

GAETANO LO CASTRO

L'UOMO E LA NORMA

1. La prevalenza della norma sulla persona nella moderna scienza del diritto. — 2. La relazione essenziale della norma con l'oggetto regolato (la libertà dell'uomo). — 3. La norma umana, in quanto espressione di una realtà metaindividuale. La relazione dell'uomo con la norma, come problema della giuridicità della norma. — 4. Valutazione della giuridicità della norma: *a*) con riferimento ad un ordinamento dato (piano dogmatico); in particolare: nell'ordinamento canonico. Considerazioni critiche. — 5. *b*) con riferimento all'ente cui attiene l'ordinamento (piano istituzionale). Considerazioni critiche. — 6. *c*) con riferimento alle esigenze ontologiche dell'uomo (piano metafisico). — 7. Di alcuni attributi o qualificazioni della norma giuridica e dei loro reciproci nessi. — 8. Valutazioni conclusive.

1. *La prevalenza della norma sulla persona nella moderna scienza del diritto.*

Uno studioso che, alla fine del '700, fosse stato chiamato a discorrere sulla relazione uomo-norma, si sarebbe certo posto il problema se, nella costruzione dottrinale e nella proposizione scientifica del sistema giuridico (che allora rappresentava, e da allora rappresenta, l'aspirazione primaria della cultura politico-giuridica dominante), fosse da porre a fondamento l'idea di norma, comunemente intesa, in quel periodo, per il prevalere dell'idea volontaristica del diritto, come volere prescrittivo di un potere autoritativo riconosciuto, accettato o imposto; ovvero l'idea di uomo (persona), soggetto di diritto, da un paio di secoli concepita ed enfatizzata, prima, dalle correnti di pensiero giusnaturalistiche razionalistiche, e, poi, dal pensiero illuminista (succeduto alla cultura giusnaturalistica, ma a questa ancora ispirantesi in alcune fondamentali proposizioni), come punto di riferimento originario, ultimo e centrale del diritto.

Già qualche decennio dopo, e fin dagli albori del XIX secolo, l'anzidetta alternativa non sarebbe stata più proponibile nella forma

esposta, per il significato scientifico che in origine poteva esserle attribuito.

Il legislatore francese e, sul suo esempio e sulla sua scia, i legislatori di tutte le più importanti aree giuridiche dell'Europa continentale, compresa l'ecclesiale, avrebbero infatti sanzionato, nel corso di poco più di un secolo, con la scelta codicistica, l'idea di un ordine giuridico sistematico come opera legislativa (compito, fino ad allora, ritenuto proprio e prevalente della scienza giuridica), e la norma sarebbe stata concepita non solo come strumento necessario e principale per il compimento di tale opera, ma, alla fine, come luogo di residenza del diritto e della giustizia.

E l'uomo? Per l'uomo finiva col prevalere l'idea ch'egli fosse oggetto di attenzione e di protezione della norma, nel senso che non solo i suoi diritti, ma la sua stessa soggettività giuridica sarebbero dipesi da quella; egli, per tanto, non avrebbe potuto essere considerato, per sé, protagonista dell'esperienza giuridica, ma sarebbe stato reso tale dal volere normativo ⁽¹⁾.

Le prerogative giuridiche della persona (si pensi anche solo ai cosiddetti diritti pubblici soggettivi) si sarebbero, dunque, affermate e consolidate nel tempo, come frutto di una lotta ideologico-politica, mirante al conseguimento di un assetto normativo ed alla costruzione di un « ordinamento giuridico » adeguati per la tutela dei diritti dell'uomo, alla formazione dello « Stato di diritto », che si assoggetta ed ubbidisce alla norma da sé stesso posta — ravvisandosi nell'auto limitazione del potere, attraverso la norma, la più idonea garanzia dell'individuo —.

Così il diritto, divenuto, da categoria ideale riguardante la prassi, prosaica espressione del potere volitivo che si manifesta nella norma, è alla fine concepito, niente meno, come fonte ed elemento genetico della stessa giustizia; la quale, in tale visione, non rappresenta più una dimensione metafisica essenziale dell'uomo (ché, se tale fos-

(1) Su questi temi restano molto suggestivi gli studi di R. ORESTANO, fra i quali cfr., in particolare, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Ius* 11 (1960), p. 149-196; *Il « problema delle persone giuridiche » in diritto romano*, Torino, 1968, soprattutto il 1° capitolo; *L'azione in generale. Storia del problema*, in *Enc. dir.*, IV (Milano, 1959), p. 725-822. Cfr., inoltre, G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico (Contributo allo studio delle persone morali)*, Milano, 1974, cap. I e II; *Id.*, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Milano, 1985, soprattutto i cap. II e V. In tali scritti, più estesi richiami bibliografici.

se, potrebbe ben essere lasciata alle fantasticherie dei pensatori), ma un valore o un insieme di valori, individuati secondo le cangianti ideologie volta per volta imperanti, da affermare nella società proprio attraverso l'attività di produzione normativa, o da riformare mediante questa, se non anche da respingere del tutto, in quanto ritenuti contigui con determinati assetti socioeconomici, oppressivi dell'uomo.

Insomma: a conclusione di un *iter* culturale alquanto complesso e non sempre lineare, la norma ha assunto una supremazia concettuale e strumentale non solo nel sistema giuridico, ma nella concezione stessa della vita e dei rapporti interpersonali.

Se oggi, con questa idea prevalente del diritto (e della giustizia), che ci è penetrata nel sangue e ci circola in testa come ovvia e come la sola pensabile, torniamo ad interrogarci su quale sia, o debba essere, la relazione dell'uomo con la norma, in sé e con particolare riferimento all'esperienza giuridica nella Chiesa, sembrerebbe non esservi altra possibilità, per una puntuale ed adeguata risposta, che rivolgersi appunto alla norma, e chiederla ad essa, essendosi di quella relazione quasi smarrito ogni profilo di problematicità essenziale.

Il problema, ridotto, in tal modo, alla lettura ed alla comprensione di un dato normativo positivo o, al più, del contesto in cui tale dato è inserito, ha però perduto in nobiltà ideale quel che in apparenza ha guadagnato in semplicità di soluzione.

* * *

La tesi, che mi accingo a sviluppare, è che, anche muovendo da una riflessione sulla norma, sulla norma in quanto tale, in ossequio alle suggestioni della cultura giuridica moderna, si pervenga a conclusioni opposte a quelle da essa prospettate: la norma, né occupa l'intero orizzonte umano, né può assumere una posizione di prevalenza rispetto all'uomo, né può pretendere d'essere reputata da questo come punto di riferimento etico, ultimo o esclusivo, del proprio agire; né, alla fine, in essa si riversa, si racchiude, si svolge e si consuma tutta quanta l'esperienza giuridica.

2. *La relazione essenziale della norma con l'oggetto regolato (la libertà dell'uomo).*

Rappresenta il naturale esito delle ricordate ed oggi assai diffuse concezioni, che guardano alla norma come all'elemento principale e

centrale dell'esperienza giuridica ⁽²⁾, sostenere che « la teoria della norma giuridica, *ut sic*, si risolve e si esaurisce (...) nello studio della struttura della norma, indipendentemente da qualsiasi riferimento al (tipo di) fatto o atto che l'ha prodotta e dall'inserimento (e dalla posizione) in un sistema giuridico dato » ⁽³⁾. Vero è, sulla base di un'osservazione anch'essa teorica, che la norma, « intesa quale prescrizione o giudizio (ipotetico), acquista giuridicità solo nell'inserimento in un insieme o sistema di norme »; onde norma giuridica sarebbe soltanto « quella prescrizione che, dal punto di vista di un determinato sistema positivo, possa ritenersi tale »; ma, proprio per questa ragione, « l'oggetto della teoria della norma è propriamente l'essere in sé della norma, la sua struttura, il suo modo di presentarsi come elemento di un insieme » ⁽⁴⁾.

La norma potrebbe certo essere studiata sotto molteplici altri aspetti: del suo significato; in prospettiva psicologica; dello scopo da essa e mediante essa perseguito; in confronto della norma morale; nella sua evoluzione storica. E tuttavia cotesti aspetti, e quant'altri se ne immaginassero, presupporrebbero e rinvierebbero « alla considerazione della norma in sé, *ut sic*, come si presenta ». In conclusione: oggetto della teoria generale sarebbe « la norma come espressione e, più esattamente, come forma dell'espressione — designazione (struttura e funzione) » ⁽⁵⁾.

* * *

Ma cosa sarebbe questa « norma in sé », questo « in sé » della norma, quando dovesse essere considerata prescindendo dalla sua funzione, in relazione al contenuto suo proprio? — contenuto

⁽²⁾ Solo l'aspetto normativo è stato ritenuto « condizione necessaria e sufficiente » per la formazione dell'ordine giuridico; altri aspetti, come l'intersoggettività o l'organizzazione, potrebbero bensì essere considerati come condizioni necessarie, ma, per sé, non sarebbero sufficienti: cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 34.

⁽³⁾ F. MODUGNO, *Norma giuridica. a) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, XXVIII (Milano, 1978), p. 373. Per un analogo criterio di studio formale della norma giuridica, considerata nella sua struttura, « indipendentemente dal suo contenuto », cfr. BOBBIO, *op. cit.*, p. 71.

⁽⁴⁾ MODUGNO, *op. cit.*, *ibidem*.

⁽⁵⁾ MODUGNO, *op. cit.*, p. 374.

che dovrebbe essere, secondo il pensiero prima riferito, oggetto di studio della dogmatica giuridica, non della teoria generale — (6).

Così concepita, la norma resterebbe uno schema linguistico, il quale non potrebbe essere studiato né secondo un profilo logico (formale) — giacché lo schema precettistico, che, com'è noto, esprime e significa il linguaggio normativo cosiddetto giuridico, con le regole logiche sue proprie, dipende dalla funzione che mediante esso s'intende perseguire, ed è da questa funzione qualificato e determinato —; e neppure secondo un profilo simbolico (di logica simbolica), in quanto esso, per definizione o per convenzione, non significa alcunché.

Lo schema linguistico normativo, del resto, in quanto schema, come non ha in sé la sua funzione, così non esige, per sé, uno specifico contenuto.

Ma se il contenuto gli è attribuito, e può essere diverso e financo contraddittorio all'interno dello stesso sistema (salvo vedere come poi questo si ricomponga in maniera armonica); e se la funzione, cui è ordinata la proposizione di quello schema, e dunque il suo « esserci », è, a sua volta, per usare un concetto proprio dell'analisi del linguaggio, una funzione d'uso, giustificata, appunto, per l'uso che se ne farà in relazione al contenuto da esso disposto (giustificata, cioè, se e in quanto essa sia possibile e richiesta dalla realtà o dall'oggetto cui vuol essere applicata); è necessario allora concludere che lo schema normativo, in sé considerato, è, a rigor di termini, affatto insignificante: nulla dice, neppure di sé stesso. In altre parole: se si vuole che uno schema linguistico si presenti come normativo (giuridico), per essere riconosciuto e qualificato come tale, non è possibile considerarlo senza tener nel dovuto conto ciò che lo rende normativo (giuridico): la funzione e il contenuto.

Non si tratta, però, soltanto di questo. V'è, nella concezione considerata, un altro profilo, che sembrerebbe, e forse anche è, del tutto opposto o contraddittorio con quello ora messo in luce, eppure è con esso unito, come la seconda faccia della stessa medaglia.

La pretesa di studiare e di conoscere la « norma in sé » o l'« in sé » della norma, sul presupposto ideale che questo « in sé » si dia, esprime, infatti, la più generale convinzione di natura speculativa, per la quale v'è un'effettiva corrispondenza fra le idee e gli oggetti o la realtà da loro rappresentata, quasi che tali oggetti o tale realtà

(6) Per precisazioni al riguardo, cfr. MODUGNO, *op. cit.*, p. 358 ss.

avessero in sé stessi il pieno significato del loro essere; un significato che potrebbe, e dovrebbe, essere disvelato e compreso in tutta la sua profondità, stando alla base di ogni conoscenza un'intuizione immediata e diretta di Dio o dell'ente supremo, in cui è riposta e da cui deriva l'essenza di ogni singola cosa (*ontologismo*, come concezione gnoseologica, non soltanto metafisica).

Tale concezione è stata la lontana culla culturale del moderno scientismo, che, con la sua pretesa di pervenire ad una comprensione totale dei fenomeni considerati, ha avuto, e continua ad avere, gravi riflessi nel problema che ci occupa.

Intendendo i fenomeni come per sé significativi, e fidandosi della capacità dell'uomo di penetrarli e di conoscerli per intero, quella parte della scienza giuridica, che accoglie l'anzidetta concezione gnoseologica, è indotta a considerarli e a restringerli nella loro empiricità, con l'inevitabile risultato di sminuire l'importanza delle riflessioni teoriche al riguardo. Il che equivale a dire che, ove la norma davvero avesse un « in sé », indipendente dal suo contenuto e dalla correlata funzione, che si prestasse ad essere conosciuto nella sua interezza o essenza, ciò rappresenterebbe il presupposto teorico per negare la possibilità stessa di una teoria della norma; e le norme potrebbero essere considerate solo in quanto norme empiriche.

Se non vado errato, questo è il clima culturale e mentale in cui l'uomo vive oggi il suo rapporto con la norma.

* * *

L'anzidetta concezione si distacca dall'altra, per la quale la realtà (spirituale) è, per essenza, di natura relazionale. Relazionale in un duplice senso: e in quanto esprime una relazione di fondamento con l'Essere *per se subsistens*, che le ha dato l'essere e la mantiene nell'essere; e in quanto, ad un livello derivato, ma non per questo accidentale, essa (realtà) fa parte di un complesso tessuto, di una complessa trama, che costituisce la relazionalità specifica di ciascun fenomeno.

Ne deriva che, solo alla luce della loro relazionalità assoluta, con l'Essere che dà l'essere, e di quella relativa, con gli altri esseri, può essere ricercato, secondo tale concezione, il significato profondo di ogni fenomeno (dove, sia detto per inciso, la dimensione *essenziale* o *necessaria* della giustizia, in quanto espressione del rapporto corretto — che rispetti i termini di cui questo è composto — fra Dio e l'uomo, e fra gli uomini tra di loro).

Per tale ragione, non è possibile studiare ed intendere la « norma in sé ». La « norma in sé » non esiste; come non esiste l'« uomo in sé »: né l'uomo concreto, reale, empirico; né l'idea, il concetto di uomo; ma l'uomo esiste nella necessaria relazione con Dio che l'ha creato, e con gli altri uomini, senza i quali egli non sarebbe neppure pensabile; onde soltanto in tali necessarie relazioni egli esprime la sua essenza, e solo in esse può essere compreso.

Così, su un piano metafisico non meno elevato, la norma. La quale, al pari di tutte le realtà, per quanto ideali, esprime una necessaria relazione con il suo fondamento ultimo; e, se trattasi della norma come regola della libertà dell'uomo (per distinguerla da quell'altra idea di norma, che esprime rapporti costanti tra fenomeni), un'altra necessaria relazione con l'oggetto regolato.

Fuori di tali relazioni, non solo la norma è incomprendibile, ma non si dà neppure. Tali relazioni, infatti, non servono a specificare la norma, ma le conferiscono natura ed essenza, fanno sì ch'essa sia quel che è.

Se, poi, ci fermassimo a riflettere non sulla relazione della norma con il suo fondamento, ma su quella specifica con il suo oggetto, noteremmo che le peculiarità connotanti la norma derivano dal fatto ch'essa detta regole per l'uomo, o, per essere più precisi, per la libertà dell'uomo. Tanto stretta, necessaria e caratterizzante è la relazione fra la norma e l'uomo, che solo in un orizzonte di libertà la norma è concepibile ed esiste. Ribaltando i termini della proposizione, potremmo pure dire che soltanto in una dimensione normativa si dà la libertà, l'idea stessa di libertà. Con conclusione più generale, ma non meno vera, è possibile allora affermare che, là dove troviamo la norma, incontriamo sempre l'uomo, in quanto essere libero; e là dove troviamo l'uomo (che è come dire appunto: un essere libero), c'imbattiamo sempre nella norma.

Pensare, di conseguenza, ad un mondo senza norme (o, peggio, senza diritto), ed adoperarsi per costruirlo in tal senso, significa pensare ad un mondo senza l'uomo o che neghi l'uomo in ciò che lo costituisce nell'essenza. E così, immaginare, come qualcuno immagina, una Chiesa senza norme, equivale ad immaginare una Chiesa senza uomini (o a negare di questi ciò che nel mondo li fa tali), e, quindi, senza Cristo, in quanto Egli stesso vero uomo, oltre che vero Dio.

Se la norma è così intrinseca alla condizione umana, e se questa è così bisognosa di quella, che non può neppure essere concepita priva di essa, dovremmo concludere che la relazione fra l'uomo e la

norma si svolga su binari predeterminati, ripercorrendo i quali dovrebbe non essere difficile pervenire ad una comprensione anche di quel tanto di problematico che essa può presentare.

Ma sarebbe una conclusione affrettata.

* * *

Quando noi riuscissimo ad affermare l'intrinsecità della norma all'uomo, come essenziale per rappresentare il fenomeno considerato, ad una più attenta riflessione ci accorgeremmo che, ciò che è intrinseco alla condizione umana non è la norma nella sua empiricità, questa o quella norma, ma la sua esigenza — che ne costituisce giust'apunto la « dimensione normativa » —.

Ci accorgeremmo altresì che, se *oggetto* della norma è la libertà dell'uomo (o, per usare un'endiadi, l'uomo e la sua libertà), il suo *contenuto*, quel che la norma dispone per l'uomo (la regola), ha una provenienza che non può essere ricondotta né riferita all'anzidetta libertà (*i.e.*, all'uomo libero), giacché una libertà (un uomo) che desse a sé stessa la regola (la norma), che cercasse e trovasse in sé il principio del proprio limite, in realtà non si darebbe alcun limite e alcuna norma, rifuggirebbe anzi da questa, e soltanto si esternerebbe per affermarsi come potenza; in altri termini, verrebbe meno come libertà; e l'uomo cesserebbe di esistere nella sua autentica umanità, per divenire superuomo.

Questo insegnano alcune forme estreme del pensiero moderno (penso a Nietzsche, e, su un versante opposto, ma non contraddittorio, a Sartre), e i loro terribili riscontri storici, che in questo secolo si sono avuti.

3. *La norma umana, in quanto espressione di una realtà metaindividuale. La relazione dell'uomo con la norma, come problema della giuridicità della norma.*

Ecco allora porsi il difficile problema della relazione fra l'uomo e le disposizioni prescrittive, nelle quali resta racchiusa in concreto, e si manifesta, l'esigenza umana di una dimensione normativa. Una relazione essenziale, eppur problematica; perché la relazione, se e in quanto resti relazione, non comporta, né potrebbe comportare, riduzione all'altro di uno dei due termini della stessa: della norma all'uomo, o dell'uomo alla norma.

La norma riguarda l'uomo nella sua libertà, che connota il concreto svolgimento della sua esistenza; ma non deriva da lui. L'uomo, d'altra parte, è concepibile come libero soltanto in relazione ad una dimensione normativa; ma egli, nella sua essenza, non deriva da essa, dipendendone soltanto, in forma e misura non predeterminabile, nella sua esistenza. Insomma: la relazione resta relazione, proprio per l'irriducibilità reciproca dei termini che la formano, per la loro essenziale vicendevole estrinsecità.

Ebbene: questa relazione è in concreto pensata, o è rappresentata come se fosse pensata, in termini dualistici e dialettici; di sicuro sul piano empirico, ma poi anche su quello teorico. È necessario riflettere su ciò.

* * *

Dei due termini in relazione, l'uno — l'uomo, la persona — manifesta una specifica realtà spirituale, la quale, unita con la materia a formare un *unicum suppositum* sostanziale, presenta una sua autonoma realtà (e dignità) ontologica, non posta dalla norma, non da essa derivante, benché dalla stessa regolata e senza la stessa non pensabile.

Ma la norma, l'altro termine della relazione, cosa esprime, cosa rappresenta, ove ha la sua origine e il suo fondamento?

Quando noi dicessimo che essa rappresenta una realtà metaindividuale, oggettiva, data per l'uomo, che riguarda l'individuo, in quanto suo destinatario, diremmo certo cosa esatta; e però del tutto generica, e forse tautologica. Diremmo che la norma non è l'uomo, che è, appunto, la premessa postulata del discorso, e la ragione del suo porsi nella storia.

Se la norma fosse una mera realtà strumentale, che avesse la sua radice e la sua origine nell'uomo, la relazione tra l'uomo e la norma sarebbe falsamente dialettica. Uomo e norma non avrebbero la medesima dignità ontologica, non starebbero nello stesso piano. Ed è chiaro che non l'uomo potrebbe essere *per* la norma, ma la norma *per* l'uomo; come, per analogia, sebbene imperfetta, non Dio è *per* l'uomo, ma l'uomo è *per* Dio (ove il '*per*' esprime, prima, un rapporto di causalità, e, poi, di finalità). Sotto il profilo teorico, la soluzione non potrebbe prestare adito a dubbi, anche se tutta da verificare, tutta da realizzare sul piano storico, ove si svolge e si compie l'esistenza dell'uomo.

Ma, abbiamo detto, la norma è estrinseca all'uomo, e come tale dev'essere concepita; non ha in lui, né potrebbe averlo, il suo fondamento, ma solo il suo destinatario.

Nei fatti, poi, la relazione dialettica non è vissuta fra l'uomo e la norma, ma fra l'uomo e la realtà dalla norma rappresentata, donde essa trae la sua origine e il suo mandato; realtà volta per volta concepita come il mondo cosmico, che s'incarna nella *polis*; come Dio; come l'organizzazione sociale; come il popolo, come l'« insieme », in vario modo qualificato; quasi che queste entità avessero — e in taluni casi senza dubbio hanno — una loro autonoma consistenza, da contrapporre a quella dell'uomo, rispetto ad essa prevalente e di fatto quasi sempre vittoriosa.

In tale visione, la norma si presenta come uno strumento specifico di comunicazione dell'ente o della realtà metaindividuale, comunque denominata, con l'uomo. Ciò comporta, o dovrebbe comportare, una subordinazione ontologica dell'uomo rispetto a tale ente; la comunicazione essendo, in tal caso, una manifestazione di comando, l'espressione di una disposizione prescrittiva, da parte di un'autorità superiore nei confronti di un'entità inferiore. La norma, oltre tutto, per la sua provenienza ed origine, servirebbe ad individuare l'ente, che si trova, rispetto all'uomo, in tale posizione di superiorità.

* * *

In questi termini è vissuta e considerata, da parte della scienza giuridica secolare, e da parte della scienza giuridica canonica (e, soprattutto, teologico-canonica), la relazione dell'uomo con la norma e con la realtà entitativa, di cui la norma è manifestazione e a cui conduce. La norma riguarda l'uomo, riguarda il fedele, essendo però espressione di una dimensione, che trascende e signoreggia l'uomo e il fedele: la società, lo Stato, la Chiesa.

Ma non sarebbe allora dissolta, quanto meno sotto il profilo della prospettazione teorica di una soluzione, ogni tensione dialettica fra l'uomo, la norma e ciò che la norma rappresenta?

Nessuna relazione dialettica pare possibile, invero, che si dia fra enti che non si trovano su un piano paritario. Non si può, ad esempio, immaginare una siffatta relazione fra Dio e l'uomo; ribellione dell'uomo verso Dio, sì; ma non ricerca comune e contrapposta di verità, di posizioni che l'esprimono, e che trascendono entrambi.

Dio, infatti, pone la verità, è la verità, e nessun'altra più alta posizione è pensabile potersi raggiungere che non sia la sua. Ed allo stesso modo, se la società civile o religiosa, nelle sue concrete e storiche forme organizzatorie (Stato; Chiesa) vuol essere un dio per l'uomo, nessuna forma dialettica potrà con essa stabilirsi su un piano di parità e di simmetria.

Ma poiché questa contrapposizione fra l'uomo, la norma (e ciò che la norma rappresenta) si dà, nella microstoria individuale e nella macrostoria dell'umanità, è da chiedersi com'è possibile che si dia. Sembrerebbe, infatti, che la storia dell'uomo sia quella di un'ingiustificata insofferenza, di una non comprensibile ripulsa del limite rappresentato dalla norma, che connota la sua condizione ontologica, nel complesso sistema della realtà creata.

Significativi riscontri, in sede di riflessione teorica, di cotesta insofferenza e ripulsa, si sono avuti nelle note e, per altri versi, contrapposte tesi hobbesiane ed illuministiche, che hanno inteso ricondurre, in una ideale, ma immaginaria, retrospezione storica, la norma all'uomo, come alla sua origine ed alla sua fonte: nel passaggio dallo stato di natura allo stato di civiltà, l'uomo, attraverso un *pactum subiectionis*, si sarebbe assoggettato al sovrano ed al suo volere assoluto (concezioni assolutistiche), o al popolo ed alla sua volontà generale (concezioni democratiche illuministiche), ed alle norme da essi espresse. Ricondotta così, *in apicibus*, all'uomo, la norma perderebbe ogni connotazione di oppressione e di inumanità, risultando, in quanto regola che l'uomo dà a sé stesso, del tutto giustificata e obbligatoria.

Ma una paradossale riprova si ha pure in quelle correnti dell'esistenzialismo personalista contemporaneo, che enfatizzano la coscienza, come barriera che la norma non può superare, come riparo ove questa non può arrivare.

Implicita in queste concezioni è l'idea di norma come di una spada che opprime e ferisce l'uomo, dalla quale egli potrà guardarsi, o impugnandola, o ritirandosi nella sua coscienza per sottrarsi al suo raggio d'azione. Chiara la forza ideologica delle tesi ora riferite, le quali, per liberare l'uomo dall'oppressione della norma, lo assoggettano, in via teorica, ad una forza ancor più opprimente ed indiscutibile — il sovrano, il popolo —, identificandola, per via di finzione e per opportunità ideologica, con l'uomo stesso; ovvero, esaltando fuor di misura l'introspezione psicologica, in una sorte di alienazione al rovescio, lo riducono alla sua coscienza, nella quale soltanto si pensa

possa egli realizzare per intero le esigenze della sua natura; non nella realtà storica, concreta, ove vive ed opera.

* * *

Sebbene in confuso, l'uomo però avverte anche che, quand'egli fermasse la sua attenzione non su Dio e sul disegno da questo manifestato nei suoi confronti (disegno che, per l'uomo, è *lex*, una legge appunto divina), ma sulla dimensione sociale metaindividuale, nella quale la sua vita si svolge e con la quale di continuo si confronta, potrebbe non essere corretto postulare la supremazia ontologica di tale dimensione, farne un dio da rispettare ed adorare, e concepire la norma da essa espressa come strumento di superiorità e di oppressione.

Per la concezione giudaico cristiana, in particolare, che un notevole peso ha avuto e continua ad avere nella formazione della coscienza e del pensiero occidentali — e di cui, alla fin fine, le tesi prima ricordate esprimono le istanze, sebbene non anche le soluzioni, essendo queste costruite e ricercate su un piano di pura immanenza —, solo l'uomo è stato fatto ad immagine e somiglianza di Dio, non la città, non lo Stato, della cui realtà ontologica si potrebbe anche cominciare a dubitare, quand'essi non fossero intesi o postulati come un tutto unitario, che prende il posto di Dio, surrogandolo nelle funzioni.

Solo l'uomo, come Dio, è persona, sia pure con un essere che non è *per se subsistens*; a lui tutte le cose sono riferibili, compresa la città e le sue norme, essendo egli in questa terra il supremo valore, il cui bene non può essere determinato, attraverso le norme, dalla città, dagli enti sociali organizzati, ma a questi è dato e da essi dev'essere accolto e difeso⁽⁷⁾: onde la norma, che pur dall'uomo non deriva, non può, e non deve essere strumento di imposizione di chi detiene il potere o dell'ente a cui questo è imputato, ma di responsabilità nei confronti dell'uomo stesso.

Se la norma, o il complesso normativo, manifestano la posizione assunta dalla città, dallo Stato, dalla società comunque organizzata, nei confronti dell'uomo; se questi è punto di riferimento originale ed autonomo rispetto alla città (allo Stato, ecc.), capace di

(7) Cfr. LO CASTRO, *Il problema costituzionale e l'idea di diritto*. Prefazione a J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano, 1989, p. XVII.

giudicare quanto lo riguarda, e in primo luogo le norme, sulla base di parametri di valutazione che non derivano, né possono essere imposte dalla norme stesse; allora si comprenderà, e si apprezzerà nel suo profondo e corretto significato, il rapporto fra l'uomo, la norma e la realtà entitativa, di cui entrambi sono espressione.

In particolare, la cosiddetta *giuridicità* della norma (parlo, pur sempre, della norma umana) sarà riguardata non come un dato, che qualifichi, senza bisogno di altre verifiche, ogni norma, ogni comando prescrittivo, a cagione, per esempio, della sua provenienza, o del suo vigore; ma come un problema: giuridiche essendo da reputare solo le norme che esprimono, in termini corretti (vale a dire, rispettosi delle esigenze essenziali ed originali dell'uomo), la posizione della società verso l'uomo, o, anche, dell'uomo verso gli altri uomini⁽⁸⁾; solo tali norme, e non qualunque norma, varrebbero a formare il mondo del « diritto ».

Alla fine, la dialettica fra la persona e la norma vive e si nutre della *Grundfrage*, della questione fondamentale, della valutazione della correttezza della norma stessa, questa essendo stretta fra l'ente, che l'ha posta, e il destinatario, per cui è stata posta.

Dove ricercare i principi che possono guidare in siffatta valutazione?

* * *

Potrebbe apparire plausibile abbandonare alla storia l'anzidetto problema, non interessarsene affatto in quanto problema, contentandosi di prendere atto delle soluzioni, quando queste fossero raggiunte.

Ma sarebbe una rinuncia dell'uomo alla ragione, che non vuol essere solo strumento di conoscenza, ma anche di intelligenza progettante.

Del resto non avrebbe senso proporre, in sede scientifica, una rinuncia al discorso problematico, quando l'uomo e l'umanità ad esso non rinunciano nella loro vita, essendo le soluzioni raggiunte nel corso della storia il frutto non di forze cieche o sovrumane, ma, sempre, di scelte libere e consapevoli dell'uomo.

(8) Sul punto vedi *infra*, sub § 6 e 7.

4. *Valutazione della giuridicità della norma: a) con riferimento ad un ordinamento dato (piano dogmatico); in particolare: nell'ordinamento canonico. Considerazioni critiche.*

Il discorso sulla giuridicità delle norme poiché — il problema può ormai essere ridotto a tale qualificazione, ed inteso come giudizio della corretta rispondenza della norma al bisogno ed all'esigenza essenziale di giustizia dell'uomo, o, se si vuole, della corretta proporzione, sotto tale profilo, della società, in cui l'uomo vive, con l'uomo stesso —, quel discorso può essere svolto, e di fatto è svolto, su tre distinti piani.

Il primo piano è quello attinente ad un ordinamento dato: il problema della giuridicità delle norme, che ingloba e comprende quello del rapporto fra norma e persona, è (e, si pensa, deve essere) trattato come problema dogmatico, vale a dire alla luce dei principi e delle norme al riguardo fissate dall'ordinamento positivo, o da questo comunque ricavabili.

Adottando tale prospettiva dogmatica, volendo ricavare dall'ordinamento positivo vigente i criteri e i principi di soluzione della questione accennata, la qualifica della norma come giuridica — qualifica che manifesta la relazione di questa con l'uomo e con alcuni profili essenziali del suo essere spirituale (la libertà) —, resta affidata, innanzi tutto, alla scelta del legislatore in materia di fonti normative; è il legislatore, infatti, e, per traslato, l'ordinamento, a stabilire « i modi e le forme della produzione giuridica, distinguendo le norme vere e proprie dalle altre prescrizioni non normative (quali i provvedimenti giurisdizionali, amministrativi, i negozi, le convenzioni, ecc.), secondo distinzioni del tutto convenzionali »⁽⁹⁾.

* * *

Un palese esempio di prospettazione e di sviluppo del problema nei termini ora accennati potrebbe essere tratto dall'ordinamento positivo canonico, e, in particolare, dal libro I del vigente codice, il quale si presenta, a differenza e meglio degli altri libri, « con caratteri eminentemente tecnico-giuridico »⁽¹⁰⁾, sintetizzante tutti i concet-

⁽⁹⁾ MODUGNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 358.

⁽¹⁰⁾ P.G. MARCUZZI, *Le norme generali del nuovo Codice*, in *L'Osservatore Romano*, 3 febbraio 1983.

ti fondamentali da applicare nei diversi rami del sistema ⁽¹¹⁾, e si propone come criterio d'interpretazione o come autentica norma d'interpretazione dell'intero codice ⁽¹²⁾.

A parte le disposizioni riguardanti le persone fisiche e giuridiche (tit. VI del libro I), e gli atti giuridici (tit. VII), sarebbe infatti possibile notare in tale libro (benché non solo in esso) qualcosa di nuovo, soprattutto in materia di atti normativi; nuovo, rispetto alla tradizionale e tuttora conservata graduazione degli stessi, sulla base delle diverse responsabilità magisteriali e di governo degli organi che li adottano — onde poteva, e può tuttavia, ancora oggi, dirsi, che la gerarchia delle fonti coincide in diritto canonico con la gerarchia degli organi —.

Si pensi alla possibilità di prefigurare, ai fini di una migliore tutela delle posizioni soggettive, per un verso, una più netta distinzione degli atti normativi nell'ordinamento, rispetto a quella ricavabile dal codice del 1917; e, per un altro verso, una più chiara separazione — che non sia soltanto di scuola, ma abbia un qualche concreto riflesso nell'organizzazione della Chiesa — dei poteri e delle funzioni, spettanti allo stesso organo (per la nota concentrazione personale della *potestas sacra*), sì da renderli esercitabili in forme che ne consentano e ne agevolino un controllo giurisdizionale e amministrativo.

Qui è possibile solo fare qualche considerazione generale. E, su quest'ultimo punto, richiamare anche il can. 391 § 2 del vigente codice, che dispone che « il vescovo esercita la potestà legislativa personalmente; esercita la potestà esecutiva sia personalmente sia mediante i vicari generali o episcopali, a norma del diritto; esercita la potestà giudiziaria sia personalmente sia mediante il vicario giudiziale e i giudici, a norma del diritto ».

Questo canone corrisponde al can. 335 § 1 del codice del 1917, che riconosceva ai vescovi, senza altre specifiche determinazioni, il diritto-dovere di governare le diocesi, sia in materia spirituale sia in materia temporale, con potestà legislativa, giudiziaria, coattiva, a norma dei sacri canoni.

(11) P. LOMBARDÍA, *Técnica jurídica del nuevo código (una primera aproximación al tema)*, in *Temas fundamentales en el nuevo Código. XVIII Semana Española de Derecho Canónico*, Salamanca, 1983, p. 154, ora in *Escritos de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, V, Pamplona, 1991, p. 206.

(12) ID., *ibidem*; G. RUGGIERI, *L'ecclesiologia conciliare nelle strettoie giuridiche*, in *Il Regno-attualità*, 6/1983, p. 144.

È noto come l'organizzazione dell'ordinamento dell'epoca favorisse l'esercizio della potestà giudiziaria del vescovo in forma indiretta, mediante i vicari giudiziari e i tribunali all'uopo istituiti. È parimenti noto come ciò avesse facilitato di molto il controllo in gradi successivi delle pronunce giudiziarie, in modo tale che più attenta e puntuale risultasse la tutela delle posizioni personali, senza attentare o mettere in discussione principi attinenti al potere ed alla sua salvaguardia, che hanno radici nel diritto divino, e presentano, per tanto, profili assai delicati da rispettare.

Ora il suggerimento (tale parrebbe) del § 2 del can. 391, di seguire per l'attività amministrativa, che rappresenta l'impegno di gran lunga più cospicuo dei vescovi, la stessa strada seguita per l'attività giurisdizionale, quanto all'organizzazione del suo servizio, sembrerebbe adombrare la possibilità di adottare in materia amministrativa soluzioni già accolte in materia giudiziaria, con indubbi positivi riflessi sulla tutela delle posizioni soggettive. Ed in tal senso (che non ha nulla, o ben poco, a che vedere con note dottrine elaborate dalla scienza secolare) si è parlato anche di distinzioni di funzioni nell'ordinamento canonico ⁽¹³⁾.

Altro punto meritevole di attenzione è costituito, come ho prima detto, dalla più netta distinzione degli atti normativi (da intendere qui in senso ampio: come atti prescrittivi di comportamenti, da qualsiasi autorità adottati, nell'esercizio di qualsivoglia funzione).

Il codice vigente, infatti, oltre alle tradizionali figure della legge e della consuetudine, ha individuato e distinto altre categorie normative, già regolate in via empirica nel *ius decretalium* e nell'ordinamento derivante dal codice del 1917, ma finora non considerate come categorie a sé stanti di atti prescrittivi. Si pensi ai decreti generali ed alle istruzioni, cui è stata dedicata una trattazione tutta nuova nel tit. III del libro I; agli atti amministrativi singolari (pur essi normativi, o prescrittivi di comportamenti, sebbene derivanti dall'esercizio della funzione amministrativa o esecutiva, e quindi non dotati del

⁽¹³⁾ Ne parlarono, innanzi tutto, i *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant* (n. 7), preparati dal gruppo centrale dei consultori per la riforma del codice, proposti al Sinodo dei vescovi del 1967, e da questo approvati: cfr. *Praefatio al Codex iuris canonici e Communicationes 1* (1969), p. 83. In dottrina cfr. LOMBARDA, *Lezioni di diritto canonico*, Milano, 1985, p. 152-153; ID., *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di Diritto canonico*, in *Il nuovo Codice di Diritto canonico. Aspetti fondamentali della codificazione postconciliare*, a cura di S. Ferrari, Bologna, 1983, p. 74 ss., ora in *Escritos*, V, cit., p. 108 ss.

carattere dell'astrattezza e della generalità, proprio delle norme provenienti dall'esercizio della funzione legislativa); atti amministrativi, previsti e regolati, come categoria generale, per la prima volta nel vigente codice (tit. IV del libro I) — com'è noto, una sola specie di tali atti, quella dei rescritti, era contemplata dal codice pio benedettino, secondo una scelta legislativa risalente al *Liber Extra* di Gregorio IX —; infine, agli statuti ed agli ordinamenti (tit. V del libro I), non considerati come categorie a sé stanti nel diritto precedente, ma trattati (mi riferisco, in particolare, agli statuti) nella normazione che regolava gli organi o gli enti che potevano adottarli (cfr. can. 689, 410, 715 § 1 del codice del 1917, a proposito delle associazioni pie, dei capitoli, delle confraternite).

È bene ricordare questi dati, del resto assai noti, perché essi segnano le vie attraverso le quali, in materia di fonti normative (nel senso sopra additato), si è manifestata l'attenzione dell'ordinamento per le posizioni personali dei fedeli e per la loro tutela.

I tentativi d'introdurre, per la verità non attraverso una disposizione tassativa e cogente, che incidesse nell'organizzazione ecclesiastica (è ben nota la cautela del legislatore al riguardo), la distinzione delle funzioni; ed ancora, l'individuazione per categoria degli atti amministrativi e la loro distinzione dai normativi in senso stretto, avrebbero dovuto consentire, infatti, l'auspicata migliore definizione dei diritti soggettivi e la previsione di una loro più penetrante tutela nell'amministrazione della giustizia, nei confronti degli abusi anche da parte dell'autorità; una tutela auspicata nei punti 6 e 7 dei ricordati *Principia directiva* per la riforma del codice, approvati dal Sinodo del 1967.

Ma sarebbe ancora possibile osservare come nella stessa direzione andasse e vada anche la disposizione del can. 87 § 1 del vigente codice, in materia di dispensa, con la sua previsione di un'ordinaria facoltà del vescovo di dispensare dalle leggi universali per il bene spirituale dei fedeli, salvo casi particolari, che rappresentano altrettante eccezioni (leggi processuali, penali, o la cui dispensa è riservata alla Santa Sede) — e sarà bene confrontare tale norma, per percepirne meglio il significato, con quella del can. 81 del codice del 1917, che, viceversa, prevedeva come eccezionale la facoltà del vescovo —. Quando si riuscisse a non leggere l'evoluzione normativa in materia secondo l'idea della ripartizione del potere fra l'autorità della Chiesa universale e quella della chiesa locale, si renderebbe manifesta la maggiore attenzione del legislatore per i bisogni spirituali dei fedeli, attraverso la previsione di più tempestivi ed agili interventi.

L'elencazione dei diritti e dei doveri dei fedeli, contenuta nel libro II (tit. I della parte I) del codice, e, infine, l'importante, del tutto nuovo — e, per quanto ne sappia, finora non oggetto di grande attenzione — can. 128, che statuisce la responsabilità per fatto illecito di chiunque (quindi anche dell'autorità) causi un danno altrui, sembrano altrettanti indizi dell'anzidetta attenzione dell'ordinamento per le posizioni personali.

* * *

Non mancano, certo, altri elementi, che dovrebbero consigliare di sfumare alquanto tali conclusioni sulle posizioni personali e sulla loro salvaguardia, ricavabili dal dato normativo.

La proclamazione di una speciale attenzione per le posizioni personali suona retorica quando non fosse prevista, come non è prevista, un'adeguata protezione in sede amministrativa e giurisdizionale nei confronti degli atti prescrittivi dell'autorità. Ed al riguardo, non poche preoccupazioni suscita in dottrina la mancata previsione di un'organizzazione giudiziaria amministrativa periferica, di cui si parlò fino allo *Schema novissimum* del 1982. Men che meno pensabile una tutela rispetto agli atti normativi in senso stretto. Aggirabile con una certa facilità, mediante un eventuale ricorso alla copertura dell'approvazione pontificia, la pur prevista ed organizzata tutela nei confronti degli atti amministrativi dei dicasteri centrali della curia romana. Al soggetto sembra siano lasciati la fondata fiducia in un saggio esercizio del potere da parte dell'autorità ecclesiastica, e, alla peggio, il ridotto della sua coscienza, che non può essergli tolto da alcuno, avendo fondamento in Dio.

Ancora: una derivazione delle posizioni personali dalle norme, e, quindi, una loro mancata originarietà, un loro conseguente assoggettamento, quanto meno concettuale, alla dimensione oggettiva dell'ordinamento, si può ricavare dalla stessa elencazione dei diritti e dei doveri, di cui sopra ho detto (la quale, per tanto, può essere letta secondo una chiave diversa da quella prima proposta); dai can. 96 e 204, che definiscono la posizione della persona e del fedele nella Chiesa; dai canoni in tema di persone giuridiche, con l'opzione, tutta positivista, della qualifica di tali enti come persone « giuridiche » e non « morali » (salvo la Chiesa cattolica e la Sede Apostolica), a significare la derivazione dall'ordinamento della soggettività giuridica.

* * *

Ma questi discorsi, ed altri pur possibili, che per brevità tralascio, solo in apparenza sono problematici.

In realtà essi, come tutti i discorsi dogmatici, hanno natura assiomatica ed asseverativa; giacché, col fatto stesso di porre la questione della relazione dialettica fra persona e norma alla luce dell'ordinamento dato, e di ricercare in questo la sua soluzione, si è preconstituita — come prima ho osservato — la priorità dello stesso rispetto alla persona. Per tale ragione, la giuridicità della norma non costituisce un problema, neppure di formale qualificazione, ma sarà un attributo che dipende in modo esclusivo e insindacabile dalla volontà di chi ha il potere di imporre la norma, reputata come un fatto che si dà, ma non si valuta.

Tutto consiste allora nel verificare quale sensibilità l'ordinamento dimostri per la persona (la cui condizione giuridica, tuttavia, resta subordinata e secondaria rispetto ad esso, da cui sembra dipendere per intero). In ogni caso, quale che sia il risultato di tale riscontro, il problema della relazione fra dimensione soggettiva (uomo, persona) e dimensione oggettiva (norma), si sarà ormai ridotto a problema empirico, le cui soluzioni noi andremo a leggere nella storia degli ordinamenti positivi.

Ma — osservò Kant — « una dottrina del diritto puramente empirica è (come la testa di legno nella favola di Fedro) una testa che può essere bella, ma che, ahimè! non ha cervello »⁽¹⁴⁾. Ed in questo Kant aveva e continua ad avere ragione. L'assolutizzazione della norma e dell'ordinamento, sì da intenderli come punti di riferimento, se non fonte ed origine delle posizioni personali, il fondare in essi la cosiddetta ontologia giuridica, mostrano d'essere operazioni fittizie, utili, forse, per il conseguimento di intenti pratici ed empirici, ma errate sotto il profilo teorico, nocive sotto quello etico.

A guardarci dentro, l'ordinamento non solo non ha cervello, ma è del tutto vuoto. Se poi non ha altro fondamento che sé stesso, vale a dire nessun fondamento, esso si riempie di quel liquido infido e magmatico che è la manifestazione del potere, cui, come involucro vuoto, ben si adatta, restandone asservito. E nel vuoto non è possibile fondare, se non per mera convenzione, alcuna posizione perso-

⁽¹⁴⁾ I. KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. it. a cura di G. Vidari (Bari, 1983, p. 34).

nale; dal potere, per quanto ben orientato, come quello ecclesiale, che non abbia altro limite che sé stesso, le posizioni personali rischiano di rimanere schiacciate.

Ecco perché la dialettica fra l'uomo e la norma (e la realtà metaindividuale da questa rappresentata), resta irrisolta dalle concezioni dogmatiche del diritto, permanendo in tutta la sua drammaticità sia sotto il profilo teorico, sia sotto quello pratico.

5. b) *con riferimento all'ente cui attiene l'ordinamento (piano istituzionale). Considerazioni critiche.*

Sul piano teorico, si è cercato di superare la debolezza di siffatta concezione con il riporre il fondamento della norma nell'ente da cui deriva, e ad un tempo regola, e con il ricondurre ad esso il principio della sua giuridicità.

Trattasi delle note tesi, d'ispirazione sociologica, proposte in Francia e in Germania alla fine del secolo scorso e agli inizi del presente, su cui qui non posso dilungarmi. Ricordo solo come il far dipendere dalla società (Hauriou) o dalla comunità (Durkeim) la qualificazione dei fatti normativi come fatti giuridici, e la qualificazione delle norme come giuridiche, abbia preparato il terreno perché potesse essere sviluppata in Italia, da Santi Romano, la teoria istituzionale del diritto e dell'ordinamento, e la conseguente tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici.

Per tali tesi, la norma non è giuridica in sé, ma in quanto elemento di un ordinamento dalla cui giuridicità discende la sua giuridicità⁽¹⁵⁾; e i caratteri che qualificano la norma come giuridica (coercibilità, bilateralità, ecc.) non sono in realtà della norma, ma del sistema di cui essa fa parte.

In base all'idea « che il diritto, prima di essere norma (...) è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come società, come ente per se stante », « ogni ordinamento è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico », secondo un'equazione « necessaria ed assoluta »⁽¹⁶⁾. Le norme dalle quali l'istituzione è organizzata, e per le quali si caratterizza, sono al suo interno obbligatorie e vincolanti per i membri della stessa, e, di conseguenza, giuridiche.

⁽¹⁵⁾ MODUGNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 331.

⁽¹⁶⁾ S(ANTI) ROMANO, *L'ordinamento giuridico*², Firenze, s.d. (1945), § 12, p. 29, per la definizione di istituzione, e § 10, p. 22-23, per quella di diritto.

La teoria istituzionale del diritto lega dunque la giuridicità delle norme (quel che la norma è per l'uomo ad essa assoggettato) ad un elemento di fatto obiettivo e concreto, percepibile come tale: l'esistenza di un organismo organizzato — istituzione — creato e mantenuto in vita dal diritto, a sua volta « istituzionalmente » garantito dallo stesso.

L'anzidetta teoria dà così alle norme un fondamento metagiuridico, ma immanente all'organismo sociale (non nel senso che il diritto è prodotto dalla società, ma nel senso che diritto e società s'identificano), e spiega di conseguenza la pluralità degli ordinamenti giuridici: là dove esiste un gruppo sociale organizzato, secondo norme obbligatorie di comportamento, lì v'è ordinamento giuridico.

Le tesi istituzionali del diritto e della pluralità degli ordinamenti giuridici presentano profili di grande suggestione. Fra l'altro, esse ben si prestano, con quel loro connettere la dimensione giuridica ad ogni fatto istituzionale sociale, a giustificare la giuridicità dell'ordinamento canonico; e, per tanto, non ci si può stupire se siano state utilizzate, con gli opportuni adattamenti, da canonisti di prima grandezza⁽¹⁷⁾, in una recente epoca della nostra cultura giuridica.

In più, mi pare si possa dire come le tesi istituzionali, svuotando o liberando il diritto da esigenze ontologiche sue proprie, di carattere aprioristico, e legandolo e subordinandolo nel suo modo d'essere, oltre che nel suo essere, alla specificità degli enti istituzionali, cui è relativo, abbiano rappresentato, e tuttavia rappresentino, il sottofondo culturale più idoneo — per quanto ciò possa sembrare paradossale — a giustificare lo sviluppo delle concettualizzazioni soprattutto teologiche, che intendono rappresentare il diritto della Chiesa facendo forza su un'idea peculiare della stessa (ad esempio, la *communio*), e della sua organizzazione (vista ruotare, ad esempio, intorno alla Parola e ai sacramenti); in altri termini, per le tesi che intendono dare un fondamento ed una spiegazione ecclesiologica al diritto nella Chiesa.

* * *

Ciò riconosciuto, non si può fare a meno di notare come siffatte tesi presentino aspetti non del tutto persuasivi sotto il profilo teorico, pur se si volessero accettare i postulati da cui esse muovono.

(17) Cfr., ad esempio, V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*¹², Milano, 1970, p. 16 ss.; P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto canonico*, Milano, 1980, p. 69 ss.

Sorvolando, però, su tale aspetto ⁽¹⁸⁾, è da rilevare, per i profili problematici considerati in questa sede, riguardanti la relazione fra l'uomo e la norma, come le tesi istituzionali, nel loro diverso versante sociologico od ecclesiologico, prestandosi a giustificare (non a fondare!) il diritto per la sua necessaria postulata contiguità col fatto sociale od ecclesiale, siano atte a giustificare anche *ogni* norma, quando tale contiguità — unico requisito richiesto — si desse; anche, come è stato detto, le norme della società mafiosa. Giustificata per la società, la norma resterebbe giustificata in assoluto; potrebbe prescindere dall'uomo, o, addirittura, potrebbe porsi contro l'uomo, e, quindi, contro l'idea stessa del diritto, che allude ad un agire *dricatum*. Norma e diritto, in altri termini, si equivarrebbero (ed infatti, oggi i due termini sono usati senza distinzione non solo nel linguaggio comune, ma anche in quello tecnico, ad indicare il medesimo concetto); mentre il problema della giustizia — che, fra l'altro, dovrebbe consistere nel giudicare se una norma costituisca diritto, in quanto rispondente alle esigenze ultime ed essenziali dell'uomo « in relazione » ⁽¹⁹⁾; si ponga, cioè, come idoneo parametro di valutazione, *sub specie iustitiae*, del comportamento umano —, in siffatto orizzonte culturale, viene meno come problema dell'uomo, e si trasforma in problema della conformità (politica, economica, sociale, ecc.) della norma con la

⁽¹⁸⁾ Osservavo in altra sede che « se la grande verità dell'istituzionalismo » è — com'è stato notato (MODUGNO, *Istituzione*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 93 — d'aver compreso che « il diritto, come principio d'organizzazione sociale, presiede quest'ultima, per riapparire poi, in quanto mediato da essa, nella forma *stricto sensu* normativa, quale complesso di norme o di precetti che, a loro volta, attraverso una nuova mediazione del corpo sociale, potranno attuarsi e ricevere applicazioni »; ebbene, allora la postulata primazia del diritto nei confronti dell'organizzazione sociale lascia irrisolto il problema del fondamento del diritto stesso; la *societas*, in verità, in tale ordine di idee, è l'oggetto dell'*ordo ordinans*, non la sua fonte o giustificazione ultima; tanto che, allorché si è voluto individuare i principi fondamentali del diritto, quelli connaturanti l'organizzazione sociale, lo stesso S. Romano non ha saputo definirli altrimenti che come *ius non scriptum*, *ius involuntarium*, rompendo così il circolo logico vizioso, nel quale tendenzialmente cade la sua tesi (viene prima il diritto o prima la società?), ma con un'affermazione molto debole sotto il profilo teorico: infatti il *ius non scriptum* non esiste, né può essere concepito, come *non scriptum*, se non in un orizzonte di pensiero in cui si dà il *ius scriptum*; il *ius involuntarium*, se non con riferimento al *ius voluntarium*. Ove non si desse *ius scriptum* o *ius voluntarium*, il *ius* sarebbe tale, senz'altra qualificazione (Lo CASTRO, *Le prelatore personali. Profili giuridici*, Milano, 1988, p. 160-161).

⁽¹⁹⁾ Vedi *infra*, i par. successivi.

società, con le sue forme organizzatorie, con i fini da essa perseguiti.

Le teorie sociologiche ed ecclesiologiche — istituzionali — del diritto, alla fine si rivelano come ferree tesi giustificatrici degli ordinamenti dati, dei diritti (*i.e.*, dei complessi normativi) vigenti. Ed esse dunque cadono nelle stesse osservazioni critiche sopra svolte per le cosiddette concezioni dogmatiche del diritto.

Rimane con esse non solo irrisolta, ma drammatizzata, la relazione fra l'uomo e la norma; e rimane senza risposta, anzi riceve risposta negativa, la domanda se possa fare qualcosa, con attività apprezzabile secondo un profilo giuridico ed etico, l'uomo che, sotto il cielo plumbeo del diritto, sempre giustificato per il fatto d'essere correlativo con una società, sente il problema dell'agire *dric-tum*, sente la questione della giustizia, come questione che lo riguarda, e che non può eludere, sì da doverla porre anche nei confronti della norma positiva — sapendo, peraltro, di non potere uscire dalla società globale in cui egli vive, come non poteva Socrate da Atene, per sfuggire alle leggi che ingiustamente lo condannavano —.

6. c) *con riferimento alle esigenze ontologiche dell'uomo (piano metafisico).*

Per trattare in forma adeguata, sotto il profilo teorico, la relazione dialettica dell'uomo con la norma (o con l'ente, comunque concepito, da cui questa deriva), per dare, in altri termini, una risposta al problema della giuridicità della norma, non basta la ricerca di un fondamento metagiuridico o metanormativo del diritto, come quella espressa dalle tesi istituzionalistiche ora considerate; è necessaria la ricerca di un fondamento metafisico.

Ciò è vero in ogni caso; ma lo è, in specie, per trovare una soluzione soddisfacente alla relazione dell'uomo con la norma nella vita della Chiesa; e perché per essa vale la ragione, valida del resto in ogni altro orizzonte umano, che « il fondamento, la radice ultima del diritto non è nell'organismo (ecclesiale), o immanente in esso, ma in Dio, nel cui disegno rientrano l'organismo stesso e gli uomini, nella loro condizione ontologica ed esistenziale, che v'appartengono »; e perché, in particolare, « l'organismo ecclesiale e gli uomini che ne vogliono far parte sono propriamente 'convocati' dalla Parola di Dio intorno ai mezzi di salvezza da Lui apprestati, e,

principalmente, intorno all'Eucaristia, che rappresenta veramente e realmente, in forma sacramentale, la presenza di Dio fra gli uomini » ⁽²⁰⁾.

Ponendoci su un piano ormai non più dogmatico, né più sociale ecclesiologico, e neanche storico (ove pure incontriamo un uomo, l'uomo che vive in una fitta trama di norme di diverse specie, di diversa natura), ma sul piano metafisico, ci accorgiamo che la norma si presenta come un'esigenza dell'uomo, ne delinea un aspetto essenziale; non, si badi, questa o quella norma — ché, altrimenti, saremmo di nuovo sul piano empirico —, ma la norma come tale; l'idea stessa di norma.

L'esigenza della norma, invero, è connessa col bisogno primordiale dell'uomo di vivere secondo il bene, e, a tal fine, d'essere guidato nella sua libertà difettiva — difettiva, in quanto propria di un essere imperfetto: sia perché l'uomo non conosce il bene, cui tende, se non in modo imperfetto e problematico; sia perché, anche quando di quel bene avesse piena e sicura conoscenza, non si dà, né è possibile postulare, una completa coerenza fra l'intelligenza e la volontà dell'uomo; libero rimanendo questo, proprio a causa della sua imperfezione, di non seguire la sua ragione —.

La norma — la cui necessità ben si comprende alla luce della dottrina, che per la Chiesa è un dogma, del peccato originale; ma s'intende altrettanto bene in una prospettiva antropologica —, se rappresenta ed esprime correttamente le esigenze della natura umana; se, in una dimensione interpersonale, è qualificabile « giusta », guida la libertà dell'uomo, con l'indurne o col costringerne la volontà al comportamento prescritto, sollecitando, altresì, la ricerca delle ragioni che rendono plausibile quanto disposto, pur se di tali ragioni la norma non desse — come di regola non dà — dimostrazione alcuna. Essa, per tanto, riguarda l'uomo nella sua interezza, come essere libero e ragionevole.

Dove sta il fondamento della norma, così intesa come categoria concettuale essenziale per una corretta configurazione della condizione umana ?

Il fondamento va ricercato — questo è il punto cruciale del problema, ove s'incontrano, o si scontrano, per divergere, molteplici opinioni — nel principio stesso della natura umana. Se que-

⁽²⁰⁾ LO CASTRO, *Le prelatore personali*, cit., p. 160 nota 22.

sto è Dio — non la società civile e neppure la religiosa —, non può che essere Dio il fondamento della dimensione normativa.

Sia in quanto esigenza della natura umana, sia in quanto di questa condivide l'origine, la norma, come categoria ideale, è dunque legata alla condizione umana, che caratterizza in forma peculiare, senza identificarsi con essa, ma senza potersi contrapporre ad essa su un piano essenziale. Ecco, alla fine, la profonda connessione fra l'uomo e la norma; una connessione che si riscontra in ogni luogo, in ogni ambiente, compreso l'ecclesiale, in cui incontriamo l'uomo. In altri termini: l'uomo e la norma sono come elementi di una realtà complessa, i cui rapporti non possono tendere all'affermazione dell'uno a scapito dell'altro, e tanto meno alla riduzione dell'uno all'altro, poiché ciò porterebbe all'annichilamento, alla negazione, non solo d'uno di essi, ma della stessa realtà che entrambi formano.

Questo significa concepire la realtà umana come realtà di natura relazionale.

* * *

Ebbene, tale realtà forma il mondo dell'esperienza giuridica, allorché le particolari relazioni, di cui essa è composta, involgono profili di giustizia.

Abbiamo infatti fin qui parlato di dimensione normativa (in relazione con la condizione umana) e di norma, senz'altro attributo. Occorre ora aggiungere che essa si specifica come « giuridica », soltanto allora venendo a costituire la categoria ideale del diritto, quando il fine, che la norma persegue con la sua prescrizione, per via diretta o anche indiretta (si pensi alle norme d'organizzazione, molto diffuse nelle complesse strutture sociali moderne), fosse il bene della giustizia, quello, cioè, che consiste nel riconoscere e nel dare a ciascuno quanto gli spetta, nelle necessarie relazioni interpersonali, sociali od ecclesiali, che intessono la sua vita; onde « giuridica » potrà essere qualificata la norma, e solo quella, efficace *sub specie iustitiae*.

Con la norma (il diritto), intesa come categoria ideale, ossia con la dimensione normativa giuridica propria dell'uomo, non è possibile confondere o identificare senz'altro le norme empiriche, prodotte nel tempo e vigenti; le quali, pur rappresentando l'anzidetta categoria o dimensione nella concretezza dell'esperienza giuridica, hanno tuttavia, diversamente da quella, un fondamento immediato nella volontà libera (che può anche non essere arbitraria, ma è per certo esposta

alla possibilità di errare) di chi le pone, avendo il potere di farlo: il legislatore umano ⁽²¹⁾.

V'è da chiedersi quando queste norme empiriche potranno essere apprezzate come giuridiche.

Secondo la concezione adottata, la risposta *ultima* non può che essere una sola: quando esse stabiliscono l'agire *dricum*, l'agire secondo giustizia; o, detto altrimenti, quando rispecchiano con fedeltà, nel perseguire i fini pratici loro propri, le esigenze profonde della dimensione normativa giuridica, elemento essenziale della condizione umana.

Le norme empiriche, infatti, in quanto esprimono ed in concreto attuano l'anzidetta dimensione, così essendo funzionali alla natura (imperfetta), o, che è lo stesso, alla libertà (difettiva) dell'uomo, fanno riferimento ad un valore più alto di questa, la giustizia, la quale, sul piano metafisico, s'identifica con Dio: *iustitia, aequitas, idest Deus*. Rispetto al valore della giustizia, le norme empiriche, come del resto l'uomo (libero), non possono che stare in atteggiamento di ascolto e di servizio; e soltanto adempiendo a tale funzione, esse costituiscono il diritto, rispondono, cioè, all'esigenza che l'uomo ha della norma.

La norma empirica, per tanto, non è la giustizia. Guarda alla giustizia, tende alla giustizia, se conforme a questa è qualificata, in quanto *dricum*, come giuridica (fa diritto) ⁽²²⁾, ma non s'identifica necessariamente con essa.

Giustizia e norma (empirica) sono i due poli di una relazione, posti l'uno in cielo, l'altro in terra. Sta alla norma, e a chi opera con la norma — in primo luogo al legislatore, ma anche al giudice, al semplice giurista — riportare, per usare un'immagine retorica, il cielo, un po' di cielo, in terra, creando diritto, e facendo opera di giustizia nel contribuire a formare l'esperienza giuridica in modo consona alle esigenze proprie della condizione umana.

(21) T. GARCÍA BARBERENA, *Norma en sentido material y en sentido formal*, in *La norma en el derecho canónico. Actas del III Congreso internacional de Derecho canónico* - Pamplona 10-15 octubre de 1976 —, vol. I, Pamplona, 1979, p. 657.

(22) Sul trapasso dall'idea (antica e primigenia) di diritto, come attributo qualificativo dell'azione e della norma giusta, all'idea (moderna) di diritto, come sostantivo identificante *tout court* il complesso normativo formalmente inteso, indipendentemente dai suoi contenuti e dalla sua conformità con la giustizia, cfr. W. CESARINI SFORZA, *Diritto (principio e concetto)*, in *Enc. dir.*, XII (Milano, 1964), p. 630 ss., in particolare, p. 639 ss.

Ma qualunque cosa si voglia pensare dei risultati, se non anche della fattibilità di siffatta opera, certo è che la giuridicità della norma non è data dall'istituzione, non potendo questa essere, in senso proprio, il *prius* dell'esperienza giuridica; né, tanto meno, dal fatto, del tutto empirico, che trattasi di un comando prescrittivo dotato di certe caratteristiche formali.

Condizione *indispensabile*, ma, ad un tempo, *sufficiente*, perché la norma possa essere considerata giuridica (*i.e.*, diritto), è che essa riconosca e prescriva il bene della giustizia⁽²³⁾; un bene, però, mai del tutto posseduto, la cui individuazione (attenendo esso al misterioso disegno di Dio sull'uomo), non potrà mai essere considerata definitiva, e talora sarà anche incerta o sbagliata: donde il problema storico del diritto, come ontologica necessità della ricerca della giustizia, come perenne susseguirsi dei tentativi di tradurla, mediante la norma (del legislatore, del giudice, del popolo — consuetudine —), da linguaggio divino, metempirico, nel linguaggio umano dell'esperienza giuridica.

Condizione *indispensabile*: giacché una prescrizione, dotata dei requisiti formali che l'ordinamento positivo richiede per le norme giuridiche, quando si ponesse in posizione di contraddizione, e non fosse, per come deve essere, almeno asintotica con la giustizia — non tendesse, cioè, verso questa, pur senza mai raggiungerla ed esaurirla del tutto —, sarebbe giuridica in senso dogmatico (in relazione all'ordinamento), ma non metafisico (con riferimento all'uomo), giacché non indicherebbe l'agire *dricum*, non corrisponderebbe all'idea di diritto, come dimensione spirituale essenziale dell'uomo.

Ma anche: condizione *sufficiente*. Sufficiente, secondo un profilo teorico, poiché secondo quello dogmatico potrebbero essere previsti e sanciti altri requisiti formali (quali la generalità, l'astrattezza, la coercibilità, un particolare procedimento di promulgazione, e via dicendo), per rendere la norma esistente nell'ordinamento, o, come qualcuno vuole, valida⁽²⁴⁾. Requisiti formali, questi, che esprimono esigenze che non sono solo dell'ordinamento o della società cui è at-

(23) Cfr. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*⁵, Stuttgart, 1956, p. 353, per il quale « là dove la giustizia non è nemmeno perseguita, dove l'uguaglianza, che costituisce l'anima della giustizia, è consapevolmente negata dalle norme del diritto positivo, lì la legge non soltanto è « un diritto ingiusto » (*unrichtiges Recht*), ma, soprattutto, non ha neppure la natura propria del diritto (*Rechtsnatur*) ».

(24) Per alcune precisazioni sulle qualifiche di *esistenza*, *validità*, *efficacia*, attribuite alle norme, e sulla loro relazione, cfr. il paragrafo successivo.

tinente, ma anche dell'uomo; meritevoli di attenta considerazione, ma non di indebita esaltazione; affinché questo (apparente) piegare la norma ai bisogni storici dell'organizzazione sociale non induca a trasferire l'idea della giuridicità dal luogo suo proprio, la giustizia (Dio), al luogo convenuto, cioè all'istituzione sociale o ecclesiale, all'ordinamento, infine: alla norma in sé stessa. Ciò, anche al fine di non smarrire, sulla base di inaccettabili premesse concettuali, l'idea di giustizia, come principio assoluto (metafisico) — la sola idonea, sul piano teorico, a fondare soluzioni dei problemi concernenti l'operare umano, che si caratterizzino per la loro aspirazione alla definitività, all'assolutezza, e, nello stesso tempo, ma non in maniera contraddittoria, per la consapevolezza del loro condizionamento storico, e, quindi, della loro relatività e provvisorietà —.

Per la concezione metafisica del diritto, lo sviluppo della relazione dell'uomo con la norma non può essere lasciato alle forze immanenti nella storia (forze di diversa natura: politica, economica, sociale, razziale, ideologica, ecc.; forze che, giustificate da una ragione concepita come assoluta, creano, con evidente arbitrio, i valori; non si limitano a ricercarli, o a riconoscerli), secondo un'idea diffusa nella cultura contemporanea; idea che ha per necessaria, ma negativa, conseguenza d'intendere come perpetue e definitive le soluzioni nel tempo raggiunte (per sé precarie), negando così, di quella relazione, l'essenziale storicità, nel momento stesso in cui pretende di darne la più alta dimostrazione.

7. *Di alcuni attributi o qualificazioni della norma giuridica e dei loro reciproci nessi.*

Affermare che l'esperienza giuridica non ha radici e fondamento nell'uomo e nella dimensione normativa che lo riguarda, ma in una realtà (metafisica) che li trascende, consente non solo di intendere bene i reciproci legami fra l'uomo e la norma, sia sotto il profilo teorico, sia sotto quello pratico, ma, altresì, di comprendere e di risolvere, in modo non formalistico, taluni problemi di qualificazione, riguardanti la norma giuridica.

La proposta, corrente fra gli studiosi, di valutare la norma secondo un triplice criterio, secondo, cioè, che ci si chieda se essa sia giusta o ingiusta, valida o invalida, efficace o inefficace, pone il problema del nesso esistente fra le varie possibili qualificazioni della norma. Diverse le soluzioni suggerite; fra queste, quella che afferma l'irriducibilità reciproca dei criteri di qualificazione.

Le tesi cosiddette riduzionistiche — quelle, per intenderci, che riducono la validità a giustizia (è valida la norma solo se giusta), o la giustizia a validità (una norma è giusta per il solo fatto d'essere valida), o la validità ad efficacia (il diritto non è quello emanato, ma quello che in fatto è applicato) —, a dire di un autorevole studioso, mutilerebbero l'esperienza giuridica d'uno dei suoi (tre) elementi costitutivi (25). In particolare, per quanto concerne la tesi che riporta la validità alla giustizia, negando che possa essere qualificata giuridica una legge (una norma) ingiusta, si osserva, in contrario, che « nella realtà vale come diritto anche il diritto ingiusto, e che non v'è nessun ordinamento che sia perfettamente giusto » (26). E si osserva ancora, sempre in contrario, che « a una sola condizione potremmo accettare di riconoscere come diritto unicamente quello che è giusto: alla condizione che la giustizia fosse una verità evidente o per lo meno dimostrabile come verità matematica, e pertanto nessun uomo potesse avere dei dubbi su ciò che è giusto o ingiusto » (27); ebbene, la storia dimostrerebbe che tale condizione non si realizza, onde la riduzione della validità alla giustizia (la qualificazione della norma come giuridica, solo se giusta) porterebbe solo alla distruzione di uno dei valori fondamentali, quello della certezza del diritto (28).

Ma la verità è che la qualifica di giuridicità non può essere tratta da uno dei tre (o dei molteplici) criteri di valutazione della norma. Essa li trascende, e, trascendendoli, li comprende tutti, nel senso che la norma è giuridica, quando è insieme giusta, valida ed efficace, quando, in altri termini, è in grado di soddisfare le complesse esigenze dell'esperienza giuridica, nello stesso tempo formata da dimensioni formali e sostanziali. Ché, se proprio ci si volesse o dovesse rifare ad un solo piano, per individuare la giuridicità della norma, esso altro non potrebbe essere che quello metafisico della giustizia, ove in modo congruo è evidenziata la natura o essenza della norma — il piano formale o dogmatico, su cui si valuta la validità della norma, e il piano dell'efficacia od operatività, restando assorbiti da quello della giustizia, pur contribuendo a definirla nella concretezza dell'esperienza giuridica —.

L'affermazione sopra riferita: « nella realtà vale come diritto anche il diritto ingiusto », può essere soltanto propria, non ostante il di-

(25) BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 49.

(26) *Id.*, *op. cit.*, p. 50.

(27) *Id.*, *op. cit.*, p. 50-51.

(28) *Id.*, *op. cit.*, p. 52.

chiarato opposto intendimento del suo autore, di un pensiero « riduzionista », ispirato, nel caso, alla riduzione della giustizia alla validità (o, che è lo stesso, all'equivalenza dei due termini). Essa è resa possibile — se fosse necessario ricercarne una spiegazione logica — da una postulata identificazione fra il concetto di *esistenza* della norma (collegato alla presenza dei requisiti formali prescritti dall'ordinamento), e quello di *validità*, che, in più, comprende, o potrebbe comprendere, un giudizio di valore sui contenuti della norma (benché la ricordata dottrina non l'ammetta). E potrebbe, perché il giudizio sulla validità della norma si risolve, nella realtà dell'esperienza giuridica (e secondo gli stessi intendimenti della dottrina qui criticata), in un'indicazione circa la meritevolezza della norma d'essere seguita ed ubbidita; coinvolge, in altri termini, la persona nella profondità della sua vita etica, che non consente d'essere limitata o costretta a mere valutazioni formali o estrinseche dei parametri normativi della sua azione.

L'equivalenza fra esistenza e validità della norma, la riduzione (tale nella sostanza) della giustizia alla validità, per evitare di ricondurre la validità alla giustizia, implica così, per quanto inavvertita, una ancor più pericolosa riduzione teorica della persona alla norma empirica, una consegna della prima alla seconda, e al potere di cui essa è espressione. E la negazione, per tale via, della consistenza etica della condizione propria dell'uomo è il preludio, che le moderne ideologie hanno saputo suonare in maniera insuperabile, della sua negazione ontologica: l'uomo diventa via via più piccolo di fronte alla norma (e al potere), fino a sparire del tutto.

Pretendere, per qualificare come diritto solo il diritto giusto (quello, cioè, che del diritto possiede gli aspetti non solo formali, ma anche i sostanziali, attinenti ai suoi contenuti), pretendere che la giustizia si presenti come una verità evidente e dimostrabile, allo stesso modo di una verità matematica, significa misconoscere il valore etico, umano, e, quindi, per sé problematico, il solo idoneo a spiegarne e a giustificare in sede di teoresi, prima ancora che nella realtà dei fatti, il divenire storico.

Se, infatti, il diritto dovesse essere identificato con la norma *formalmente* vigente, ogni sollecitazione al mutamento e ogni concreto mutamento non potrebbe che essere antiggiuridico. In tale visione, a voler essere conseguenti, servirebbero solo a dare del nuovo ordinamento una giustificazione politica (non etica, non giuridica), l'astenersi dal perseguire, o anche il sanare *ex post*, i comportamenti che

ad esso hanno dato vita; i quali, in ogni caso, dovrebbero essere giudicati anti-giuridici sulla base dei parametri di valutazione in vigore nel momento in cui sono stati assunti, i soli, peraltro, in base ai quali essi potrebbero e dovrebbero essere valutati. In altri termini, se giuridico (cioè, conforme al diritto) fosse il comportamento dell'uomo solo se e perché rispettoso della norma vigente (reputata per ciò stesso valida e giusta), la giustizia potrebbe essere ricercata ed affermata soltanto in un orizzonte fuori della storia, alla fine dei tempi, nell'Al di là, o in un mondo in cui, per fatto rivoluzionario, fosse mutata in radice la natura dell'uomo; parlare, in un siffatto contesto di pensiero, di una 'lotta per la giustizia', di una 'lotta per un diritto giusto', sarebbe un non senso.

Così non è, perché — sia pure con scarsa avvertenza speculativa — si ammette, sulla base di un'idea del *diritto* più alta rispetto al cosiddetto *diritto positivo vigente*, una valutazione della giuridicità del comportamento umano più complessa di quella che può trarsi dalla norma.

In realtà, le anzidette insuperabili antinomie possono essere risolte solo se il criterio di giuridicità è posto e ricercato in un livello più elevato di quello formale attinente alla norma esistente; in breve: se il diritto non è costituito e misurato dalla norma, ma dalla giustizia (intesa nel senso sopra detto), da cui trae la sua linfa vitale, con la conseguenza che, per agire secondo giustizia (e possiamo ormai anche dire: in maniera conforme al « diritto »), può essere necessario *talora* contrapporsi alla norma vigente.

L'incapacità di fondare la giustizia in una realtà metanormativa (in quanto, in senso proprio, metafisica), denuncia il tentativo dell'uomo di proporsi non come servitore, ma come padrone della stessa.

L'uomo è padrone della giustizia, se si dice o si pensa che questa è racchiusa nella norma da lui prodotta; e ne diverrebbe padrone, quando, concepita la giustizia come verità matematica, conosciuta o da conoscere una volta per sempre, i problemi che la riguardano fossero solo di esposizione e di proposizione. Invero, in entrambe le ipotesi, alla giustizia sarebbero resecate, in sede speculativa (nel primo caso), o funzionale (nel secondo), le radici che la legano in forma vitale con l'Essere per sé sussistente. Radici che, in un diverso orizzonte di pensiero, sono le sole in grado di garantire, secondo un profilo teorico, il valore assoluto, ma misterioso, della giustizia (mai disvelabile, nella sua interezza, dall'uomo), e, per tanto, davvero pro-

blematico; e di giustificare, secondo un profilo pratico, il carattere storico della sua attuazione, sempre provvisoria, in attesa ed alla ricerca di un'affermazione più alta, sebbene mai definitiva.

* * *

E la cosiddetta certezza del diritto?

La « certezza del diritto » esprime di sicuro un bisogno della società e del suo ordinamento giuridico: nessuna società si può costituire, né può sussistere, se non è garantita una valutazione stabile e certa dei comportamenti umani; e questa appunto si consegue attraverso la norma, la quale, per sé stessa, mira ad introdurre « la certezza nella vita sociale » (29).

Ma la « certezza del diritto » esprime altresì un bisogno dell'individuo, in quanto soltanto la norma certa garantisce l'individuo della correttezza, vale a dire dell'eticità delle sue azioni.

Il piano della certezza non è però indipendente, né, tanto meno, alternativo, bensì funzionale, rispetto a quello più ampio e definitivo della giustizia. Si può anzi dire che « la giustizia prende la forma della certezza », nel senso che « la certezza dell'azione, la quale si organizza e realizza in tutto il mondo del diritto, è la obiettivazione della giustizia, la giustizia diventata mondo dell'esperienza giuridica, il mondo proprio del diritto » (30).

La certezza, dunque, non è, per sé, un attributo o un valore assoluto del diritto positivo (del complesso delle norme vigenti), ma del-

(29) Cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (rist. postuma a cura di G. Astuti), Roma, 1942, p. 77.

(30) Così si espresse G. CAPOGRASSI, nella *Prefazione* a LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit. (p. 12), nel riferire il pensiero di quest'autore. Per Capograssi (e per Lopez de Oñate), la certezza — nella quale s'identifica lo stesso diritto naturale — presiede al mondo dell'esperienza giuridica; questo, infatti, non è altro che « la realizzazione e la celebrazione obiettiva della giustizia, come mondo in cui la esigenza della giustizia diventa principio costitutivo e produttivo dell'esperienza » (*ivi*).

Sul tema vedi i saggi complementari, sebbene diversamente orientati, di P. Calamandrei (*La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*), di F. Carnelutti (*La certezza del diritto*), di P. Fedele (*La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*), e l'appendice di aggiornamento di M. Corsale (*Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*), pubblicati nella nuova edizione dell'opera di Lopez de Oñate, curata dalla casa ed. Giuffrè (Milano, 1968); in quest'edizione la *Prefazione* di Capograssi appare come *Considerazioni conclusive* del dibattito sulla certezza (p. 239 ss.). Cfr., inoltre, S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX (Milano, 1961), p. 56-58.

la giustizia, del principio e del fondamento, cioè, dell'intera esperienza giuridica; e solo di riflesso, e peraltro in senso sempre relativo e problematico, la certezza è un attributo della norma, strumento idoneo a formare in concreto cotesta esperienza.

E mentre la norma, se giusta nella sostanza (ossia, in quel che dispone), partecipando, proprio perché giusta, della certezza del fondamento o principio del mondo della giuridicità, non può che essere anch'essa certa — fa, per tanto, diritto —; non è vero il reciproco.

Se, infatti, la norma incerta, già per ciò stesso, deve ritenersi ingiusta, una norma 'legalisticamente' certa per le sue caratteristiche formali non è, per ciò solo, giusta; può anche essere 'certamente' ingiusta. In tal caso, per quanto possa sembrare paradossale, essa alla fine non è neppure certa, se non in un senso immediato e superficiale; una norma ingiusta, infatti, appunto in quanto ingiusta, non è in grado di garantire alcuna certezza nei rapporti sociali, né alcuna certezza sull'eticità dell'azione umana: chiede ubbidienza, ma contiene in sé stessa e mostra le ragioni per non essere ubbidita (dove la sua intrinseca « incertezza »); d'altra parte, ove la norma non fosse pensata e prodotta in funzione di giustizia, non servirebbe a costituire il diritto, a dare un contributo positivo alla formazione dell'esperienza giuridica.

Insomma, e per concludere: tutto sta a non identificare *norma* e *diritto* — questo essendo dato solo da norme giuste (e certe) —, e a non pensare il diritto, componente indefettibile della condizione umana, come dipendente dalla dimensione sostanziale della *giustizia*, anziché da quella formale della prescrizione normativa: donde la sua essenziale problematicità.

In tale prospettiva concettuale, la relazione dialettica, che si dà fra l'uomo e la norma, equivarrebbe all'altra, parimenti dialettica, che esiste fra la giustizia (il diritto) e la norma.

8. *Valutazioni conclusive.*

L'attenzione per la norma in funzione dell'uomo (o, come abbiamo alla fine visto, per il diritto) si è perduta o è rimasta come appannata, nel pensiero contemporaneo ⁽³¹⁾. Si è smarrita l'idea della

⁽³¹⁾ Gli antichi giuristi, più avvezzi al pensiero metafisico, erano anche più disponibili, per così dire, ad una concezione 'sostanziale' del diritto, che si manifestava, fra l'altro, nell'ammettere la pluralità delle fonti dell'obbligo giuridico, ben oltre

- complessità essenziale della realtà umana, formata di valori soggettivi e di valori oggettivi, di spirito e di materia, di uomini e di norme; una realtà che non può essere ridotta ad una sua componente, a pena non solo di mortificarla, ma di negarla. Viviamo, invece, in un orizzonte culturale in cui tale scissione della realtà, e, nel caso nostro, dell'esperienza giuridica, rappresenta quasi un postulato del pensiero comune. È diffusa la persuasione di una primazia dell'ente collettivo, sociale od ecclesiale, rispetto all'uomo; primazia che si manifesta col ricondurre all'anzidetto ente, ai suoi interessi, alle sue esigenze, anche la norma, ponendo in tal modo le premesse per intendere condizione personale e dimensione normativa non come aspetti della medesima realtà, ma come entità fra loro del tutto estrinseche, in rapporto di concorrenza o di conflitto.

Tale dialettica può essere risolta, in sede teorica — anche a costo di muoversi in senso opposto rispetto a gran parte della moderna scienza del diritto, compresa la canonica —, solo concependo la norma in funzione dell'uomo (del diritto, come abbiamo visto), e però ricercandone il fondamento non nella società, nel potere o nella stessa volontà dell'uomo, ma nelle ragioni metafisiche dell'essere, ove si ricompona la complessità della realtà umana (e, in particolare, e per conseguenza, dell'esperienza giuridica).

* * *

Callisto I, in una lettera al vescovo Benedetto ⁽³²⁾, dopo avere sostenuto essere disdicevole per le singole membra allontanarsi dal capo,

la norma formalmente posta dal volere del legislatore. Cfr. in tal senso, ad esempio, la *Materia Codicis secundum Imerium*, la *Bulgari Materia Codicis*, la *Materia Summae Codicis Trecensis* (in *Studies in the Glossators of the Roman Law*, ed. H. KANTOROWICZ - W.W. BUCKLAND, Cambridge, 1938 — repr. Scientia Verlag, Aalen, 1969 — p. 234), § 3, le quali avvertivano essere materia del diritto la *negotiorum aequitas*, la giustizia *sive nondum constituta (equitas rudis) sive constituta*, l'*ipsum ius (ius approbatum)*, l'*id, quod pro iure habetur*, come le *legitimae voluntates contrahentium* e le *ultimae voluntates deficientium*.

Ma poi è l'uomo — cui l'ordinamento vorrebbe imporre di distinguere norma da norma, sulla sola base dei criteri formali dallo stesso ordinamento fissati, chiedendogli ubbidienza per quelle norme che presentano determinati requisiti formali — a non differenziare, nella complessa trama normativa che avvolge la sua esistenza, nella dimensione etica all'interno della quale si svolge la sua vita giuridica, norma da norma, se non con riferimento alla 'meritevolezza' dell'obbedienza, guardata nei suoi contenuti, e giudicata in relazione ad un superiore principio di giustizia.

⁽³²⁾ Cfr. c. 1 D. XII e P.G. 10, 123.

affer mò che nessuna ragione consentiva di tenere per valido quanto, « sine discretione iustitiae », è compiuto contro la disciplina della Chiesa di Roma.

Se l'inciso potesse essere letto non come una qualificazione (negativa) di colui che disattende i precetti di Roma, ma come una limitazione della sua responsabilità, il testo callistiano adombrerebbe la corretta soluzione del problema fin qui discusso.

La giustizia, come criterio superiore ed ultimo di valutazione del comportamento dell'uomo e della correttezza (*i.e.* giuridicità) della norma; per la cui affermazione l'uomo può disattendere la stessa disciplina della Chiesa di Roma; criterio superiore in base al quale valutare sia la norma (fosse pure la norma di Roma) sia il comportamento dell'uomo; un criterio alla luce del quale vivere la tensione dialettica fra l'uomo e la norma, costitutiva della realtà umana, e quindi, del suo divenire storico.

La giustizia, quella che i greci, cinquecento anni prima che Cristo nascesse, chiamavano già legge divina; di cui, come leggiamo nel fr. 114 di Eraclito, tutte le leggi umane « si alimentano, poiché quella impone quanto vuole e basta per tutte le cose e ne avanza »⁽³³⁾. In questo frammento, in cui risuona il timbro dell'arcano, del mistero, è da notare quel « ne avanza (sovrasta) ». L'uomo, le leggi umane, non esauriscono, né possono conculcare, la giustizia, la legge divina; di questa sempre ne avanza; questa sempre sovrasta.

Tale « avanzare », tale « sovrastare » della giustizia, è il segno caratterizzante l'esistenza umana. Un segno che condiziona la relazione fra l'uomo e la norma, in tutte le esperienze giuridiche, compresa l'ecclesiale; che fa sì che l'uomo, per sua essenza, debba essere pensato come assoggettato in primo luogo alla giustizia, allo stesso modo in cui lo è a Dio (ed invero, « diritto e giustizia sono alla base del suo trono »)⁽³⁴⁾, e solo in grado minore, e in maniera mai definitiva, alla norma (intesa in senso empirico); dalla soggezione alla giustizia traendo, anzi, l'uomo la sua superiorità spirituale nei confronti della stessa: per affermare la giustizia, l'uomo potrà e dovrà valutare,

(33) DIELS - KRANZ, 22 B 114 (179); per una traduzione italiana del frammento, cfr. G. REALE, *Storia della filosofia antica*, V, Milano, 1980, p. 152; περιγινεται non significa solo un avanzare residuale, ma anche un avanzare nel senso di superare, sovrastare.

(34) *Sal* 96, 2. Per il popolo d'Israele, la giustizia era appannaggio di Dio: « A te, Signore, appartiene la giustizia » (*Dan* 9, 7); numerosi i passi dell'antico Testamento in tal senso.

giudicare, modificare — se è nel suo potere — la norma, e ad essa comunque opporsi, quando la trovasse in contrasto con quella.

La ricerca problematica, finalizzata all'affermazione di soluzioni rispettose della giustizia, vale a dire: dell'esigenza ultima e obiettiva dell'uomo « in relazione », garantisce il trascendimento degli interessi pseudo collettivi empirici e contingenti, enfatizzati dalle moderne ideologie, e allontana il pericolo di soluzioni del tutto casuali, o imposte da una forza prevaricatrice.