Cfr. fra gli studi più recenti sul tema P.A. BONNET, *La consuetudine sinfonia normativa del popolo di Dio. A proposito di un libro recente*, in *Dir. eccl.*, 107 (1996), I, 145 ss.; G. COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Cedam, Padova, 1993; P. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis» e l'«adprobatio legislatoris» nell'attuale dottrina canonistica della consuetudine antinomica*, Giuffrè, Milano, 1995.

esige il sollecito dell'autorità perché prenda avvio questo modo tipico di esprimersi del potere. Se la consultazione ha come caratteristica quella di rendere possibile la verifica della corrispondenza di un linguaggio o discorso istituzionale di base con i più diffusi interessi comunitari —indipendentemente dalla circostanza che tale linguaggio o discorso evolva nei termini definiti e completi di una determinazione autoritativa— non solo non è logico imputare sempre e necessariamente all'autorità l'avvio della consultazione, ma è altresì possibile svolgere la verifica di cui si è detto anche dopo che è stata emanata la pronuncia dell'autorità. Pure in tal caso è, infatti, possibile saggiare se l'articolazione del discorso istituzionale di vertice trovi o no un riscontro con il discorso istituzionale di base, e dunque con le reali e concrete esigenze della comunità.

20. Così, per quel che concerne la consultazione in chiave normativa, a parte il cenno già compiuto alla fenomenologia della consuetudine, sembra possa considerarsi ovvio che la *communis et constans doctorum sententia* e più ancora la *communis et constans doctrina canonica* —componenti della «opinione pubblica» ecclesiastica<sup>78</sup>, qualificate e comunitariamente conformate, se non altro, dall'*officium* di cui al can. 212.3 C.i.c. o dall'*obligatio* di cui al can. 15.3 C.c.e.o., e delle quali occorre tener conto in forza del can. 19, C.i.c. e del can. 1501, C.c.e.o.<sup>79</sup>— si vanno consolidando e formando indipendentemente dalle richieste o dalle sollecitazioni autoritative.

Del resto, anche il voto contrario del componente di una terna giudicante, finito in minoranza, può essere tenuto fermo, pur

78. Opportunamente P. VALDRINI, *Opinione pubblica, «sensus fidelium» e diritto canonico*, in *Dir. eccl.*, 108 (1997), I, 89 ss., pone in luce connessioni e distinzioni relative a questa delicata tematica. Sul punto si v., inoltre, quanto già scritto da J. HERVADA, *Diritto costituzionale*, cit., 261-265.

79. Cfr. J.-M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Dottrina, giurisprudenza e prassi nella costruzione del sistema canonico*, in *La scienza canonistica*, cit. (nt. 15), 8 ss., 16, 23, del dattiloscritto e A. VITALE, *Il valore della «communis constansque doctorum sententia»*, in AA.VV., *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, LEV, Città del Vaticano, 1996, 83-93, sembrano volere attribuire al can. 19, C.i.c., poco più della rilevanza di una semplice «clausola di stile». Per altro, a ben vedere, le critiche di entrambi gli Autori si appuntano piuttosto sul tenore letterale o la collocazione sistematica del precetto in quanto tale, che non sul «senso» ad esso attribuibile nel solco della tradizione canonistica.

dopo emanata la pronunzia, in veste di *opinione dissenziente* anch'essa non sollecitata da alcuna istanza autoritativa (can. 1609.4, C.i.c.).

Infine, il caso forse più incontestabile di una forma di consultazione *ex post* concerne proprio l'esercizio della funzione amministrativa, quando l'esecutore di un atto dell'autorità può sospenderne la messa in pratica esponendo le ragioni che fanno ritenere inopportuna la misura adottata (can. 41, C.i.c., can. 1522, C.c.e.o.). Si tratta di disposti codiciali sintomi inequivoci della permanenza in vigore dei peculiari istituti canonistici della *receptio* e della *remonstratio*<sup>80</sup>.

21. Si è forse, ora, un pò più attrezzati per rispondere non solo da un punto di vista dei princípi, ma altresí funzionale e operativo, alla domanda formulata all'inizio di questa riflessione: può l'autorità, in presenza di palesi lacune e deficienze della base comunitaria, sostituirsi totalmente ad essa e fare quindi a meno della consultazione? Credo si debba ribadire che nella Chiesa è impossibile ammettere ciò in modo radicale e definitivo; *la consultazione*, in quanto primigenia e costitutiva esigenza canonica, *non è essenzialmente e permanentemente fungibile*. L'autorità ecclesiastica può certo svolgere, per qualche tempo, una funzione di supplenza in un senso prolettico o, se si preferisce, in un senso profetico e pedagogico; ma non può sottrarsi in radice, sulla base di una pretesa capacità di «autocontrollo», al confronto ed alla verifica comunitarie. Il *populus* potrà anche essere *ductus* e non *sequendus*; non mai *substitutus*<sup>81</sup>!

Sarebbe allora opportuno, nelle circostanze attuali, non limitarsi a tentativi divinatori degli *optata* e, più ancora, delle esigenze di una inconsistente base comunitaria e cercare di rafforzarne piuttosto

80. Su tali istituti cfr., in modo particolare, Y. CONGAR, *La ricezione come realtà teologica*, in *Concilium*, 8 (1972), 7, trad. it., 89 ss.; G. KING, *Ricezione, consenso e diritto canonico*, ivi, 28 (1992), 5, trad. it., 59 ss.; E. LABANDEIRA, *La «remonstratio» y la aplicación de las leyes universales en la Iglesia*, in *Ius can.*, 24 (1984), 711 ss.

81. Per l'ascendenza a Cipriano della locuzione canonistica «*populus ducendus est non sequendus*», cfr., fra gli altri, E. RUFFINI, *La ragione dei più. Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Il Mulino, Bologna, 1977, 51 s.; sulla sua evoluzione nella storia delle fonti cfr., da ultimo, P.G. CARON, «*Laici vero nullo modo se debent ingerere electioni*» (*Dictum Gratiani ante c. 1, D. LXIII*), in *Il processo di designazione dei Vescovi. Storia, legislazione, prassi*, a cura di D.J. ANDRÉS GUTIÉRREZ, LEV-PUL, Città del Vaticano-Roma, 1996, 131 ss.

la fibra ed i tessuti connettivi, nonché le capacità di esprimersi in proprio, anche in termini giuridici.

A parte gli sforzi da intensificare negli ambiti della formazione e dell'informazione, il potenziamento della funzione consultiva potrà soprattutto realizzarsi, non con il moltiplicare scoordinate ipotesi di consultazione e, più spesso, di mera consulenza, ma con il creare un coordinato insieme di strutture istituzionali capaci di far confluire le elaborazioni e le esperienze maturate nei vari *coetus* consultivi appartenenti ai diversi livelli o ai vari ambiti settoriali o categoriali, in una o più sedi regionali e, da ultimo, centrali di confronto e di dialogo, rappresentative di *tutte* le componenti ecclesiali<sup>82</sup>. I progressi ottenuti con la costituzione di alcuni Pontifici Consigli o con l'aumento —sempre però molto relativo<sup>83</sup>— dei Consultori laici della Curia romana non sembrano ancora offrire una soddisfacente risposta a tale esigenza, già evidenziata con forza da Juan Arias più di venticinque anni or sono<sup>84</sup>.

Va inoltre osservato che la mancata realizzazione dei progettati tribunali di giustizia amministrativa a livello sovradiocesano priva l'organizzazione ecclesiastica di uno strumento senza dubbio indispensabile per offrire vieppiù rilevanza e forza a quegli interessi comunitari di base di cui si sostanzia e vive il modo consultivo di svolgersi del potere.

22. Quanto queste lacune e questi ritardi si riverberino negativamente sull'efficacia dell'azione complessiva della Chiesa e quanto essi contribuiscano ad accrescere, anziché diminuire, la sfasatura ed il vallo di incomunicabilità tra fedeli e pastori, può agevolmente intuirsi, sol che si condivida, sia pure in parte, la ricostru-

82. Cfr. le proposte già formulate da S. BERLINGÒ, *I laici nel diritto postconciliare*, in AA.VV., *I laici nel diritto della Chiesa*, LEV, Città del Vaticano, 1987, 109 s. Del resto, le perplessità a suo tempo espresse da E. CORECCO, *Parlamento ecclesiale o diaconia sinodale?*, in *Communio*, 1 (1972), 34, in nota, sulla funzione consultiva di un'assemblea composta (esclusivamente) da Vescovi (Sinodo dei Vescovi della Chiesa latina) riflettevano, sulla base di diverse motivazioni, se non un identico, un analogo disagio.

83. Cfr. D.J. ANDRÉS GUTIÉRREZ, *Consigli e consiglieri al diretto servizio del Romano Pontefice. Visione d'insieme e statuto storico-giuridico del «Corpus Consultorum» della Curia Romana*, in *Esercizio del potere*, cit. (nt. 8), 44-48.

84. Cfr. J. ARIAS GÓMEZ, *La función consultiva*, cit. (nt. 52), 242 s.

zione qui tentata dell'attività consultiva. Di essa, in vero, si è cercato di delineare un concetto che la caratterizzi come strumento istituzionale mirato a prevenire il più possibile l'acuirsi della polarizzazione fra libertà ed autorità e, all'interno stesso del potere, una sua degenerazione; un concetto, che ne favorisca, piuttosto, gli sviluppi secondo un corretto modello di *funzione*, ossia secondo il paradigma di un *servizio* (*ministerium*) reso per la crescita e per la salvezza della comunità ecclesiale e, con essa, dell'umanità tutta intera.