

## **Le parole del futuro**



**Università Cattolica del Sacro Cuore**

**Facoltà di Giurisprudenza**

**Giustizia  
Persona  
Ordinamento**



**VITA E PENSIERO**



[www.vitaepensiero.it](http://www.vitaepensiero.it)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail: [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org)

© 2021 Vita e Pensiero - Largo A. Gemelli, 1 - 20123 Milano

ISBN 978-88-343-4695-2

## **Le parole del futuro**



**Università Cattolica del Sacro Cuore**

**Facoltà di Giurisprudenza**

**Giustizia  
Persona  
Ordinamento**



**VITA E PENSIERO**



[www.vitaepensiero.it](http://www.vitaepensiero.it)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail: [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org)

© 2021 Vita e Pensiero - Largo A. Gemelli, 1 - 20123 Milano

ISBN 978-88-343-4695-2

# Indice

Premessa	7
Introduzione storica	11
<i>Giustizia</i>	17
Tre <i>haiku</i> per la Giustizia	17
Giustizia: tramite il processo, nella decisione	24
Giustizia e arbitrato	31
Giustizia contrattuale	35
Garanzie, regole, persone	43
<i>Iustitia</i>	46
<i>Persona</i>	53
Persona e diritto	53
Persona e ordinamento giuridico, persona e fragilità	60
Persona e fratellanza universale	66
La persona che lavora tra libertà e solidarietà	73
<i>Ordinamento</i>	81
Ordinamento e diritti soggettivi	81
L'ordinamento della Chiesa, tra diritto divino e diritto umano	87



## Premessa

Nella scelta delle parole Giustizia, Persona e Ordinamento, la Facoltà ha voluto presentare il diritto entro una chiara prospettiva antropologica. Sarebbe stato di per sé bastevole il sostantivo persona, *Grundnorm* dell'ordinamento, per riprendere l'icastica definizione di un Maestro del diritto. A ben vedere i tre termini sono necessari e appropriati perché riflettono il vissuto della Facoltà: ne visualizzano il percorso scientifico e culturale da almeno tre lustri, da quando sono stati istituiti i due dottorati, *Impresa, lavoro, istituzioni e giustizia penale* e *Persona e ordinamenti giuridici*. Sono questi i luoghi nei quali i docenti e i giovani ricercatori spezzano il pane della scienza.

Quanto alla declinazione tematica, al termine di una breve premessa storica compiuta da Saverio Gentile, altri quattordici professori si sono offerti di presentare i tre lemmi in diverse accezioni, secondo le proprie personali competenze scientifiche e sensibilità culturali. Gabrio Forti fa risuonare la voce della giustizia nelle poche parole poetiche di un *haiku* composto dai suoi studenti (*Tre haiku per la Giustizia*). Augusto Chizzini riflette sul rapporto tra poteri delle parti e poteri del giudice nella conduzione del processo, nella ricerca di una giustizia

che nella contemporaneità trova legittimazione nel procedimento (*Giustizia: tramite il processo, nella decisione*); Alberto Romano si diffonde invece sullo strumento dell'arbitrato, auspicandone una maggiore diffusione (*Giustizia e arbitrato*). Antonio Albanese si chiede se e in che modo, assecondando le istanze di giustizia della società post-liberale, si possa conciliare il sindacato sull'equità dei contratti con la libertà e l'uguaglianza dei contraenti (*Giustizia contrattuale*). Gianluca Varraso ed Enrico Maria Mancuso si sono occupati delle interferenze tra giustizia penale e tutela dei diritti della persona, la quale deve essere al centro del nostro sistema processuale nel rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali (*Garanzie, regole, persone*). Laretta Maganzani indaga sulla densità storica del concetto di *ius*, quale *ars* che affronta il bene e l'equità, che costituiscono il fine ultimo di ogni ricerca (*Iustitia*). Giovanni Bombelli mette in luce la complessità della categoria di 'persona' all'incrocio tra elaborazione filosofica e proiezione giuridica (*Persona e diritto*). Andrea Nicolussi mostra come il diritto contemporaneo, assumendo la persona come pietra angolare dell'ordinamento, si sia aperto alle sfide del post-positivismo con notevoli implicazioni che si riflettono sia sul metodo giuridico sia sulla sostanza delle norme. Il diritto è posto infatti in presa diretta, e problematica, con le gravi questioni antropologiche e sociali del nostro tempo, le fragilità vecchie e nuove della condizione umana, le tensioni tra dimensione fisica e spirituale indotte dai progressi tecnologici e dalla erosione del tempo della persona e della famiglia (*Persona e ordinamento giuridico, persona e*

*fragilità*). Luciano Eusebi ci sprona a pensare la giustizia in termini di progettazione secondo il bene dinnanzi al male, nel solco dell'urgenza indicata da papa Francesco (*Persona e fratellanza universale*). Vincenzo Ferrante e Matteo Corti, ricostruendo il percorso storico del diritto del lavoro, esaminano i travagli del presente e le sfide del futuro create dallo sviluppo tecnologico (*La persona che lavora tra libertà e solidarietà*). Alessandro Mangia affronta il tema dei diritti fondamentali in rapporto alla nozione di diritto soggettivo (*Ordinamento e diritti soggettivi*); Andrea Bettetini evidenzia, infine, come la Chiesa sia anche ordinamento, che si affida al diritto quale strumento di salvezza per ogni uomo (*L'ordinamento della Chiesa, tra diritto divino e diritto umano*).

A nome di tutti i docenti della Facoltà desidero esprimere il più sentito ringraziamento per l'opera compiuta.

*Stefano Solimano*

Milano, 1° giugno 2021



## Introduzione storica

All'atto fondativo dell'Università Cattolica non era prevista una Facoltà di Giurisprudenza. Essa venne istituita nel 1924 – e tale ricorrenza, con ogni probabilità, non mancherà di svelarsi quale (ulteriore) occasione di riflessione e di analisi – ovvero nell'anno IV dalla sua costituzione, che venne a coincidere, più in generale, con quello dell'agognato 'giuridico riconoscimento'. Nell'onorare la memoria di Pier Paolo Zanzucchi – studioso di Diritto romano e, soprattutto, primo Preside, prematuramente scomparso nella primavera di due anni appresso – Agostino Gemelli aveva ravvisato la necessità di una Facoltà che da un lato assicurasse una preparazione tecnica di prim'ordine con cui istruire le future classi dirigenti e dall'altro, e non meno, fornisse un apporto prezioso, ed insostituibile, per rispondere ai bisogni, ed alle sfide, della società del tempo, avendo anche in animo di contribuire ad affermare nel panorama culturale, e nel dibattito tecnico, una presenza di ispirazione e matrice schiettamente cattolica. Al suo debutto, nell'anno accademico 1924/1925, la Facoltà risultava poter già contare su di un primo nucleo di professori di ruolo stabile: Emilio Albertario, proveniente dall'Università di Torino, per il Diritto romano; da quella di Pavia, Ludovico Barassi, per

una delle cattedre di Diritto privato; Melchiorre Roberti, per la Storia del diritto, da Modena; Giovanni Vacchelli, per il Diritto amministrativo, da Pavia; Marco Tullio Zanzucchi (anch'egli dalla città pavese) per il Diritto processuale (civile e penale), oltre al già ricordato Pier Paolo Zanzucchi, proveniente invece da Parma. A questi si aggiungevano altri docenti, appartenenti al ruolo di diverse Università, tra i quali: Giulio Battaglini, incaricato del Diritto penale; Adriano Bernareggi per il Diritto canonico; Giovanni Carrara per il Diritto dell'industria e del lavoro; Antonio Cicu per il Diritto commerciale; Achille Donato Giannini per il Diritto finanziario e tributario; Arturo Carlo Jemolo per il Diritto ecclesiastico ed anche per il Diritto internazionale pubblico; Francesco Rovelli per le Istituzioni di Diritto pubblico. Della cattedra di Filosofia del diritto sarebbe invece stato reggitore per oltre un trentennio – dal 1925 al 1959 – Francesco Olgiati, sacerdote, cofondatore con Gemelli dell'Università e suo sodale nonché «uno dei maggiori esponenti della filosofia neo-scolastica italiana».

Si tratta, nella pressoché totalità dei casi, di studiosi di riconosciuto valore e prestigio scientifico. E a questa eccellenza la Facoltà si sarebbe sempre mostrata fedele, susseguendosi tra le sue fila non pochi dei più valenti esponenti della scienza giuridica italiana. I primi tre lustri trascorsero all'insegna di un generale consolidamento, a partire dagli spazi e dalle strutture. Dopo la non breve parentesi – triste e luttuosa – costituita dal secondo conflitto bellico mondiale – nel corso del quale gli stessi edifici universitari subirono danni non trascurabili per

effetto dei bombardamenti alleati dell'agosto '43 – fu tempo di nuovi e rinnovati entusiasmi. Proprio i giuristi dell'Ateneo vennero sollecitati da padre Gemelli, nell'effervescenza della ricostruzione, alla collaborazione: nelle duplici vesti di «elaboratori di categorie e concetti ma soprattutto in quello di promotori e costruttori di norme e istituti e dunque, ed in ultima analisi, di Stato e di società».

In tale prospettiva sono da intendersi la richiesta effettuata dal Rettore di elaborare – corrente il 1947 – *Note ed Osservazioni* ai Progetti relativi all'emananda Carta costituzionale nonché – nel 1949 – di chiosare un Progetto ministeriale di Legge sindacale approntato dal ministro del Lavoro, Amintore Fanfani, del V Gabinetto De Gasperi. Ma gli esempi potrebbero essere molteplici. Si preferisce, piuttosto, in questa sede richiamare alla mente che nel 1940 aveva visto la luce «*Jus. Rivista di scienze giuridiche*» ovvero il foglio della Facoltà, che nel 2020 ha tagliato il traguardo dell'anniversario numero ottanta. La Rivista, fortemente voluta dal fondatore dell'Università, ebbe in Giorgio Ballardore Pallieri – internazionalista che coltivò e insegnò pure il costituzionale e che diresse la Facoltà dal 1949/50 al 1978, dopo un breve intermezzo dall'anno accademico 1943/44 a quello 44/45 – ed in Orio Giacchi, canonista ed ecclesiasticista di vaglia, i suoi primi animatori e protagonisti ma presto riuscì nell'intento di coinvolgere l'intero corpo docente, con contributi sovente di assoluto rilievo.

Il periodico si rivelò così uno strumento utile attraverso cui riflettere circa le dottrine generali del diritto e,

più in generale, i vari problemi che agitavano i singoli rami dello stesso sforzandosi però – sempre – di cogliere «l'unità essenziale del fenomeno giuridico e del suo svolgimento» mettendone non di meno in risalto ed «in luce il valore spirituale», il che equivaleva a tenere un atteggiamento di costante, e vigile, attenzione verso le (plurime) conseguenze del suo inverarsi.

Dopo le macerie – *in primis* morali – cagionate dalla guerra, i turbamenti per le insufficienze e le miserie del positivismo avrebbero lungamente accompagnato la speculazione dei giuristi dell'Università Cattolica. Più in generale, fu la migliore dottrina italiana a ritrovarsi, in tal modo, impegnata nella «rivalutazione del diritto naturale» ovvero in una netta opposizione contro «il formalismo positivisticò, accusato di indifferenza di fronte alle nequizie legislative dei regimi autoritari, specialmente della dittatura nazista». La Costituzione della Repubblica italiana – in vigore il 1° gennaio 1948 – avrebbe finalmente permesso, e favorito, l'incontro (non più rinviabile) – la *reductio ad unum* – tra il dato formale da un lato – la norma scritta ed il piano del giuspositivismo – ed i valori metalegislativi – che ora trovavano accoglimento pieno e deciso riconoscimento in quel testo – dall'altro. Ciò avrebbe segnato il definitivo superamento e tramonto della concezione pura del diritto, ispirata dallo studioso Hans Kelsen.

Da segnalare che il numero degli studenti iscritti alla Facoltà giuridica conosceva una rapida e costante crescita: i 51 pionieri del 1924 erano decuplicati nel 1944/45, risultando 508; nel 1970/71 si superava la soglia di 1000

iscritti. Questi ultimi erano più che raddoppiati già nel 1977/78 (2164) e da allora sempre in aumento fino al picco del 1994/1995 (6038).

Anche per il tramite della Facoltà di Giurisprudenza, e per suo merito, la presenza cattolica nella società, nella vita civile e nelle istituzioni del nostro Paese – attraverso i suoi laureati – è andata assumendo una consistenza – quantitativa e qualitativa – ed un vigore sempre maggiore. E ciò a tutti i livelli: dalle classiche professioni forensi – avvocati, magistrati, notai – a quelle burocratiche ed amministrative sino all’impegno riformistico nel campo politico. A tal proposito, si pensi ad una figura quale quella di Giuseppe Dossetti – vincitore di una borsa di perfezionamento post laurea nel 1937 e dunque frequentatore dell’allora Istituto giuridico – o, per tempi a noi più prossimi, a Ciriaco De Mita e Romano Prodi, entrambi Presidenti del Consiglio dei Ministri e quest’ultimo anche Presidente della Commissione europea (dal 1999 al 2004). Per non dimenticare Oscar Luigi Scalfaro, Presidente della Repubblica. In particolare, la convinzione circa la connessione, anzi «la riduzione del diritto alla Giustizia», e dunque la fusione o meglio l’identificazione dell’uno nell’altra, ha costituito il fulcro su cui nel tempo si è concentrata l’attenzione maggiore.



# Giustizia

## *Tre haiku per la Giustizia*

Nel suo ultimo libro, *The Tyranny of Merit* (2020), Michael Sandel, celebrato professore di Diritto e di Filosofia politica alla Law School di Harvard, muove un serrato atto di accusa nei confronti del sistema educativo americano. La critica si indirizza soprattutto alle perverse logiche di accesso alle università di élite della c.d. Ivy League, ma non risparmia in generale i contenuti dell'istruzione superiore, alla cui enfasi tecnocratica fa risalire il fallimento delle élite dirigenti nelle ultime due generazioni, l'impoverimento morale del discorso pubblico e l'origine di una *hybris* foriera di profonde spaccature nella compagine sociale: «Governare bene richiede saggezza pratica e virtù civica, una capacità di deliberare sul bene comune e di perseguirlo efficacemente». Capacità che non vede sviluppate nella maggior parte delle università più reputate, anche europee, che «danno relativamente poco rilievo curriculare all'educazione morale e civica, o al tipo di studi storici che preparano gli studenti a esercitare un giudizio pratico informato sugli affari pubblici».

Entrando nell'anno del centenario di fondazione dell'Università Cattolica si è indotti a trarre da questo

libro ragioni ulteriori per tenersi cara l'eredità storica e culturale dell'Ateneo, ben sintetizzata già nel Preambolo al suo codice etico, dove si enuncia l'impegno a «concorrere al bene comune delle generazioni presenti e future, e a garantire, insieme a una ricerca scientifica originale e rigorosa, un'istruzione superiore adeguata e un'educazione informata ai principi del cattolicesimo», nonché a «promuovere lo sviluppo di ogni sapere secondo una concezione della scienza posta al servizio della persona umana e della convivenza civile».

Come ha dichiarato il Rettore Franco Anelli dando formalmente inizio, il 1° novembre 2020, al centesimo anno accademico dell'Università Cattolica, «la resistenza morale alle difficoltà del presente si esprime proprio nella capacità di pensare al tempo che va oltre l'orizzonte della contingenza». Il motto scelto per il centenario, *1921-2021 Un secolo di storia davanti a noi*, è del resto ispirato dall'idea di una progettazione per il futuro, «che significa rendere attuale la storia passata e i suoi lasciti». Ne deriva un'attenzione primaria alla comunità degli studenti, intesa unitariamente, secondo l'ispirazione anche del progetto *Alumni*, come comprensiva di coloro che sono attualmente iscritti ai corsi, «quelli che hanno completato gli studi e sono oggi testimoni dei risultati dell'azione educativa dell'Ateneo, e quelli che verranno dopo».

Molteplici sono le risonanze che questi principi e propositi hanno trovato e potranno trovare sempre più negli studi giuridici in Università Cattolica. Tra le molte, forse la più importante è l'impegno a formare nei futuri

giuristi l'attitudine a porsi costantemente la 'domanda di giustizia', grazie soprattutto alla sensibilità nel cogliere i segni dell'ingiustizia, tematizzarli e trarne stimolo per la progettazione di rimedi regolativi idonei a rimuoverne le radici a beneficio delle «generazioni presenti e future».

Con questo spirito, non retrospettivamente celebrativo di un illustre passato, ma prospetticamente rivolto al futuro, chi scrive ha ritenuto di non far calare dall'alto una riflessione professorale sulla giustizia, ma di raccogliere gli echi di questa idea dagli stessi studenti e studentesse. E di farlo con una modalità che conferisse il *giusto* rilievo alla parola, nella convinzione che la cura della giustizia debba sempre passare attraverso la cura delle forme espressive: la capacità di trovare in ogni circostanza, per dirla con lo scrittore Gustave Flaubert, *le mot juste*, la «parola giusta». 'Giusta', innanzi tutto, perché fedele alla realtà delle persone e dunque rispettosa della dignità di ognuno, grazie a quella 'moralità dell'attenzione' che nel momento in cui si esercita assume ognuno come centro del mondo.

Di qui l'idea di avviare un piccolo esperimento che potrà magari in futuro allargarsi ad altri più ampi contesti: proporre a un gruppo di studenti e studentesse una sorta di concorso non competitivo, ma collaborativo, invitandoli a mettere per iscritto il pensiero suscitato, appunto, dalle parole 'giustizia' o 'giusto', con un'attenzione rivolta non solo alla loro generazione, ma anche a quelle future. E a farlo attraverso il testo avente le caratteristiche di un *haiku*, ossia di quei brevissimi componimenti poetici che, nella tradizione giapponese, constano di 17 *more* (assunte convenzionalmente come equivalenti

di sillabe) e la cui arte è il saper trasferire nel ritmo e nei contenuti dei versi l'essenziale di un'idea.

La consultazione, condotta tra le classi di Diritto penale I (A-K) e di Criminologia, ha fatto affluire un certo numero di proposte di *haiku* che sono state valutate dal gruppo dei giovani collaboratori alle cattedre interessate dal sondaggio e dai quasi altrettanto giovani colleghi docenti di Diritto penale con i quali il progetto è stato condiviso fin dal suo avvio: P. Astorina, P. Bertelloni, M. Caputo, F. Centonze, G. Donati, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, A. Provera, M. Trashaj, A. Visconti. Anche per la valutazione, a parte chi scrive, si è dunque attribuito il ruolo di protagonisti alle nuove generazioni.

I tre *haiku* più apprezzati (ma il giudizio non è stato facile e anche altri sono parsi meritevoli) sono presentati qui di seguito insieme a un sintetico *collage* delle motivazioni più significative. La scelta, come anticipato nell'invito rivolto alle classi, non ha tenuto conto solo dei contenuti, ma anche dello stile, del ritmo, della musicalità delle parole usate.

Il primo dei tre selezionati è stato composto da Nicole Bai:

*Acqua che disseta  
dove il deserto  
avanza – giustizia*

Di questo componimento si è apprezzata la metafora, anche evangelicamente significativa, del deserto dell'ingiustizia. Vi si è colta anche la più generale allusione a

una certa natura liquida del senso di giustizia, tale da intridere di un'ispirazione concretamente umana la spesso eccessiva rigidità della coltre normativa, sempre a rischio di disseccarsi nell'aridità burocratica della quotidiana amministrazione giudiziaria a causa del suo distacco dalle movenze irriducibili della vita. L'assimilazione della giustizia all'acqua sembra anche evocare l'immagine di uno 'scorrere' della parola, del di-scorrere, tra gli uomini: il deserto relazionale, in cui tutto ammutolisce, è irrigato dall'acqua del dialogo, del λόγος capace di rendere giustizia all'irriducibile e mobile singolarità della persona.

Si è anche avvertito in questo testo il richiamo dell'impegno ecologico così sentito dalle giovani generazioni a porre rimedio senza indugio all'«avanzare del deserto», prendendosi cura, nello spirito dell'enciclica *Laudato si'*, dei problemi della «nostra casa comune», che «è anche come una sorella, con la quale condividiamo l'esistenza, e come una madre bella che ci accoglie tra le sue braccia».

Si è apprezzato poi, della forma del testo, che esso rispettasse la corretta scansione in tre versi, risultando composto da due senari intervallati da un quinario (secondo lo schema 6-5-6), che tendeva a riprodurre così la struttura fondamentale dell'*haiku* giapponese, pur senza attenersi al modulo 5-7-5.

Da segnalare qui che è stato ben valutato anche un altro *haiku* trasmessoci dalla studentessa Bai:

*Luce d'inverno  
cristallina risplende  
l'anima vola*

Un secondo *haiku* entrato nella ‘terna’ prescelta è stato il seguente, di Lorenza Cavalla:

*Dar semi alla mano  
che del fiore  
priva la terra*

Nelle parole ben scelte e disposte con una certa musicalità, si è colta un’ispirazione di giustizia rieducativa, riparativa, che non poteva passare inosservata ai penalisti della nostra università particolarmente attenti all’esperienza della c.d. *restorative justice*. Un’idea di giustizia, dunque, non stereotipata, ma feconda, costruttiva e generativa di speranza, espressiva di una cultura dell’incontro. Nell’immagine di un atto violento come la recisione del fiore – simbolicamente, la pena – si è intravista infatti la potenzialità di restituire un seme e di produrre frutti, la possibilità di rialzarsi dalle cadute grazie alla mano tesa da chi sappia ascoltare e prestare attenzione.

Chiudiamo la ‘terna’ degli *haiku* selezionati con questo, scritto da Serena Aliprandi:

*Ciò che è giusto  
muta spesso faccia  
ma mai cuore*

Del componimento ha colpito il contrappunto tra la relatività e fallibilità delle umane esperienze di giustizia e la fiducia nella consistenza, reale e definitiva, quasi da ‘noumeno’ kantiano, di questa idea, al di là delle apparenze

e contingenze: nel gioco di ombre della vita, la scoperta della verità può avvenire solo a patto di istituire una perfetta sintonia con il cuore di chi ricerca giustizia, per presentarsi puro e scevro da pregiudizi all'appuntamento con il giudizio. Un cuore che alla fine si disvela unico, a onta delle narrazioni di ciascuno dei protagonisti delle vicende umane e giudiziarie, che confondono e mescolano le apparenze (come in *Rashomon*, il famoso film del 1950 del regista giapponese Akira Kurosawa). Narrazioni che, per quanto multiformi e contraddittorie, sono attraversate da un filo rosso cui è indispensabile prestare attenzione per giungere a quel 'cuore', a quella giustizia. L'*haiku* sembra dunque evocare la difficoltà e la fatica connesse alla ricerca della giustizia, il tempo e il sacrificio richiesti per arrivare al riconoscimento pubblico delle proprie ragioni.

Ma nell'*haiku* si è visto anche un altro possibile significato, meno solare, più inquieto: la possibile differenza tra il volto pubblico del giusto come verità processuale e l' 'intimo giusto', che rimane inattuabile dal diritto, dalle decisioni giudiziarie e dal rumore di fondo della chiacchiera mediatica.

Si segnalano infine altri quattro *haiku* che hanno comunque ricevuto un particolare apprezzamento da almeno un componente della 'giuria' o conseguito un punteggio prossimo a quello dei tre prescelti.

*Una fetta più grande*

*a chi*

*più ha fame*

di Alexandra Daniela Ghiga

*Scegliere  
nella contraddizione  
del desiderio*  
di Chiara Duino

*Demone proibente  
della libertà, giudicante*  
di Chiara Duino

*Malato patisci  
Amara condanna  
Senza colpe*  
di Federica Giussani

### *Giustizia: tramite il processo, nella decisione*

1. Il giusto è ciò che gli uomini ritengono giusto, la giustizia è ciò che gli uomini ritengono giustizia. Che questo conduca ad una *naturalis ratio* che Dio instilla in ognuno, o dalle vicende che si sperimentano nella vita in un dato contesto sociale, dipende dalle premesse che si ha il coraggio di condividere con altri; ma questo tema che non si vuole convocare in questa sede, deve essere dato per presupposto. Interessa osservare che comunque la si intenda nel foro della propria coscienza, nel concreto la giustizia reclama una propria rappresentazione, un *theatrum*, nel quale si costituisce. E in questa direzione elemento essenziale è il 'luogo' in cui essa si

celebra, il processo: ed è proprio il ruolo che ogni protagonista assume sulla scena che diviene determinante per capire in che misura si concretizza la giustizia, nel divenire dell'azione sulla scena al fine di giungere alla decisione, nella quale poi la giustizia si esprime. In questo luogo emerge che la questione centrale attiene alla definizione del rapporto tra poteri delle parti e poteri del giudice nella conduzione del processo, nella ricerca di una giustizia che nella contemporaneità trova legittimazione nel procedimento.

2. *Parti vs giudice*, verrebbe da dire, se si riassume il tema in uno slogan pubblicitario. Certo, si colgono evidenti oscillazioni nell'evoluzione: a momenti in cui la concezione pubblicistica del processo – si privilegia l'accentuato intervento del giudice e si riconosce un ampio, se non assoluto, dominio nella conduzione del processo – sembra aver soppiantato ogni altro modo di concepire i rapporti tra giudice e parti, si alternano fasi nelle quali riprende vigore una propensione che si preoccupa di limitare l'ingerenza del giudice (e dei pubblici poteri di cui egli è espressione), si riafferma la natura essenzialmente dispositiva del processo civile.

Le ragioni dell'oscillare del pendolo sono diverse, ma si riconducono ad unità, in quanto si legano alle evoluzioni della società, alle dinamiche politiche, ad avvenimenti che influenzano in profondità anche quel diritto processuale civile che pur si descrive nei termini di un diritto avulso dal contrasto sociale, solo tecnico e per nulla politico. Spesso il formalismo viene utiliz-

zato per velare le scelte politiche che si celano dietro i tecnicismi. Che il tema sia centrale si deduce dal fatto che esso è punto di emersione della più ampia questione che attiene alla radice dei rapporti tra stato e cittadini: il diritto processuale civile ha mostrato la sua essenza, quale tecnica a forte valenza politica, ove si scontrano concezioni contrapposte dei rapporti tra stato e privati, in una lotta che non sembra concludersi sempre con un equo temperamento dei diversi interessi.

Sul piano teorico, un grande maestro della Cattolica, Feliciano Benvenuti, ha dimostrato come il processo si differenzi da altri tipi di procedimenti per il contraddittorio come principio fondante, attorno al quale non solo si delineano le vicende processuali nel loro divenire, ma trova giustificazione l'atto impositivo in cui si concretizza il potere del giudice, la decisione. Se la sentenza definitiva, con il giudicato, è atto puro per eccellenza, che trova in sé la giustificazione dei propri effetti, astrae dalle vicende procedimentali che la precedono, questo sul piano giuridico, ma ancor prima su quello sociale, è accettato in quanto atto conclusivo di un procedimento nel quale le parti, che saranno incise dagli effetti del provvedimento, hanno potuto esplicitare le proprie difese, fare ascoltare la propria voce, esprimere le proprie valutazioni in fatto e in diritto: il problema dei rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice trova il proprio punto di equilibrio quando si correla l'esercizio di ogni potere officioso al rispetto di una dinamica dialogica, ossia al corrispondente potere delle parti d'incidere sulla decisione del giudice.

Invero, con il richiamare le parole di Enrico Opocher, nel sistematico abbandono del diritto al potere, il processo moderno è divenuto autoritario, fondato sul ruolo di preminenza del giudice, mano forte dello stato moderno e ogni altra edulcorante scenografia è una mistificazione. È la stessa attuale dimensione della giurisdizione a postulare un tale profilo strutturale: nell'affermarsi degli stati nazionali, l'*ordo iudiciarius*, così paritario, che caratterizzava il diritto comune, risulta incompatibile con il diritto positivo, dato che vitale interesse dello stato è quello d'inglobare la giurisdizione. L'esperienza continentale nella gestione della giustizia subisce un'inversione di tendenza – che si traduce nel passaggio dal 'giudizio al processo' – e conduce a una mutata concezione del modo d'intendere il giudizio, in un contesto del tutto nuovo che si completerà con l'impianto napoleonico dato all'ordinamento giudiziario. Il diritto è ricondotto alla legge, il giudice funzionario si attiene agli ordini, solerte ed efficiente. Le pagine di Weber sono illuminanti e attuali.

Sul piano costituzionale, tale dinamica si coglie nel principio *judiciaria potestas pars summi imperii est*. Così, la disciplina del processo è luogo di uno scontro ben più ampio: come affermava senza tanti giri di parole Jean Bodin, «*le roi justicier*» diviene «*débiteur de justice*», quindi ne detterà le regole. La giurisdizione assicura l'attuazione di quei diritti che il codice civile garantisce, ma di cui si limita prefigurare il simulacro, essendo la giurisdizione asservita al potere.

3. All'interno dell'evoluzione descritta, il tema dei rapporti tra potestà pubbliche e poteri privati permane nella sua attualità. Se lo stato non può disinteressarsi della soluzione della lite, nel contempo non può essere il giudice l'unico soggetto capace di delineare, nel solipsistico esercizio dei propri poteri, la soluzione di ogni conflitto.

Ora, in una legislazione statutale indebolita, come nel presente, si rafforza la posizione del giudice e il suo ruolo rischia di divenire preponderante; di conseguenza, risulta decisiva la preoccupazione non tanto del controllo *ex post* dell'esercizio dei poteri del giudice, quanto quella del loro equilibrarsi con i poteri delle parti e con essa l'esigenza che le parti nella dinamica del contraddittorio limitino l'agire del giudice, ne controllino i poteri.

Così può delinarsi un canone di valutazione che offra un adeguato punto d'approdo alla tensione tra poteri del giudice e poteri delle parti, che giunga ad un equilibrio mediante la tutela di un effettivo contraddittorio sull'esercizio dei poteri esercitati nel processo, con particolare riferimento a quelli che attengono alla decisione di merito. Si conferma, così, l'ammonimento che, a fronte di un rafforzato potere del giudice, si deve giustapporre un corrispondente dovere, funzionale al rispetto del contraddittorio.

Con il contraddittorio si consolida il principio per il quale è sulla base del metodo dialettico che la pronuncia è riconosciuta come giusta: qualifica che muove dalla mediazione svolta dal giudice tra pretese contrapposte, per dedursi che senza la ponderazione tra questioni discusse ogni decisione scema a mero atto di forza. Solo nella dialettica del contraddittorio trovano contempera-

mento poteri del giudice e poteri delle parti, in quanto in tal modo a queste ultime si assegna un potere dinamico di controllo sull'esercizio dei poteri officiosi, restituendo efficacia al contraddittorio stesso.

Anche per tale dinamica, mutuando un'espressione da Luhmann, si avrà per l'esercizio di quei poteri, come per la decisione, una *Legitimation durch Verfahren*, nella quale l'attuazione del diritto si coordina con i principi fondanti i sistemi processuali contemporanei e trova la propria giustificazione nella paritaria partecipazione delle parti alla formazione della decisione. La dialettica processuale abbandona il profilo formale, assume il ruolo d'imprescindibile strumento per la formazione della decisione e per la sua accettazione come giusta.

L'aspetto determinante è dato dall'evoluzione che ha assunto il valore del contraddittorio, alla luce della modificata sensibilità di tutti coloro che sono chiamati alla pratica attuazione di quel principio nel processo. La tematica è punto d'emersione di un più ampio mutamento, di quello che si pone come un ritorno ai valori strutturali del contraddittorio, quali emergenti dalla tradizione del diritto comune e di quell'*ordo iudicarius* che ne caratterizzava la dimensione processuale: se s'indebolisce il potere statale sulla giurisdizione, si allenta il vincolo strutturale esterno tra stato e giudice che era alla base del sistema asimmetrico che qualifica le codificazioni (e che è manifestazione, forse, dello stesso disgregarsi del sistema gerarchico nella società contemporanea: come sempre Luhmann ha insegnato); di conseguenza ritorna il bisogno che la giurisdizione si riqualifichi per quel carattere *isonomico* che la caratterizzava

in un contesto, come quello del diritto comune, di ordinamenti deboli, in cui il vincolo che legava le parti al giudice aveva struttura interna all'esperienza processuale stessa e si realizzava in via non condizionata, ovvero mediante il contraddittorio, soprattutto dove esso diviene canone di giudizio, nel senso che deve guidare il momento decisionale e fornirne l'elemento giustificante, quella *Legitimation durch Verfahren* cui si è fatto richiamo.

Non s'impone all'organo giudicante il vincolo alle prospettazioni emerse nel corso del giudizio e sulle quali le parti hanno preso posizione, ma il giudice, se utilizza i poteri riconosciuti dalla legge processuale, dovrà sempre sollecitare sul punto il contraddittorio e riaprire la trattazione. La statuizione così sarà dipendente dalle questioni dedotte sia dalle parti sia rilevate d'ufficio dal giudice, sulle quali si è avuto un effettivo contraddittorio, giacché ogni altra possibile configurazione dei fatti di causa e degli effetti che ad essi la norma ricollega dovrà essere espunta dalla decisione.

È il contraddittorio, pertanto, la ragione profonda che giustifica prima la dinamica dei rapporti tra parti e giudice all'interno del processo, che rende ragione dei poteri endoprocessuali; poi è sempre il contraddittorio che definisce i limiti di ciò che può dirsi giusto nella decisione del giudice, quel giusto che può conseguire solo alla fatica dell'agire dell'uomo nel reciproco rispetto delle prospettazioni altrui, ossia in ciò che costituisce l'essenza dell'incontro dialettico. In tal modo, si assicura una condivisibile soluzione al problema sempre aperto della via per la giustizia, quindi a quella *Legitimation durch Verfahren* che razionalizza un decidere che aspiri ad essere inteso come giusto.

## *Giustizia e arbitrato*

Fanno ormai cent'anni che l'Università Cattolica del Sacro Cuore, costituita a Milano nel 1921, in tempi forse altrettanto difficili per l'Italia di quanto siano quelli dolorosi e 'pandemici' che viviamo, conduce la sua missione appassionata di ricerca e diffusione della conoscenza nel nostro Paese. Guardando al futuro, perché è bene che gli anniversari non siano solo l'occasione di ricordare il passato, ma anche l'opportunità di riflettere intorno a ciò che è ancora di là da venire, e avendo a modello il contributo d'eccellenza che unanimemente si riconosce fornito dall'Università Cattolica nel panorama dell'istruzione nazionale, viene quasi istintivo, per un giurista, di interrogarsi sul contributo che il mondo privato, pur certamente in tutt'altre forme e modalità, possa fornire oggi all'amministrazione della giustizia. Non è d'altronde minimamente originale osservare che, in una società così complessa e globalizzata com'è l'attuale, i cui infiniti e capillari livelli di interazione si vanno rivelando proprio in questi mesi fonte insieme di forza e però di indicibili fragilità, non v'è meno bisogno di buona istruzione di quanto ve ne sia di buona giustizia, fatta di decisioni eque, celeri ed idonee a circolare con agio al di fuori dei confini nazionali.

In un contesto in cui l'amministrazione della giustizia, almeno là dove le liti concernano controversie civili tra pari e di contenuto patrimoniale, sia modernamente concepita dallo Stato piuttosto come l'offerta di un servizio che non come l'esercizio autoritativo di

uno dei suoi poteri sovrani, il ruolo dei privati quali giudici può davvero infatti rivestire notevole importanza pratica.

È noto che la legislazione italiana ammette da sempre le parti d'una lite civile, in atto o futura, se ciò risponda alla loro comune volontà e la lite verta sopra diritti disponibili, a rivolgersi, per comporla, non già al giudice dello Stato, bensì ad un giudice privato, scelto da loro, il quale la definisca con un suo provvedimento destinato a produrre tra le parti la medesima efficacia di una sentenza dell'autorità giurisdizionale ordinaria. È questo l'istituto dell'arbitrato, di origine antichissima – tanto che non manca chi ve n'ha voluto scorgere testimonianza in una scena decorata sullo scudo di Achille e descritta nel diciottesimo canto dell'Iliade – e trascorso in tutti gli ordinamenti processuali contemporanei, sia pur dopo aver storicamente conosciuto fortune alterne, e soprattutto patito l'arrogante disprezzo degli stati totalitari: il che peraltro vale ora, alla giustizia dei privati, una delle sue più degne ragioni di vanto.

Molti sono in effetti i benefici che l'arbitrato è capace di assicurare alle parti ed all'amministrazione della giustizia civile nel suo complesso: tra questi si annoverano la riduzione della litigiosità dinanzi ai giudici dello Stato, con conseguente risparmio di risorse e recupero di efficienza della giurisdizione esercitata da costoro (c.d. «deflazione del contenzioso»); la possibilità, per chi litiga, di eleggere un giudice specializzato in un certo campo del diritto o di comporre collegi giudicanti che includano giuristi esperti in campi diversi ed ugualmente rilevan-

ti per definire la controversia, o ancora persone versate in altri saperi utili nel caso concreto (sì da comparativamente ridurre l'eventualità di decisioni ingiuste); la facoltà, più in generale, per gli interessati, di scegliere un giudice che reputino per qualsiasi motivo più adatto di quello statale a risolvere la contesa che li contrappone, magari perché essi gli conoscano speciali qualità morali o lo sappiano capace di calmare gli animi ed operare con successo *pro amicitia conservanda* (la conciliazione risulta del resto comparativamente frequente nel corso dei giudizi privati); la maggior rapidità del giudizio dinanzi agli arbitri, giacché, seppur i legislatori moderni temano il pericolo che tale giudizio si riveli inefficiente dal punto di vista dei tempi e adottino opportune cautele per evitarlo, nella prassi l'esercizio della giurisdizione civile da parte dei privati è pressoché sempre più veloce di quello statale, oltre che mediamente non meno valido in termini di giustizia della decisione; la minor pubblicità ed il minor *strepitus* che di regola accompagna l'esercizio della giurisdizione da parte di privati, potendosi tra l'altro vincolare qui i giudici a precisi obblighi di riservatezza; la prevenzione, significativa soprattutto nelle controversie internazionali, delle incertezze derivanti dalla pratica del c.d. «*forum shopping*»; il minor numero di impedimenti che il lodo di regola incontra nel circolare all'estero, se paragonato alle sentenze dei giudici dello Stato e così via.

Né, di contro a tanti e variegati benefici, sarebbe ormai fondato preoccuparsi che l'istituto presenti rischi di privatizzazione incontrollata o offra alle parti il destro per negoziare, in modo indiretto e fraudolento, diritti che la

legge impedisce invece di negoziare. Come la Corte costituzionale ed il Codice di procedura civile hanno da tempo convenientemente chiarito, l'arbitrato non può essere imposto dal legislatore in luogo della giurisdizione statale (giacché la nostra Costituzione vieta implicitamente, ma in maniera univoca, il c.d. «arbitrato obbligatorio»), ma solo essere consentito alle parti che intendano sceglierlo d'accordo fra loro, allo scopo di far decidere da giudici privati controversie relative a diritti di cui esse possono disporre. È per mezzo di una libera, consapevole e concorde manifestazione di volontà delle parti, lecita unicamente all'interno dei confini della loro autonomia contrattuale, che una lite può essere deferita al giudice privato anziché all'autorità giurisdizionale ordinaria.

Pur godendo in genere dell'apprezzamento degli operatori che ne hanno fatto comunque esperienza e degli studiosi che vi si cimentano, è però purtroppo vero che l'arbitrato non si è fin qui avvantaggiato di quella diffusione che era forse da attendersi, che esso senz'altro meriterebbe e che deve oggi costituire una sfida per l'immediato futuro della giustizia civile. Seppur largamente a torto, l'istituto è ancora oggetto di diffidenze nel nostro ordinamento, che necessitano di esser combattute con convinzione: tanto sul piano normativo, per mezzo di alcune semplici riforme che consentirebbero di adeguare presto la disciplina italiana alle migliori pratiche internazionali (si pensi, in particolare, al riconoscimento agli arbitri del potere di adottare provvedimenti cautelari, che tuttora fa loro pressoché integrale difetto nel nostro Paese; ovvero ad un più coraggioso

presidio dell'imparzialità degli arbitri, che potrebbe ottenersi facilmente introducendo l'obbligo da parte loro di redigere puntuali dichiarazioni di indipendenza, assumendosi conseguenti e precise responsabilità; o a meccanismi di incentivazione sul piano fiscale); quanto sul piano degli studi, onde contribuire, fin dall'insegnamento universitario, non solo alla formazione di giuristi dotati delle conoscenze ed abilità utili allo svolgimento dei compiti che l'arbitrato richiede, ma pure e soprattutto alla promozione culturale di un clima di favore per la giustizia dei privati, che permetta a quest'ultima di essere davvero percepita e compresa qual è e quale dev'essere: un'alternativa valida e flessibile alla giurisdizione statale, capace così di fare ad essa concorrenza reputata e competitiva, ma non elitaria, come di creare con essa preziose sinergie, permettendo di offrire agli utenti un servizio integrato, solido ed efficiente.

### *Giustizia contrattuale*

Il tema della giustizia contrattuale è tra quelli che maggiormente animano il dibattito contemporaneo non solo tra giuristi, ma anche tra filosofi, sociologi ed economisti, e diversi sono i possibili approcci al problema.

Tra questi mi pare particolarmente utile focalizzare l'attenzione sul contratto come esercizio della libertà personale e strumento di partecipazione alla vita economica e sociale. E in effetti la possibilità di regolare mediante contratti i rapporti con altri soggetti, che godono della

medesima capacità e dei medesimi diritti, è espressione di quei principi di libertà e uguaglianza che costituiscono il fondamento degli ordinamenti democratici.

Non c'è nulla di più democratico che essere vincolati al rispetto e poter pretendere l'osservanza di regole che non ci sono state imposte da altri, ma che abbiamo concorso a creare in prima persona. In questo senso il filosofo del diritto Hans Kelsen definisce l'autonomia contrattuale come un «metodo marcatamente democratico di creare diritti e doveri».

Al contempo l'autonomia contrattuale è espressione di uguaglianza, in quanto consente di partecipare alla formazione di regole negoziali senza distinzioni legate alla posizione economica o sociale.

In passato però non era così: secondo il diritto romano, soltanto il *pater familias* aveva piena capacità giuridica e di agire, poteva cioè acquistare diritti e assumere obblighi mediante il compimento di atti giuridici volontari.

Analogamente, nel sistema feudale, i rapporti tra le persone per la gran parte non erano regolati da contratti, ma dipendevano dallo *status* di ogni soggetto.

Con la transizione dal mondo antico a quello moderno si verifica un importante passaggio *from status to contract* (la c.d. legge di Maine). Tutti hanno pari capacità giuridica e di agire e possono pertanto acquistare diritti e assumere doveri sulla base di accordi liberamente raggiunti.

Il contratto diviene così strumento attraverso il quale i cittadini direttamente partecipano alla costruzione delle regole della convivenza civile e svolge una funzio-

ne fondamentale non soltanto per lo sviluppo della singola persona, ma anche per il progresso della società nel suo complesso.

Secondo l'economista Vilfredo Pareto, gli scambi volontari, che si realizzano attraverso liberi contratti, soddisfano un criterio di efficiente allocazione delle risorse. Nell'incontro di domanda e offerta i beni vengono infatti acquistati da coloro che sono disposti a pagarli di più, in quanto sono in grado di sfruttarli meglio, ricavandone una maggiore utilità.

Oggi non abbiamo dubbi sul fatto che il mercato, come insieme di scambi, sia uno strumento essenziale non solo per l'esercizio della libertà personale dei singoli, ma anche per il progresso economico dell'intera società. Basti pensare al fallimento delle economie basate sulla statalizzazione dei mezzi di produzione o su forme di dirigismo economico, che sostituiscono la programmazione pubblica all'iniziativa privata.

Il mercato è invece al tempo stesso garanzia di libertà, democrazia ed efficienza economica e ciò che mette in relazione tra loro questi valori è proprio il contratto, che consente di dar vita a regole vincolanti per le parti, realizzando i loro bisogni personali e al tempo stesso favorendo l'impiego ottimale dei beni e servizi prodotti.

Se si porta alle estreme conseguenze questo discorso, si deve allora ammettere che, qualunque sia il suo contenuto, l'accordo è vincolante e va dunque rispettato. *Pacta sunt servanda* è del resto un principio con valenza non soltanto etica e giuridica, ma anche economica, e in questa logica l'ordinamento riconosce 'forza di legge' al contratto.

D'altra parte, se è vero che ciascuno è libero di obbligarsi ove lo reputi conveniente, allora la pattuizione, in quanto voluta da entrambe le parti, dovrebbe considerarsi giusta per definizione.

Ma è sempre vero che è giusto e doveroso rispettare i patti? Oppure alcuni contratti possono ritenersi non vincolanti perché iniqui, cioè squilibrati a favore di uno dei contraenti? Si può pensare che certi accordi, in ragione del loro contenuto contrario a criteri di giustizia ed equità, non siano meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento?

Stando all'impostazione classica, non solo nella teoria economica ma anche nel diritto civile, se due persone hanno raggiunto un accordo senza costrizioni e con piena capacità di intendere e volere, sono vincolate a rispettarlo indipendentemente da valutazioni circa la sua congruità. Solo alle parti spetta infatti valutare la convenienza di un determinato prezzo o di certe clausole, mentre la legge e il giudice non possono sindacare quanto esse hanno pattuito.

Esprime molto chiaramente questo modo di pensare Jeremy Bentham nella sua difesa dell'usura, secondo cui «nessun uomo adulto e sano di mente, che agisca liberamente e con gli occhi ben aperti, dovrebbe essere ostacolato, con riguardo al suo vantaggio, dal compiere le transazioni che egli ritenga opportune per ottenere denaro».

Proprio quest'affermazione del filosofo e giurista inglese suscita però più di qualche dubbio soprattutto se letta con la sensibilità caratteristica delle società post-liberali.

È giusto che una persona s'impegni a pagare interessi usurari? Anche se ha stipulato il contratto con «piena avvertenza e deliberato consenso», deve ritenersi vincolata? C'è un limite oltre il quale la misura degli interessi deve ritenersi iniqua?

Parimente, è giusto che i contratti predisposti unilateralmente da una parte, che professionalmente svolge tale attività, contengano clausole che determinano un significativo squilibrio di diritti e obblighi a svantaggio del consumatore?

L'ordinamento in questi casi deve 'lasciar fare' o deve intervenire? E come?

Al riguardo si pone una questione di fondo, che attiene alla possibilità di conciliare tra loro la libertà e l'uguaglianza dei contraenti con il sindacato sulla giustizia del contratto da essi concluso.

E, in effetti, proprio dal confronto tra questi valori apparentemente contrapposti si può ricavare un 'modello' di contratto giusto, che sia coerente con un sistema giuridico come il nostro, nel quale l'equilibrio degli scambi non è imposto autoritativamente dalla legge, ma dipende dal libero incontro di domanda e offerta.

La necessità di coniugare l'efficienza economica del libero mercato con le istanze etiche della società post-liberale, in determinate situazioni, si concretizza in interventi normativi volti a riequilibrare il rapporto contrattuale, in conformità ad un criterio di giustizia, che non si contrappone all'autonomia delle parti, ma al contrario ne garantisce l'effettivo esercizio ad entrambe.

In questo senso la correzione del regolamento privato

d'interessi è ammessa nella misura in cui le iniquità dello stesso riflettono specifiche disuguaglianze tra le parti, che lo alienano dalle dinamiche del mercato e dalle valutazioni da esso espresse.

La giustizia contrattuale si declina così in termini di protezione del contraente debole.

Ma la debolezza di una parte può legittimare un intervento sul contratto solo se essa assume connotazioni specifiche in grado di giustificarlo razionalmente. Posto infatti che una qualche disparità tra i contraenti è riscontrabile in tutte le relazioni di scambio, un riequilibrio del rapporto non può realizzarsi, in modo indiscriminato e generalizzato, al di fuori dei casi in cui il contratto, al di là dell'apparente bilateralità, sia in realtà espressione di un 'potere' esercitato unilateralmente da una sola parte.

Ritenere, del resto, che in ogni caso lo squilibrio debba essere corretto significherebbe contraddire l'essenza stessa dell'autonomia contrattuale, negando di fatto l'uguaglianza formale dei contraenti che ne è il presupposto necessario.

D'altra parte, un trattamento differenziato dei contraenti risulterebbe a sua volta arbitrario e ingiusto ove non fosse funzionale a garantire un effettivo esercizio dell'autonomia ad essi riconosciuta dall'ordinamento giuridico.

In questa logica, il sindacato del giudice sulla congruità dello scambio investe non solo il contenuto dell'accordo, ma anche il contesto e le modalità con cui questo è stato raggiunto, al fine di impedire che possano assumere efficacia vincolante contratti che siano il risultato di

condotte precontrattuali scorrette, con le quali una parte abbia tratto indebitamente vantaggio dalla propria posizione di forza.

La legge non si sostituisce quindi ai contraenti, vietando *ex ante* un determinato regolamento negoziale o imponendo un assetto di interessi determinato a priori, ma si limita a disapprovare soltanto quegli accordi che risultano *ex post* iniqui in quanto abusivamente imposti dal contraente più forte, mentre negli altri casi lascia le parti libere di determinare le regole dello scambio, secondo i criteri che governano il mercato.

In alcune ipotesi, tuttavia, la tutela del contraente debole si realizza attraverso interventi eteronomi che sottraggono alcuni aspetti del rapporto alla negoziazione privata.

Così la disciplina legale del contratto di lavoro limita *a priori* l'esercizio dell'autonomia individuale o collettiva attraverso norme inderogabili che si sostituiscono ad essa e che sono volte non tanto a riequilibrare il rapporto quanto a proteggere beni e interessi di natura personale che sono necessariamente coinvolti nello svolgimento dell'attività lavorativa, escludendo che questa possa essere assoggettata, al pari degli altri fattori della produzione, al libero gioco dei meccanismi concorrenziali.

Diversamente, nei rapporti governati dalla logica patrimoniale del diritto civile, la giustizia contrattuale si realizza nel rispetto della libertà delle parti, attraverso norme che legittimano un intervento del giudice per correggere gli squilibri che possono in concreto derivare dall'abuso di eventuali asimmetrie di potere negoziale.

L'intervento diretto del legislatore nei rapporti socio-economici, anche in termini di regolazione degli scambi, appare del resto sempre meno adatto a governare la complessità della società contemporanea, anche in ragione dell'insufficiente competenza conoscitiva degli organi legislativi e dell'impossibilità di fondare le scelte del diritto positivo sul principio maggioritario quale criterio di verità. Il superamento del giusnaturalismo, nella formulazione precedente alla critica kantiana, e il fallimento delle esperienze storiche del positivismo giuridico pongono, infatti, la necessità di un nuovo criterio di legittimazione delle regole, che non può più essere né la mera conformità a valori astratti dotati di evidenza assiomatica né la volontà arbitraria della maggioranza politica.

Il problema della fondazione etica del diritto positivo si risolve invece in termini di consenso sociale sui valori fondanti dell'ordinamento incorporati nella Costituzione e sulla conformità ad essi delle norme giuridiche. In questa logica si rivela allora opportuno un arretramento delle leggi dello Stato, per lasciare spazio a fenomeni di autoregolazione, quali i meccanismi del mercato, secondo una concezione neo-istituzionale dell'ordinamento, che rimette all'autonomia privata, istituzionalizzata e disciplinata dal diritto, il compito di dare risposte concrete ai bisogni e alle domande delle persone (Luigi Mengoni).

Diversamente dal modello neo-liberista, però, l'intervento dell'ordinamento non si esaurisce in norme di procedura, basate su un principio di uguaglianza meramente formale dei contraenti, ma è finalizzata a rimuovere,

anche nell'ambito dei rapporti negoziali, quegli «ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» come valore fondante dell'intero ordinamento giuridico.

### *Garanzie, regole, persone*

La porta d'accesso alla giustizia nel contesto del procedimento penale, fatto di regole che si appoggiano a cardini denominati principi, è la persona, protagonista sia quando si verifichi un'accusa, sia quando si debbano tutelare i diritti e le aspettative di chi abbia subito le conseguenze di una condotta inosservante, sia quando si debba eseguire una pena.

Davanti all'autorità giudiziaria penale hanno diritto di parola i soggetti – le *personae* – cui l'ordinamento riconosce una delle situazioni giuridiche soggettive (attive e passive) destinate a sollecitare la funzione giurisdizionale. Diritto di azione; diritto di difesa; diritto alla ricerca probatoria; diritto a una decisione equa; diritto al controllo di legittimità: declinazioni essenziali e necessarie di ogni singola fase del procedimento che accerta la penale responsabilità, infligge sanzioni e sovrintende al momento esecutivo.

Anche la limitazione della libertà personale per l'accusato di un reato e per il condannato non può mai comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive del 'ristretto'.

Così, è da considerarsi del tutto estraneo ad un ordinamento costituzionale e sovranazionale che riconosca e garantisca i diritti inviolabili dell'uomo, che si fondi sulla dignità della persona, che stabilisca come le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e che devono tendere alla rieducazione del condannato far discendere dallo stato di restrizione una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità.

Queste brevi riflessioni consentono di formulare una considerazione di fondo, la quale costituisce la chiave di lettura di ogni sistema processuale che delimiti le modalità di intervento dello Stato nell'esercizio della potestà punitiva.

La giustizia esige un riferimento necessario alla persona, impone il bilanciamento di interessi e di diritti soggettivi, confida nel contributo (leale) delle parti processuali in prospettiva della verità giudiziale, impone il rispetto della dignità umana intesa quale nucleo minimo e irriducibile degli stessi diritti fondamentali della persona, anche nella fase dell'esecuzione penale.

Analogamente, la voce della vittima – della persona offesa dal reato – risuona forte, anche in virtù di suggestioni e di precetti di derivazione sovranazionale ed umanitaria.

Tralasciare questa centralità significherebbe accontentarsi del mero rispetto delle regole, così accedendo a forme procedurali (o di *procedural justice* o, ancora, di *Legitimation durch Verfahren*) che guardano alla risoluzione delle controversie quale scopo primario (o preponderante) dei sistemi di giustizia.

Certo, le garanzie della procedura sono il presupposto della legittimità del processo e, suo tramite, dell'uguaglianza dei cittadini innanzi alla legge. Ma non possono esaurire il ruolo della giurisdizione che, nel verificare la tenuta di un'ipotesi accusatoria a carico dell'imputato, restituisce al popolo – rappresentato dal giudice – una certezza essenziale sulle vicende che pongono al centro la non osservanza della legge penale.

Il giudice di *Rabelais* (Gargantua e Pantagruelle, II, 10) a chiare lettere intima: «Se volete che io esamini questa causa, per prima cosa fatemi bruciare tutta questa cartaccia, e poi fatemi venire davanti, di persona, quei due». La carta, le regole, l'indagine: non sono nulla se prescindono dal confronto con la persona.

L'attenzione ai litiganti, alle parti contrapposte, ai soggetti del processo è sempre la porta di accesso alla verità 'di contesto' del processo di cognizione. L'equità processuale e la discrezionalità di cui il giudice gode diverrebbero, altrimenti, il presupposto per la meccanica applicazione di parametri normativi.

Il valore di garanzia che, in questa prospettiva, assume il – non più granitico – giudicato penale definisce i limiti invalicabili della tutela della persona, che è destinataria attiva del precetto, nella ricerca di un delicato equilibrio che oscilla tra la risocializzazione della persona e la riparazione del torto recato.

## *Iustitia*

### D.1.1.1 *pr. Ulp. 1 inst.*

*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. 1. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*

Chi si dedicherà al diritto deve sapere da dove discenda il nome di ‘*ius*’. Esso è chiamato così da ‘*iustitia*’: infatti, come elegantemente lo definisce Celso, il diritto è l’arte del buono e dell’equo.

1. Di esso correttamente qualcuno si chiama ‘sacerdoti’: e infatti coltiviamo la giustizia e portiamo notizia del buono e dell’equo, separando l’equo dall’iniquo, discernendo il lecito dall’illecito, desiderando rendere gli uomini buoni non solo per paura delle pene, ma anche per l’esortazione che deriva loro dai premi, cercando – se non sbaglio – la filosofia vera, non quella simulata.

Il testo qui riportato è tratto da un’opera del grande giurista del III secolo dopo Cristo Ulpiano, destinata agli studenti esordienti nello studio del diritto: esso, infatti, costituiva probabilmente l’esordio del suo manuale di *Institutiones*, genere letterario didattico fiorito soprattutto in età severiana in concomitanza con l’estensione della cittadinanza romana a seguito della *Constitutio Antoniniana*, l’incremento della richiesta di esperti di diritto da parte dell’amministrazione imperiale e la con-

seguinte diffusione delle scuole giuridiche in varie parti dell'impero.

Tale frammento ulpiano ci è conservato dai *Digesta*, opera in 50 libri emanata nel 533 a Costantinopoli su ordine dell'imperatore Giustiniano, e anche qui ne costituisce il testo d'esordio: il che mostra la primaria importanza che i compilatori, incaricati di redigere la monumentale opera, gli hanno riconosciuto.

Nel passo, Ulpiano dedica parole cariche di *pathos* agli studenti che si stanno per affacciare al mondo del diritto: chi si dedicherà al *ius* – scrive – sappia che esso deriva ed è fondato sulla giustizia, la più grande e comprensiva di tutte le virtù, e ciò perché – secondo l'elegante definizione di Celso – esso è sì un'*ars*, ma un'*ars* che non ha un oggetto specifico e limitato come le altre *artes* (es., la medicina che ha per oggetto la salute del corpo) ma affronta ciò che costituisce il fine ultimo di ogni ricerca, cioè il bene e l'equità. Di quest'*ars* i giuristi sono talvolta detti *sacerdotes* – continua Ulpiano – e giustamente: infatti essi coltivano la giustizia e portano notizia del buono e dell'equo separando l'equo dall'iniquo e il lecito dall'illecito, ansiosi di formare persone buone non tanto per la paura delle pene, quanto per l'incoraggiamento derivato dai premi, e aspirando, se non sbaglio, alla *vera philosophia*, non a quella *simulata*.

Già ad una prima lettura il contenuto del passo porta con sé un messaggio morale che può essere considerato come un precetto universalmente valido. Tuttavia, l'ultima espressione – cioè quella secondo cui i giuristi tendono – *nisi fallor*, aggiunge il giurista polemicamente

– alla *vera philosophia*, non a quella *simulata* – può fornirci qualche spunto per una più completa comprensione del testo.

In primo luogo essa presuppone certamente una risposta polemica di Ulpiano alle provocazioni insite in alcuni scritti di Cicerone, soprattutto nel *De legibus*, dove, sulla scia di Platone, si arrogava il ruolo di pensatore e creatore del *bonum et iustum* al solo filosofo, lasciando al giurista di tradizione romana il ruolo secondario di risolutore dei minimi conflitti che sono soliti insorgere fra le persone per i più banali motivi, come, ad esempio, per uno stillicidio dalla grondaia del vicino (*Leg.* 1, 14). Al contrario, per Ulpiano, sono ora i giuristi gli unici in grado di coltivare ed insegnare l'*ars boni et aequi* e di realizzare nei fatti la giustizia, proprio in quanto, con i Severi, essi sono divenuti primi collaboratori del *princeps* al pari del filosofo-politico di platonica memoria. È dunque ormai prerogativa dei giuristi e delle loro scuole la formazione dei giovani, sia come esperti in un'*ars* di alto livello tecnico come lo *ius*, sia come aspiranti *veri philosophi* capaci di collaborare, secondo l'ideale platonico, con le più alte sfere della politica imperiale nella ricerca e realizzazione, in tutto il mondo di cultura romano-ellenistica, degli ideali di tradizione filosofica del *bonum* ed *aequum* e della *iustitia*.

Ma la contrapposizione fra la *vera* e la *simulata philosophia* si illumina ulteriormente confrontando il frammento ulpiano con le riflessioni di Platone che, com'è noto, costituiscono per secoli uno degli oggetti privilegiati di studio esegetico nelle scuole. Rappresenta, infatti, un Leit-Motiv

dei Dialoghi platonici, in particolare *la Repubblica*, *il Sofista* e *il Politico*, il contrasto fra il vero filosofo, che è anche il solo politico capace di collaborare utilmente col *princeps* illuminato nella *respublica* dei sapienti, e il suo millantatore, cioè il retore-sofista che simula una conoscenza che in realtà non ha ma è comunque in grado di influenzare le folle con la potenza della sua parola persuasiva.

È noto che lo stesso Platone, sin da giovane età, per nobiltà di nascita, tradizione familiare e attitudine, si sentì portato per la vita politica, ma in una famosa Lettera afferma di esservi stato trattenuto dalla profonda corruzione degli uomini di governo, dal loro costume e dalle leggi ingiuste di Atene. Scrive, infatti, nell'Epistola VII, 325 C-326 B: «Fui costretto ad ammettere che solo da essa (la buona filosofia) viene il criterio per discernere il giusto nel suo complesso, sia a livello pubblico, sia privato. I mali, dunque, non avrebbero mai lasciato l'umanità finché una generazione di filosofi veri e sinceri non fosse assurta alle somme cariche dello Stato oppure finché la classe dominante negli Stati, per un qualche intervento divino, non si fosse essa stessa votata alla filosofia». Al contrario la retorica «pretende di persuadere e di convincere tutti su tutto, senza averne alcuna conoscenza. (...) crea "vane persuasioni" e "illusorie credenze"». E la retorica era praticata dai Sofisti che «intendendo essere maestri ed educatori delle nuove generazioni, si presentavano come retori e come "maestri di retorica" e tuttavia erano lontani dal vero perché volutamente davano ai fantasmi del vero le parvenze del vero». I sofisti, dunque, praticano una filosofia simulata

perché usano lo strumento della retorica ma non per giungere a realizzare il bene.

Ecco allora il probabile senso generale della premessa etico-filosofica del manuale ulpiano: il giurista è l'intellettuale eticamente corretto, che non cerca gli agi ma la *iustitia* e questa prima di tutto desidera insegnare ai suoi studenti. La scuola di diritto non è soltanto il viatico per una veloce e brillante carriera ma anche il luogo principe ove imparare la virtù e realizzarla nei fatti, forti anche della posizione assunta dai giuristi ai vertici del potere imperiale.

Si deve dunque concludere che, proprio alle riflessioni platoniche a cui sopra si è accennato, si doveva ricollegare forse Ulpiano, direttamente o attraverso la mediazione di altri autori (es., esponenti del Medioplatonismo) nel testo introduttivo delle sue *Institutiones*: il giurista tende alla *vera philosophia* come il filosofo-politico della *Repubblica* di Platone tende al bene e lo realizza nei fatti. Egli non vuol essere, invece, come il filosofo simulato, che è il retore-sofista, cioè colui che inganna le folle con l'uso sapiente delle parole senza peraltro avere idea del vero bene e del modo di realizzarlo nella città. Si tratta certo di una 'tensione ideale' e di questo Ulpiano è consapevole, così come sa che molti sedicenti giuristi non praticano in realtà l'*ars boni et aequi* ma, come i sofisti, tendono al profitto personale e ingannano, alla luce della loro dialettica, tutti i meno scaltri. Ma questo non significa rinunciare all'ideale, che Ulpiano propone per sé e per i suoi studenti, di realizzare davvero il *bonum et aequum* sia nella realtà quotidiana sia nella politica, come

diretti collaboratori del *princeps* illuminato: nella società giusta prospettata da Platone, infatti, al re filosofo si accostavano consiglieri capaci nell'arte politica, tesa alla realizzazione del buono e dell'equo, cioè la *iustitia*, per i singoli e l'intera collettività. Compito che ora – pare dire Ulpiano ai suoi studenti quando è uno studioso già da tempo al centro del potere imperiale – spetta ai giuristi, artefici del *bonum et aequum*, in un mondo dominato finalmente da una dinastia, come quella dei Severi, che ha loro attribuito la posizione dei più stretti collaboratori del *princeps*. Ciò vale in particolare per Settimio e Alessandro Severo, il quale ultimo, non a caso, secondo l'*Historia Augusta*, si diletta particolarmente nella lettura della *Repubblica* platonica.

La differenza rispetto alla visuale platonica è che con Ulpiano è il *ius*, attraverso i suoi 'sacerdotes', che svolge la funzione che per Platone era propria della politica: realizzare il *bonum et aequum* nella *civitas*, distinguere il giusto dall'ingiusto e l'equo dall'iniquo, formare uomini buoni in un'ottica di premialità e non di timore delle pene. E ciò sia nel campo del diritto pubblico, che comprende i *sacra*, i *sacerdotia*, le magistrature, sia nel campo del diritto privato, attraverso la ricerca delle soluzioni vere ed utili per i singoli cittadini.



# Persona

## *Persona e diritto*

1. Tra filosofia e diritto: la ‘persona’ come categoria complessa

La pregnanza teorico-giuridica sottesa alla nozione di ‘persona’ va colta sondandone il complesso orizzonte concettuale. Solo così è possibile apprezzare il senso della dimensione personalista, con riguardo anche allo spazio da essa rivestito nella tradizione dell’Università Cattolica e nell’elaborazione della Facoltà di Giurisprudenza.

Da questa prospettiva, versante filosofico e proiezione giuridica si pongono in continuità concettuale. Pur segnando percorsi distinti, il profilo speculativo si è sempre intrecciato con la sfera giuridica (segnatamente in chiave ordinamentale), mettendo in luce la ricchezza della cifra personalista attestata, altresì, dalla sua odierna benché contraddittoria ripresa in chiave filosofico-giuridica.

In tal senso emergono due tendenze. Per un verso la categoria ‘persona’ appare vieppiù sfocata. Orientamenti eterogenei (dal naturalismo al funzionalismo passando per pragmatismo e neuroscienze), colti nella loro specifica proiezione giuridica, hanno contribuito a destruttura-

re l'istanza personalista. Secondo un gioco di fraintendimenti, quest'ultima sembra confondersi con altre nozioni apparentemente analoghe ('uomo', 'individuo', 'cittadino'), legittimando un parallelo processo di destrutturazione dell'assetto ordinamentale.

Dall'altro si registra un'istanza di recupero del riferimento personalista. Ambiti diversi (economia, tecnologia, medicina, bioetica, questioni legate al *climate change*) sono variamente attraversati dall'evocazione della persona, riguardata come paradigma teorico in ordine all'elaborazione di modelli sociali e *policies* criticamente avvertiti.

Questi richiami rapsodici mettono già in luce almeno due profili.

In primo luogo l'*ineludibilità del riferimento alla persona*, il cui orizzonte semantico la rende incommensurabile ad altre qualificazioni antropologico-giuridiche. Emerge, inoltre, la *duttilità* della categoria 'persona' che, lungi dall'essere un arnese stantio, mostra potenzialità ancora inesprese.

La cifra personalista si configura, in definitiva, come un costrutto articolato e meritevole di un'analisi più ravvicinata che ne colga il nesso con la sfera giuridica.

## 2. Paradigmi personologici

In questa linea occorre evocare i tratti essenziali di alcuni paradigmi personologici della tradizione occidentale che, non casualmente, sono andati saldandosi dialetticamente con il piano giuridico (segnatamente l'orizzonte comunitario).

La matrice originaria della figura della ‘persona’ va reperita nella tradizione cristiana.

Al suo interno il ripensamento dell’immagine greca di *proson* favorisce il maturare dell’idea di ‘persona’ come singolarità irripetibile e costitutivamente *in relazione*. Radicata nel riferimento teologico (il Dio-persona elaborato da Agostino), essa segna una direttrice ineludibile dello sviluppo dell’antropologia occidentale cui contribuiscono decisamente Boezio e Tommaso d’Aquino (per l’Aquinata, ancora prezioso il contributo di Francesco Olgiati).

Riflessione che rifluisce nella polarità ‘comunità (*koinonia*)-istituzione’ in cui, sin dal protocristianesimo, si condensa la griglia teorica sottesa all’elaborazione del modello ecclesiale. La transizione dall’immediata relazionalità comunione delle comunità originarie alla Chiesa-istituzione comporta l’istituzionalizzazione della *communitas* che diventa l’articolazione, talora contraddittoria, della ‘singolarità’ anche in rapporto all’orizzonte personalista.

Rispetto a tale parabola concettuale, la vicenda moderna fa segnare tratti di continuità e discontinuità.

Se dal Seicento sino a Kant il riferimento alla categoria ‘persona’ rimane costante, confermandosi paradigma critico irrinunciabile, tuttavia la modernità fa segnare una torsione teorica in chiave di ‘artificializzazione’ ascrivibile alla linea Hobbes-Kelsen. L’idea hobbesiana di Stato-Leviatano come «persona artificiale» (*artificial Man*), fondata sull’idea di *artificial person* e con la subordinazione dei corpi intermedi (*systemata subordinata*), costituisce

l'antecedente logico della riduzione kelseniana della persona a mera *fictio* nel quadro della sua *Reine Rechtslehre* d'impronta normativistico-positivistica elaborata dal giurista praghese.

I destini novecenteschi confermano la problematicità dei nessi abbozzati.

La ripresa dell'orizzonte personalista (paradigmaticamente nel 'personalismo' francese con Emmanuel Mounier e Jacques Maritain) marca uno snodo cruciale del secolo scorso, talora intrecciandosi ambigualmente con il versante politico-istituzionale (ancora una volta in chiave comunitaria, come nei totalitarismi).

Differenti gli scenari della seconda metà del Novecento, ove le menzionate oscillazioni della categoria 'persona' hanno come significativo *pendant* la progressiva frammentazione della prospettiva giuridico-ordinamentale. Di qui la ridiscussione della sfera comunitaria: dalla 'comunità inoperosa' di Jean-Luc Nancy alla virtualizzazione tecnologica del *Typus* comunitario in chiave reticolare (*Web community*) sino alle suggestioni à la George Bataille.

### 3. Qualche distinzione lessico-categoriale

Le coordinate appena abbozzate mostrano l'intrinseca complessità della nozione di 'persona'. Profili che risaltano ulteriormente ove si colga una sorta di confusione-sovrapposizione di categorie che segna il quadro teorico e le prassi normative odierni, secondo un'assimilazione *naive* tra 'persona' e nozioni apparentemente equivalenti.

Occorre, invece, operare alcune distinzioni lessico-categoriali. Per stare all'ambito europeo, è paradigmatica l'impostazione presente nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali (o Carta di Nizza) ove si tematizza la sfera personalista in rapporto alla 'dignità'.

Nel primo documento il concetto di 'persona', evocato nell'art. 1 e ripreso nel prot. n. 12, appare semanticamente opaco identificandosi *de facto* con quello di 'individuo', risultando quindi funzionale a istituire uno spazio logico che legittima l'estrinsecazione della mera autonomia individuale.

Analogo lo schema della Carta dei diritti fondamentali, ove le articolazioni della dignità umana (protetta dallo *status* di inviolabilità) si configurano come 'diritti della persona' in uno schema ove 'persona' tende a sovrapporsi a 'individuo' (ad esempio, art. 3).

Tale slittamento semantico non è frutto solo di approssimazione linguistico-lessicale ma riveste due significati.

Esso segnala l'appannarsi della specifica cifra concettuale sottesa all'istanza personalista e della sua proiezione costitutivamente relazionale o *lato sensu* comunitaria. Inoltre emerge la natura strumentale e corrvamente accreditante che talora connota il ricorso alla categoria 'persona': profilo tanto più nitido se colto, come poc'anzi suggerito, nella saldatura tra orizzonte personalista e sfera della 'dignità'.

Da questa prospettiva è fondamentale il richiamo all'orizzonte costituzionale.

Nel tornante epocale della metà del Novecento, segnato dalla tragedia bellica, per buona parte del costitu-

zionalismo europeo l'istanza personalista diventa il paradigma delle Carte fondamentali. In continuità con altre qualificazioni antropologiche, ma distinguendosi da esse, l'idea di persona permea i dispositivi costituzionali come attestano esemplarmente la Costituzione italiana e quella tedesca accomunate da una matrice analoga.

Della prima, elaborata anche nel solco della riflessione maturata all'interno dell'Università Cattolica, l'idea di persona costituisce la *cifra* ideale (si pensi alla rivisitazione offertane da Giuseppe Capograssi). Distinguendosi dalle categorie di 'individuo' e 'cittadino', l'orizzonte personalista innerva l'ordito costituzionale e, mediato dal riferimento alla dimensione solidaristico-comunitaria, plasma altresì l'impianto ordinamentale. Similmente avviene nella *Grundgesetz* ove, a partire dall'articolo 2, la sfera personalista assume a un ruolo cruciale marcando, unitamente alla dignità (*Würde*: art. 1), la stella polare del nuovo Stato tedesco.

Due paradigmi di un nuovo modello di 'socialità', come volano dell'implementazione dell'assetto europeo post-bellico e in cui il riferimento personalista è imprescindibile.

#### 4. Prospettive: la diade persona-ordinamento

Rilevanza, persistenza e complessità della *cifra* personalista segnano le coordinate per un suo ripensamento rielaborando la 'tradizione' e, al contempo, aprendosi al futuro.

Da un lato occorre attingere al *sensu* del *depositum* personalista. È infatti a tale *depositum*, maturato an-

che con il decisivo contributo offerto dall'Università Cattolica, che può alimentarsi la ripresa della categoria 'persona' in rapporto all'odierno dibattito giuridico.

In questa direzione l'itinerario speculativo di Luigi Mengoni, imperniato sulla diade persona-ordinamento, rappresenta un lascito particolarmente prezioso. In tale diade per molti versi si sintetizza la portata culturale, ancor prima che accademica, della riflessione teorico-giuridica sviluppatasi all'interno dell'Università Cattolica e poi rifluita nell'arena sociale. Il saldo riferimento mengoniano al dettato sistematico-costituzionale legato alla 'persona' e inclusivo della sfera comunitaria, in termini di 'formazioni sociali', si coniuga con l'attenzione del giurista trentino per un modello di diritto come dimensione ordinamentale costituzionalmente radicata (con la dogmatica a fungere da griglia teorica in grado di interpretare plasticamente le mutazioni sociali).

Al contempo il ripensamento dell'idea di 'persona' si proietta sugli scenari futuri.

Sfida ambientale, rivoluzione tecnologica, bioetica e squilibri economico-sociali costituiscono solo alcuni degli ambiti ove si misurerà la tenuta *filosofica* e *teorico-giuridica* del riferimento personalista, postulando la rimeditazione delle forme politico-istituzionali in cui esso si è storicamente identificato. Sfide per le quali la tradizione filosofico-giuridica personalista, nutrita dall'apporto decisivo maturato nell'ambito dell'Università Cattolica, offre strumenti e categorie irrinunciabili.

A ben vedere ne va del senso del vivere associato.

## *Persona e ordinamento giuridico, persona e fragilità*

### 1. Persona e ordinamento giuridico

La persona è la pietra angolare dell'ordinamento giuridico che la assume sia come valore per sé sia come valore per gli altri. È il cuore nuovo del costituzionalismo del dopo Auschwitz: un «no» alle mortificazioni della persona e della sua dignità sperimentate tragicamente durante i totalitarismi e un «sì» a una ricollocazione su basi etiche del diritto, ossia direttamente sulla persona dell'uomo.

Lo spartiacque che ne risulta rende l'idea della densità dei cento anni trascorsi dalla nascita dell'Università Cattolica e delle concezioni del diritto con cui la Facoltà di Giurisprudenza si è dovuta misurare. Nata durante un'epoca rigidamente positivista in cui *auctoritas facit legem* fino al punto che una legge tristemente famosa giunse persino a discriminare e umiliare le persone per il solo fatto della loro appartenenza a una razza, è poi rinata nella stagione del *postpositivismo* che la Costituzione repubblicana ha introdotto mediante la rifondazione personalista. Quest'ultima, infatti, significa ben più della sostituzione di una regola con un'altra. Centrandosi sulla persona, il diritto non si accontenta della mera legittimazione formale delle leggi, quale che ne possa essere il contenuto, ma richiede una loro giustificazione sostanziale fondata sui valori dell'uomo.

La centralità finalmente riconosciuta alla persona non solo erge un argine nei confronti della cosiddetta tirannia della maggioranza, le cui iniziative legislative sono poste sotto lo scrutinio della Costituzione, ma porta con sé an-

che un potenziale dinamico dell'ordinamento in funzione di un possibile sviluppo della persona umana e di un più generale avanzamento di civiltà. In pari tempo, però, la complessità della persona reca nella postmodernità tutto il suo carico problematico, etico e antropologico; e il pluralismo può rivelarsi persino destabilizzante.

Il passaggio da un diritto a una sola dimensione a un diritto aperto ai valori implica perciò una svolta anche nei modi di operare del giurista. Anzitutto, il riferimento ai valori ha tolto il velo di ipocrisia ad una rappresentazione del fenomeno giuridico che si pretenda tutta e soltanto logica, una mera deduzione di giudizi da regole generali e astratte che può anche apparire rassicurante, nel senso della certezza e stabilità del diritto, ma che trascura o cela le particolarità dei casi concreti e la novità dei problemi che si presentano. In altre parole, il personalismo giuridico svela il riduzionismo del metodo puramente positivisticò che tende ad occultare le valutazioni operanti nella penombra delle più importanti applicazioni giuridiche. Conquistata questa trasparenza, la scienza giuridica deve dunque affrontare un nuovo capitolo del discorso sul suo metodo affinché l'ingresso dei valori non trasfiguri il diritto in ideologia. In sintesi, occorrono criteri di traduzione che permettano di integrare sistematicamente le soluzioni ispirate ai valori e garantiscano la possibilità di un controllo razionale.

## 2. Persona e fragilità

La dignità umana non è solo un dispositivo contro la banalità del male (una solidarietà contro il negativo), ma anche

ragione di bene, ossia di un intervento di solidarietà positiva a favore dei più svantaggiati (art. 3 Cost.). La fragilità umana si rivela pertanto la cifra fondamentale della presa in carico della persona che l'ordinamento giuridico assume a ragione di sé medesimo, quale diritto orientato alla cura della persona fragile in cui si può cogliere anche il riflesso di uno sguardo femminile, *pendant* del ruolo inedito guadagnato dalla donna nella società contemporanea.

Invero, la fragilità tocca anche la dimensione prima delle relazioni umane, la famiglia, nella quale la solidarietà può persino sembrare naturale, tanto che già nell'etimologia del matrimonio, *matris munus*, si riflette quella solidarietà archetipica a beneficio dei figli. La denatalità che si registra negli ultimi decenni è indice indiscutibile anche di un grave malessere sociale oltre che di un'impostazione culturale insensibile al fatto che l'organizzazione socio-economica contemporanea scarica costi enormi sulla famiglia. Va da sé che la *gravissima obligatio* genitoriale, che peraltro nel Novecento si è finalmente affrancata dalla concezione patriarcale, abbisogna di un contesto favorevole sia alla pazienza del padre misericordioso sia alla possibilità di rivolgere in modo credibile parole di speranza come *talita kum*, di apertura al nascere e al rinascere.

Dopo la famiglia, sempre tra i rapporti *etico-sociali*, la Costituzione colloca significativamente la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, garantendo cure gratuite alle persone indigenti. Di nuovo una solidarietà nella fragilità che la pandemia Covid-19 ci ha tristemente ricordato, restituendo tragica concretezza al principio affermato anche

dalla Corte costituzionale, secondo cui le esigenze della finanza pubblica non possono assumere un peso tale da comprimere «un nucleo irriducibile del diritto alla salute». La scarsità delle risorse, del resto, non è sempre conseguenza di una fatalità, ma anche spesso di decisioni generali e comportamenti poco solidali.

Quello stesso «nucleo irriducibile» della tutela della salute permette al nostro Paese una risposta nobile al problema epocale dell'immigrazione, estendendola, secondo la Corte costituzionale, «anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato».

### 3. Corpo umano e coscienza

La potenzialità del postpositivismo giuridico di matrice personalista è funzione della stessa incommensurabilità della persona aperta a significati e attribuzioni che si svelano e si rivelano nella storia, a mano a mano che l'uomo fronteggia nuove sfide e nuovi problemi. Il rischio è invece quello dei riduzionismi antropologici che appaiono il più delle volte sotto la maschera di assolutizzazioni di valori in grado di tiranneggiarne altri in collisione con i primi. Un esito paradossale di tale atteggiamento è appiattare la visione dell'uomo su un'unica dimensione.

Circa la dimensione fisica, la pervasività senza precedenti della tecnica e delle sue applicazioni richiede urgentemente un allargamento della stessa istanza ecologica, abbinando al rispetto dell'ambiente il rispetto della persona fisica dell'uomo. Infatti, la tecnica non è solo domi-

nio dell'uomo sulle cose ma si dirige sempre di più anche sull'uomo stesso. Si pensi alle biotecnologie in ambito procreativo o alle neuroscienze: le une in grado di oggettivare, reificare l'inizio della vita umana, sottoponendolo a selezioni e ad arbitri che ripresentano sotto mentite spoglie quella soggezione patriarcale e proprietaria da cui ci sembrava d'aver preso definitivamente le mosse; le altre propongono un progetto di *human enhancement* che, alterando funzioni o modificando equilibri, possono riflettersi persino sulla comprensione della natura umana. Pure le funzioni educative sono in una qualche misura a rischio se, come avverte il *Messaggio del Santo Padre Francesco per il lancio del Patto Educativo*, «l'educazione si scontra con la cosiddetta *rapidación*, che imprigiona l'esistenza nel vortice della velocità tecnologica e digitale, cambiando continuamente i punti di riferimento. In questo contesto, l'identità stessa perde consistenza e la struttura psicologica si disintegra di fronte a un mutamento incessante che “contrasta con la naturale lentezza dell'evoluzione biologica”».

Il pericolo è che letture riduttive della persona umana, segnate da un progressivo annullamento della dignità umana nel mito di una autodeterminazione autocentrata e irrelata, ci consegnino uno scenario spersonalizzante. Di fronte a certi sconfinamenti si invoca giustamente l'obiezione di coscienza per non lacerare la coscienza tra obbedienza alle leggi e a quegli stessi valori della persona su cui l'ordinamento si regge. Invero, come la storia ha mostrato in ogni suo più impegnativo tornante, una coscienza viva non è solo un bene individuale, ma un valore per tutti: *cum-scientia*, del resto, è termine già in sé aperto alla relazione. La tutela del-

la persona abbisogna pertanto di una tutela della coscienza e prima ancora dei luoghi e dei tempi in cui ogni uomo possa prendersi cura della propria coscienza. Ciò significa accogliere un diritto nuovo della persona adatto ai tempi presenti, che includa il diritto di spezzare la continuità del tempo affannato per ricreare lo spirito. Profeticamente, la Costituzione ha riconosciuto come unico diritto irrinunciabile proprio quello al riposo settimanale. È una metafora di un'esigenza generale della quale tra i primi interpreti potrebbe essere proprio l'istituzione universitaria dove la riflessione distaccata e aperta alle scienze dello spirito dovrebbe essere elevata a sua cifra e stile. L'apertura personalista dell'ordinamento giuridico dovrebbe anche scongiurare o ridurre quella aporia secondo la quale – come è stato detto – «lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non è in grado di garantire. Questo è il grande rischio che esso si è assunto per amore della libertà». Infatti, rispetto allo stato meramente liberale, lo stato personalista può affrontare un simile rischio con qualche strumento in più e impedire che l'amore della libertà degradi ad amore di un individualismo tanto autoreferenziale da spegnere le coscienze, e con esse la tensione fra ciò che vale solo perché è scelto e ciò che è scelto perché vale.

Se l'uomo è posto alla base dell'ordinamento giuridico, e lo è come persona, il diritto lo dovrà tutelare senza mortificare i suoi «due in uno»: il corpo e lo spirito, la sua relazionalità interiore unica e irripetibile e la sua apertura relazionale verso gli altri e il mondo. Il diritto è sempre in costruzione, cercando faticosamente la proporzione e l'equilibrio, non solo nel senso dantesco della *realis ac personalis homi-*

*nis ad hominem proportio*, ma altresì nelle opposizioni polari di libertà e solidarietà, autonomia e responsabilità, etica e tecnica, ragione e fede, secondo una concezione aperta della laicità. Anche la fede impara dalla ragione come la ragione può imparare dalla fede. La dignità umana cui si ispira la *Menschenwürde* del primo articolo della Costituzione tedesca e che dà fondamento ai diritti inviolabili dell'uomo è il riflesso dell'*imago Dei* che la Bibbia ha offerto alla cultura generale e che dal rinascimento, attraverso l'illuminismo kantiano, ha eliminato i *gradus dignitatis* universalizzando la dignità a beneficio dell'essere umano in quanto tale. Per poter rivolgersi a tutti, da Grozio in poi la cultura europea ha appreso l'arte di tenere un rispettoso riserbo su questa radice profonda della dignità dell'uomo («*etiamsi daremus... non esse Deus...*»), ma tale riserbo non deve scadere nella censura. In un certo senso, preservare la libertà e il tempo per uno sguardo aperto all'infinito significa tutelare lo stesso fondamento del diritto.

## *Persona e fratellanza universale*

### 1. La persona, oltre gli Stati

«Riconoscendo la dignità di ogni persona umana, possiamo far rinascere tra tutti un'aspirazione mondiale alla fraternità». Così papa Francesco (*Fratelli tutti*, 8), che delinea la sfida di fondo per il futuro dell'umanità: futuro il quale dipende dal superamento delle dinamiche, non più sostenibili, di rivalità e di conflitto.

Esse sono state causa di sofferenze e morti innumerevoli, come accade tuttora, con una «terza guerra mondiale a pezzi» (25). Ma, dopo Hiroshima, il rischio è quello della distruzione totale.

A simili dinamiche sono riconducibili pure il degrado ambientale e molti ostacoli a un contrasto efficiente della pandemia Covid-19: «La violenza che c'è nel cuore umano si manifesta anche nei sintomi di malattia che avvertiamo nel suolo, nell'acqua, nell'aria, negli esseri viventi» (Francesco, *Laudato si'*, 2).

Mai come oggi, dunque, l'utopia della pace risulta di attualità: «Perché la pace reale e duratura è possibile solo a partire da un'etica globale di solidarietà e cooperazione al servizio di un futuro modellato dall'interdipendenza e dalla corresponsabilità nell'intera famiglia umana» (*Fratelli tutti*, 127).

Una prospettiva alquanto stimolante per una comunità accademica che, dopo cento anni, intende rimanere all'altezza della sua vocazione all'universalità, vale a dire alla *cattolicità*.

Si tratta di tradurre, a livello planetario, la nozione stessa di democrazia: affinché la persona, e non il conflitto fra aggregazioni impersonali, rappresenti il fulcro di una riprogettazione dei rapporti nella comunità umana.

## 2. Persona, democrazia, «cultura dello scarto»

È un impegno, del resto, sollecitato dalla nostra Costituzione. I diritti inviolabili sono pertinenti alla persona, così che la legge non li istituisce, ma li *riconosce*

(art. 2): dal che si evince come la persona non sia concepita *servente* (e quindi sacrificabile) a qualsivoglia entità che le risulti sovraordinata, e come le istituzioni pubbliche, compresi gli Stati, siano da concepirsi, piuttosto, al suo servizio.

In un senso proattivo. «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana»: sul presupposto della pari dignità, «senza distinzione di condizioni personali e sociali», tra tutti gli esseri umani (art. 3). Secondo una sintonia, che colpisce, con papa Francesco: «Come comunità siamo tenuti a garantire che ogni persona viva con dignità e abbia opportunità adeguate al suo sviluppo integrale» (*Fratelli tutti*, 118).

«Nessun Paese può negare tale diritto fondamentale. Ognuno lo possiede, anche se è poco efficiente, anche se è nato o cresciuto con delle limitazioni; infatti ciò non sminuisce la sua immensa dignità come persona umana, *che non si fonda sulle circostanze*, bensì sul valore del suo essere. Quando questo principio elementare non è salvaguardato, non c'è futuro né per la fraternità né per la sopravvivenza dell'umanità» (*ibidem*, 107).

Se ne deduce il ruolo stesso che compete al rispetto della vita umana, in quanto elemento fondante della democrazia: con riguardo ai temi della dottrina sociale come pure a quelli, che ne sono parte, della bioetica. Posto che, ove non ci si curi della dignità di ciascuna vita umana, si finisce per attribuire rilievo a profili solo *contingenti* dell'esistere di un dato individuo.

Si finisce, cioè, per lasciare spazio all'indifferenza

verso chi si accetta che *conti di meno*: «Abbiamo dato inizio alla cultura dello “scarto” che, addirittura, viene promossa» (Francesco, *Evangelium gaudium*, 53). Se c'è una *missio*, pertanto, ineludibile delle istituzioni culturali, è quella di adoperarsi per invertire una tale tendenza.

### 3. Persona e criteri dell'agire 'giusto'

Tutto ciò orienta a un modello della giustizia molto diverso dalla visione corrente: quello per cui *giusto* è chi agisce, in qualsiasi situazione, conformemente alla dignità di ogni *altro*, non chi opera in termini di reciprocità rispetto al giudizio che si dia di un *altro*.

Orienta, dunque, a sovvertire l'idea arcaica secondo la quale, giudicato l'*altro* negativamente (per una sua colpa – ma chi è senza colpa? – o ritenendolo di ostacolo a qualche interesse), sarebbe giusto agire per il suo danno, per vincerlo, estrometterlo o annientarlo.

Un'idea cui corrisponde la logica della guerra, dei campi di sterminio, dei gulag, dei genocidi. E di tutte le contrapposizioni che creano inimicizia, incomunicabilità, dolore. Ma «Dio non ha creato gli uomini per essere uccisi o per scontrarsi tra di loro» (Francesco e Grande Iman Ahmad Al-Tayyeb, *Fratellanza umana*).

Eppure, da secoli si teorizza il conflitto come dinamica naturale dei rapporti umani, con la conseguenza *inevitabile* di vincitori e sconfitti.

Cercare di *andare oltre* è intento degno del contributo di un Ateneo il cui nome rimanda a quello tra i titoli del Signore più evocativo del Suo amore per l'umanità.

4. Lo udite il mormorio di un vento leggero (1Re 19,12)?

E allora perché non unire temerarietà e concretezza ipotizzando (*a dream...*), da una sede universitaria, che le persone del mondo possano esprimersi, insieme, così...?

*Ci rivolgiamo ai governanti dei nostri Stati senza alcun'altra qualificazione se non quella di essere abitanti del nostro pianeta. E lo facciamo con grande stima per la loro alta responsabilità e per il ruolo che svolgono gli Stati in cui viviamo ai fini di un'organizzazione secondo giustizia, al loro interno e nell'ambito internazionale, dei rapporti sociali ed economici.*

*Noi constatiamo come, da tempo immemorabile, si sia affermata una visione conflittuale delle relazioni interpersonali o tra gruppi sociali, che ha visto il suo superamento, per molti aspetti, nell'ambito di comunità politiche circoscritte sul piano territoriale oppure omogenee per ragioni storiche o culturali, ma che ha trovato maggiore difficoltà a essere abbandonata in una prospettiva più generale.*

*Ciò ha condotto, sovente, a reputare realizzata la felicità propria, o del gruppo di cui siamo parte, in termini di prevalenza su altre realtà esistenziali o sociali. Ma ha condotto anche a considerare normale l'agire in termini ostili verso tali realtà quando si ritenga che esse assumano caratteristiche concorrenziali rispetto agli interessi del proprio gruppo. Fino a pensare che l'esistenza stessa di realtà parallele (diversi Stati, diverse culture, diverse lingue, e così via) implichi necessariamente la contrapposizione, fino agli esiti più tragici.*

*In effetti, la visione secondo cui, una volta valutata in modo negativo la condotta (e talora l'esistenza stessa) di*

*una persona o di un insieme di persone, ciò giustificherebbe l'agire negativo nei suoi confronti, è stata all'origine di molte inimicizie sul piano interpersonale, ma anche delle guerre e degli stessi genocidi.*

*In particolare, il prodursi delle guerre molto raramente è stato voluto dai popoli coinvolti, ma ha costituito l'esito drammatico di un modo d'intendere i rapporti tra i popoli e tra gli Stati, che deve superarsi, fondato sull'antagonismo. Anche perché da ciò dipende il futuro stesso dell'umanità, la quale dispone, dopo Hiroshima, degli strumenti in grado di produrre la distruzione stessa della vita sulla terra.*

*Per questo noi, nel momento stesso in cui ci sentiamo custodi del patrimonio di ricchezze culturali dei nostri popoli e rimaniamo consapevoli dei molti problemi da risolvere per la promozione dei diritti fondamentali di ogni essere umano nel mondo, affermiamo di sentirci parte, innanzitutto, della comunità umana e di non aspirare, nei rapporti di rilievo sovranazionale, a forme di supremazia dello Stato di cui siamo cittadini o di qualsiasi altra aggregazione di cui siamo membri.*

*Del pari, auspichiamo che i problemi e le ingiustizie inevitabilmente riscontrabili nei diversi contesti planetari siano affrontati non già secondo modalità ritorsive, bensì secondo modalità rivolte a rendere nuovamente giusti i rapporti tra tutte le parti coinvolte: limitando l'uso della forza a situazioni di effettiva difesa legittima, cioè concernenti condotte di aggressione in atto.*

*Ai medesimi fini, ci appaiono significative forme di impegno emerse pacificamente in questi anni soprattutto tra i più giovani, oltre ogni confine, intorno a temi di interesse*

*globale, come quelli relativi alla tutela dell'ambiente, ai flussi migratori o al disarmo: temi che risultano cruciali affinché le nuove generazioni possano sperare in un avvenire sicuro.*

*In quanto persone che comunicano tra di loro, viaggiano, studiano senza barriere dipendenti dagli Stati o dai diversi percorsi culturali, non ci riconosciamo più, dunque, in logiche di competizione che mirino alla vittoria di uno Stato (o di qualsiasi agglomerato di interessi) sull'altro, e che ritengano di perseguire in tal modo il bene delle persone che ne facciano parte, ma desideriamo l'affermarsi per tutti, nel mondo, dei valori di solidarietà che hanno contribuito al progresso interno di molti ordinamenti giuridici statuali.*

*Siamo infatti convinti che debbano ormai giudicarsi inaccettabili, ovunque ciò accada, condizioni le quali condannano tuttora moltissime persone alla povertà, all'impossibilità di una tutela efficace della salute, alla sofferenza o all'insicurezza derivanti dai conflitti armati in corso o possibili, oppure a subire gli effetti, non dominabili dai più deboli, delle crisi finanziarie o delle guerre commerciali. Né possiamo dimenticare quanti bambini, ancor oggi, muoiano nella prima fase della loro vita per la mancanza di risorse che risultano del tutto ordinarie nei Paesi economicamente più sviluppati.*

*Ci diciamo disposti, pertanto, ad accettare i sacrifici necessari per far sì che una nuova fratellanza universale sia possibile. È tempo, ormai, di realizzare in concreto il principio fondamentale delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo secondo cui ogni individuo umano vale per la sua stessa vita, quali che siano le sue condizioni e quale che sia il contesto, nel mondo, in cui si svolga la sua esistenza.*

## *La persona che lavora tra libertà e solidarietà*

### 1. Le origini del Diritto del lavoro: legge e autonomia collettiva

Il Diritto del lavoro nasce, secondo una colorita immagine di un noto studioso, da una sorta di *bricolage* e cioè mettendo insieme materiali diversi per provenienza e per grado di normatività, fusi insieme dalla breve ma intensa esperienza di una giurisprudenza creata *ad hoc*, attraverso l'istituzione della magistratura dei probiviri, avvenuta con una legge del 1893. La stessa natura contrattuale del rapporto di lavoro, per quanto pacificamente affermata in relazione agli atti collettivi che determinano paga ed orario, viene invece messa in dubbio in relazione al rapporto individuale, ritenendosi che la forma dello scambio sinallagmatico, propria del diritto delle cose (ed *in primis* della vendita), sia inidonea a rappresentare la sostanza economica della relazione giuridica, in quanto celerebbe in forme apparentemente paritarie il radicale squilibrio di potere contrattuale che connota il mercato del lavoro.

Solo che l'esigenza di una speciale tutela per il lavoratore, oramai condivisa da fasce sempre maggiori della popolazione, fa fatica a trovare concretizzazione, poiché si prospettano almeno due differenti opzioni. In primo luogo, in una fase iniziale (ma non solo), si fa avanti lo strumento dell'autotutela collettiva per eccellenza, quando i lavoratori scoprono che coalizzandosi e minacciando l'astensione dal lavoro riescono a presentarsi come un solo soggetto, capace di contrattare alla pari con il datore e di giungere alla sottoscrizione di un accordo (che per

l'appunto si dice collettivo, per distinguerlo da quello individuale che lega le singole parti).

In un secondo momento, quando il movimento sindacale avrà raggiunto la possibilità di esprimere una rappresentanza politica, grazie alla progressiva estensione del suffragio, ecco che, accanto all'azione collettiva, si viene a collocare la norma di legge, idonea a restringere l'area della negoziazione delle parti individuali, mediante disposizioni imperative, suscettibili però di essere migliorate, ma solo a vantaggio del lavoratore (e si delinea così il principio dell'inderogabilità relativa o *in peius*, che vale a distinguere il Diritto del lavoro dal Diritto civile).

## 2. La scelta della tutela nel contratto

Se quello descritto al paragrafo che precede è il profilo generale dell'evoluzione oramai più che secolare del Diritto del lavoro, in questo panorama un ruolo centrale si deve riconoscere ai docenti che si sono succeduti sulla cattedra della Facoltà milanese di Giurisprudenza a partire dal 1924 e che hanno lasciato tutti un'impronta rilevante nella storia del Diritto del lavoro, sempre valorizzandone, seppure con approcci e interessi diversi, l'intima vocazione alla definizione consensuale delle norme, sia che si trattasse di indagare la struttura del rapporto bilaterale sia che invece ci si dovesse far carico di collocare lo stesso fenomeno collettivo nell'ambito delle più ampie coordinate dell'organizzazione sociale del XX secolo.

Si è riuscito così ad intessere un dialogo fecondo sia con chi collocava la materia nel solco del pluralismo istituzionale di matrice cattolica, che trova nella tutela della persona

umana il suo baricentro, sia con chi invece, pur adottando le categorie del materialismo storico di stampo marxista, accettava il patto posto a fondamento della Costituzione del 1947 come l'inizio di un'epoca nuova, nella quale adattare le antiche categorie civilistiche alle esigenze di protezione dei singoli e delle collettività, che derivano dal ruolo promozionale che spetta alla Repubblica, secondo l'impegnativa formula dell'art. 3 della Costituzione.

All'opzione di ricostruire il rapporto di lavoro secondo le antiche categorie dogmatiche del diritto civile, esaltandone la genesi contrattuale, avanzata da un giovane Lodovico Barassi ben prima del suo trasferimento in Cattolica, e poi universalmente accettata nella legislazione di tutt'Europa a seguito dell'affermarsi della nozione di subordinazione tecnico-giuridica (di cui all'attuale art. 2094 c.c.), viene poi ad affiancarsi il magistero di un altro giovane civilista, Luigi Mengoni, dirottato sulla cattedra di 'lavoro' in attesa che maturassero tempi migliori per la sua carriera accademica, ma sempre attento a verificare, alla luce delle esigenze sociali, i concetti che andava affinando sul terreno del diritto delle obbligazioni, nella consapevolezza che il livello di astrazione delle regole enunziate dal Titolo I del libro IV del Codice civile richiedesse poi una costante verifica *in corpore vivo*.

3. Statuto dei lavoratori, concertazione, partecipazione: un viaggio incompiuto

Il sopraggiungere della stagione antagonista del '68, che attraversa e permea tutti gli strati della società italiana e

dei Paesi occidentali, investe direttamente anche il mondo del lavoro, rinnovandolo profondamente mediante previsioni che prendono a riferimento l'esperienza del *New Deal* d'oltreoceano, più che i modelli dei vicini Paesi europei. Lo Statuto dei lavoratori riconosce un ruolo centrale al sindacato confederale all'interno della fabbrica e garantisce al lavoratore ingiustamente licenziato la reintegrazione nel posto di lavoro: con questo pilastro dell'ordinamento giuslavoristico, che ha da poco festeggiato i 50 anni, il processo di democratizzazione del potere direttivo dell'imprenditore ha raggiunto il risultato tangibile di dare effettività a quel Diritto al lavoro su cui poggia l'intero ordinamento repubblicano (in forza della felice espressione di sintesi dell'art. 1 della Costituzione, che pure si deve ad un padre 'nobile', non solo dell'Ateneo, ma della stessa storia repubblicana).

Il varo dello Statuto dei lavoratori segna probabilmente anche il momento più felice del Diritto del lavoro, che raggiunge l'apogeo delle tutele della persona lavoratrice mediante l'utilizzo generalizzato della norma inderogabile di legge e contratto collettivo. Nei decenni successivi, contraddistinti da crisi economiche e precarie riprese, il legislatore affida alle parti sociali il compito di smussare le rigidità delle protezioni culminate con lo Statuto. All'inizio degli anni '90, di fronte alla sfida epocale dell'adesione alla moneta unica europea, un nuovo strumento si aggiunge al nutrito arsenale con cui il Diritto del lavoro affronta i problemi della contemporaneità: la concertazione sociale, già conosciuta in altre evolute esperienze continentali. E ancora una volta gli studi di Diritto del

lavoro della Facoltà sono in prima fila nel cogliere questa dirompente innovazione del sistema di relazioni industriali: grazie alla sensibilità e alle doti dei giuslavoristi attivi in quegli anni nel nostro Ateneo, il cui sguardo è aperto alla comparazione e al confronto interdisciplinare con altre scienze sociali, vengono valorizzate le potenzialità della contrattazione collettiva di svilupparsi in senso partecipativo, sia a livello macro che micro, prefigurando vie di attuazione del progetto costituzionale insito nell'art. 46 della Costituzione ancora oggi rimaste purtroppo inesplorate dal legislatore.

#### 4. Flessibilità e/o sicurezza: il dilemma della contemporaneità

All'inizio del nuovo millennio, la forte accelerazione dei processi di globalizzazione mette in evidenza i limiti di una tecnica di protezione della persona lavoratrice che si affida esclusivamente alla fissazione di standard inderogabili, siano essi di legge o di contratto collettivo. La risposta del Diritto del lavoro si colloca nella paziente ricerca di un nuovo equilibrio tra flessibilità e tutele che, sulla scorta di altre esperienze europee e del rinnovato ruolo delle istituzioni dell'UE nella nostra materia, consenta di assecondare le esigenze di competitività delle imprese senza sacrificare il nucleo essenziale dei diritti dei lavoratori tanto faticosamente edificati nei periodi precedenti. La formula aurea sembra rinvenirsi nello spostamento del baricentro delle tutele dalla relazione lavorativa al mercato del lavoro (la c.d. *flexicurity*).

Tuttavia, le opinioni divergono sul *quantum* di diritti del lavoratore che possono essere rimossi senza mettere in pericolo la sua dignità e la sua libertà. L'attivismo poco meditato del legislatore in questo ambito ha già provocato diversi interventi della Corte costituzionale, che ha sottolineato i vincoli che la legge fondamentale e l'ordinamento internazionale pongono all'opera di rimodellamento della disciplina di tutela contro i licenziamenti. D'altro canto, si è rivelato ancora più difficile edificare un sistema di servizi per l'impiego efficiente e moderno che fluidifichi il mercato del lavoro rendendo meno drammatiche le ineluttabili e ricorrenti ristrutturazioni produttive.

## 5. Le sfide del presente e il Diritto del lavoro: libertà, solidarietà, tutela della dignità della persona

L'evoluzione tecnologica pone oggi imponenti e inedite sfide al Diritto del lavoro, che vede evaporare categorie cruciali sulle quali aveva costruito le coordinate di regolazione dei rapporti di impiego per oltre un secolo. Il tempo e il luogo di lavoro si smaterializzano nel lavoro da remoto. Il datore pare svanire nel lavoro delle piattaforme, quando si tratta di qualificare il rapporto come subordinato, salvo ricomparire più occhiuto che mai nel monitoraggio meticoloso reso possibile dalle più recenti tecnologie. Tale controllo pervasivo è caratteristico anche dei processi produttivi riconducibili ai paradigmi di Industria 4.0, ove, talora, il senso stesso del lavoro sembra perdersi quando è l'intelligenza artificiale a guidare il ritmo e l'esecuzione dell'attività del dipendente. In questa

situazione anche il sindacato arranca, in difficoltà nell'organizzare lavoratori dagli interessi sempre più eterogenei. Come se non bastasse, la *ratio* stessa della materia è messa in dubbio dalla schiera di coloro che preconizzano, specie nei periodi di maggiore crisi, l'avvento di una società libera dal lavoro, nella quale i bisogni essenziali di tutti siano assicurati senza contropartite.

Quale contributo possono offrire gli insegnamenti del Diritto del lavoro professati nei cento anni di storia dell'Università Cattolica per affrontare queste complesse sfide? Esiste un *fil rouge* che li unisce? La risposta è senz'altro affermativa: sia nel rapporto individuale sia nelle relazioni collettive, le esigenze di tutela dei lavoratori e le manifestazioni della loro solidarietà, che rappresentano il codice genetico della materia, sono sempre attentamente declinate nel rispetto della libertà, che ora si manifesta nel contratto, ora si inverte nell'autonomia collettiva. In questa delicata opera esegetica è racchiusa la chiave per affrontare anche i travagli del tempo presente, affinché la giustizia sia sempre perseguita ponendo la persona umana al centro dell'ordinamento.



# Ordinamento

## *Ordinamento e diritti soggettivi*

Sino a non molto tempo fa aveva senso parlare di ‘diritti’ solo in rapporto alle nozioni di stato e di ordinamento giuridico, perché si era consapevoli che, propriamente parlando, un diritto esiste solo in rapporto ad una tutela giurisdizionale effettiva. In poche parole, al di là delle formule legislative, si ha un diritto se si ha un apparato coattivo a base giurisdizionale – un giudice, per capirci – che può garantire che la mia pretesa a un bene o a un comportamento altrui possa essere tradotta in realtà, a dispetto di ogni resistenza. Al di fuori di questo si stava nel campo delle ideologie. Il diritto soggettivo poteva esistere solo all’interno di un ordinamento giuridico oggettivo, e in rapporto ad un apparato giurisdizionale di natura statale. Sicché i diritti non erano altro se non il riflesso in capo alla persona di un ordine oggettivo prodotto e difeso dello Stato.

Per questo, diritto soggettivo, ordinamento giuridico, e Stato erano concetti strettamente correlati, ciascuno dei quali non aveva senso se non in rapporto agli altri. Bisogna essere consapevoli della relatività storica di queste affermazioni. Ma bisogna essere altrettanto consapevoli che,

se limitiamo il nostro campo di indagine al modello affermatosi ovunque in Europa dopo la Rivoluzione francese, che è poi quello dello Stato di diritto, questa correlazione deve essere la base di partenza di ogni discorso.

In questo sistema i diritti, a seconda della loro collocazione, o erano a base legislativa o, con qualche problema in più, a base costituzionale. È una distinzione recente, entrata in scena con le costituzioni rigide del secondo dopoguerra, per affermare che i diritti bloccati in Costituzione dovrebbero godere di una maggiore intensità di tutela. E che ha posto infiniti problemi di attuazione. Prima di allora non c'era ragione di distinguere tra diritti legislativi e diritti costituzionali, visto che le Costituzioni erano leggi come è legge il Codice civile. Semplicemente le Costituzioni erano 'leggi della politica', così come il Codice era, ed è ancora oggi, 'legge della società'. Codice e Costituzione gestivano ambiti diversi, ma andavano di pari passo. Ed entrambi erano diritto posto dallo Stato, e dunque 'positivo' nel senso originario di *positum*.

In questa fase non aveva molto senso parlare di diritti umani, dell'uomo, o di diritti fondamentali. Quando se ne parlava, se ne parlava in una prospettiva filosofica, politica, o comunque metagiuridica. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 è stata intesa per decenni come una legge fra le altre. E i diritti fondamentali dell'art. 2 Cost. non erano altro se non una formula riassuntiva di altri diritti enunciati dalla Costituzione.

Certo, c'è sempre stata in Europa la tendenza a sganciare il discorso sui diritti dalla legge dello Stato. Il giusnaturalismo moderno nasce nel XVII secolo attra-

verso un'opera di riattualizzazione delle antiche dottrine stoiche, condotta con finalità antistatali e, segnatamente, contro lo Stato assoluto e la dottrina seicentesca della Ragion di Stato. È stata un'operazione politica raffinatissima, non tanto da un punto di vista tecnico-giuridico, quanto da un punto di vista politico-ideologico. In questa operazione, portata a termine nel XVII secolo, le formule del pensiero politico medievale furono riprese, isolate dal loro contesto originario, e ripresentate su base esclusivamente naturalistico-razionale. Per questo oggi, quando si parla di diritto naturale, razionalismo e teologia politica sembrano confondersi l'uno nell'altra. Semplicemente è successo che, in quella fase, le vecchie formule del Medio Evo europeo siano state riprese, riempite di nuovi significati, e brandite come armi politiche contro l'assolutismo del potere statale.

Il secondo corto circuito è cominciato quando, nel XVIII secolo, la dottrina del giusnaturalismo razionale, che era stata pensata un secolo prima per limitare la Ragion di Stato, è stata riarrangiata in una prospettiva diametralmente opposta, e cioè per fondare lo Stato e il potere in una prospettiva costituente. Per capirci, è la dottrina che sta alla base della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* di matrice giacobina. Non è difficile capire perché questo sia avvenuto. È chiaro che se elimino il Re e rompo con l'ordine politico che, da Westfalia in poi, ha retto l'Europa per 150 anni, ho poi il problema di rifondare *ex novo* la legittimità del potere. E i diritti naturali, in questa nuova versione tecnicizzata, si sono prestati benissimo allo scopo, salvo divenire,

nel volgere di pochi anni, diritti legislativi, che esistono e vincolano nella misura in cui siano trasfusi in un atto dello Stato che formalizzi la Ragione Naturale. È qui che si crea la saldatura tra Stato, legge, intesa come positivizzazione della Ragione naturale, e diritti, intesi come patrimonio naturale dell'individuo.

Ha ragione Foucault a dire che, in fondo, gli Illuministi e i Giacobini erano dei grandi naturalisti, e che non c'era differenza fra le tavole dell'*Encyclopédie* che ritraevano le foglie delle piante e le voci enciclopediche sui diritti e il governo degli uomini (M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, Milano 2005). Ed è solo il caso di osservare che è da questa stessa ricerca delle leggi della ragione che è nata l'economia politica moderna, intesa come scoperta delle leggi che avrebbero permesso di governare gli uomini facendo leva sui rispettivi interessi. Si parla tanto degli inglesi Smith e Ricardo come padri dell'economia politica, ma si lascia da parte che le loro idee sono state sistematizzate ed elevate a leggi economiche, poco dopo la Rivoluzione, da un francese, Jean-Baptiste Say, che era un prodotto purissimo di quell'ambiente culturale che si è appena descritto.

È stato un percorso affascinante, in cui le formule teologico-politiche del Medio Evo sono divenute prima, nel XVII secolo, armi da impiegare contro la Ration di Stato; e poi, nel XVIII, armi politiche da usare contro la nobiltà e il clero per l'affermazione del Terzo Stato e della sua economia liberista.

Da allora la funzione dei diritti 'umani' non è cambiata. I diritti umani sono nati come armi di lotta politica e

continuano ad esserlo ancora oggi. Da qui una retorica dei diritti, che dà l'impressione di un progresso altrettanto inarrestabile verso una 'età dei diritti' che vive del 'diritto di avere diritti'. Oggi tutto è diventato (o può diventare) diritto dell'uomo: da internet al cibo, dall'acqua al lavoro; dal diritto a generare fino al diritto di morire e riprodursi.

Quale sia poi davvero il contenuto di questi diritti deve rimanere imponderabile. Il diritto al cibo in certi contesti diventa il diritto ad alimentarsi secondo precetti religiosi; in altri diventa il diritto a mangiare per sopravvivere; in altri ancora diventa diritto ad alimentarsi secondo le tradizioni locali; in contesti ancora diversi diventa diritto ad una alimentazione sana. Per un diabetico il diritto ad una certa alimentazione diventa diritto alla salute e alle cure necessarie per sopravvivere. Per un musulmano diventa diritto di manifestare un culto e di alimentarsi nel rispetto di questo.

È un esempio fatto a caso, ma è utile a capire che, se si sfondano le categorie che stanno alla base del ragionamento giuridico, ciò che si ottiene è soltanto un groviglio di pretese argomentate su base etico-sentimentale che non può essere dipanato su basi esclusivamente razionali, come si sognava nel Seicento e come si ripeteva un secolo dopo dai rivoluzionari francesi. Devo tutelare di più il diabetico o il musulmano? O viceversa? E perché? L'oggettività razionale è il grande inganno che sta alla base della dottrina dei diritti umani.

Per dipanare questo groviglio di pretese ci vuole sempre una decisione a contenuto politico. Quando questa

decisione è assunta dal legislatore, la scelta tra i diritti diventa una scelta manifestamente politica e, come tale, può essere controllata dal processo elettorale. Quando questa decisione viene assunta dal giudice – che sia il Tribunale locale o un'Alta Corte internazionale – si ha sempre una scelta di potere, però assunta in forme solo apparentemente impolitiche e neutrali. E qui si capisce che il problema dell'oggi è l'apparente impoliticità delle Corti che amministrano il conflitto tra i diritti, secondo una ragion giuridica che è figlia diretta di quella Ragione ineluttabile che gli Illuministi amavano scrivere con la maiuscola. E che, alla fine, è una forma di governo degli uomini condotta attraverso la coerenza dei 'diritti' e non più del 'diritto'. Qualcosa che rischia di porsi come un nuovo assolutismo, che è poi quello dei diritti umani.

Questa metamorfosi dei diritti, da strumenti di difesa a strumenti di potere, ha prodotto una situazione di incertezza che non si è più sperimentata da quando il discorso sui diritti si era identificato in capo allo Stato.

Oggi lo Stato diritto si è spostato al di fuori dello Stato nazionale, e gli ordinamenti nazionali interagiscono e si condizionano a vicenda. Esclusività, completezza e autosufficienza dell'ordinamento non sono più dogmi assoluti. Ogni pronuncia di una Corte nazionale può essere vanificata da un ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo o alla Corte di Giustizia dell'UE. Sicché un diritto tutelato in via definitiva a livello interno può essere tranquillamente disatteso e compresso in sede internazionale, in una specie di *jackpot* giudiziario dove tutto si fa relativo e ridiscutibile. Si è così aper-

ta una breccia profonda nella stabilità del diritto, che ha condotto all'idea che compito del giudice sia quello di selezionare a piacere una delle tre Carte dei diritti (Costituzione, CEDU, Carta di Nizza) che oggi interagiscono tra loro. E che questa selezione sia legittimata dalla ricerca del *maximum standard* di tutela. In realtà di *maximum standard* posso parlare solo se dimentico che il rapporto tra diritti è sempre un rapporto tra uomini. Ed è un gioco a somma zero, in cui se tutelo un diritto in misura maggiore ne comprimo sempre un altro. Perché l'espansione illimitata dei diritti non esiste al di fuori della mitologia politica.

### *L'ordinamento della Chiesa, tra diritto divino e diritto umano*

Il diritto della Chiesa è caratterizzato da una forte unitarietà, non solo per la presenza teleologica di una 'lex suprema', la salvezza dell'anima; ma altresì, e soprattutto, perché il diritto della Chiesa è contraddistinto da un essenziale comun denominatore: il diritto divino.

La Chiesa è quindi strutturata comunitariamente e organicamente per volontà di Dio. E questa struttura organica è instaurata per mezzo dei sacramenti e delle virtù, ossia per mezzo della stessa vita cristiana. Ricordava pertanto uno dei grandi maestri del Diritto ecclesiastico e canonico in Italia che, per comprendere la 'specificità' istituzionale dell'ordinamento canonico, «se non è solo lecito ma opportuno fare richiamo alle elaborazioni de-

gli internazionalisti per dare sistemazione giuridica alle forme di collegamento tra Stato e Chiesa, occorre però procedere con cautela» (Jemolo).

E cautela significa prendere le mosse da una diversa premessa, e cioè che le dimensioni costitutive (temporale e spirituale) della persona umana, e della società civile che di uomini e donne è composta, non sono aliene fra di loro, ma ogni ordine, con le sue leggi, concorre alla realizzazione globale dell'uomo in quanto tale. I poteri statuali o intergovernativi e quello ecclesiale, promuovendo rispettivamente il bene temporale e quello spirituale, partecipano in modo complementare alla formazione globale della persona.

È questo, del resto, l'insegnamento del Concilio Vaticano II, ove, riaffermata la specificità dell'azione della Chiesa, quale missione non di tipo politico, economico, sociale, ma, per mandato stesso di Cristo, di ordine religioso, i Padri non hanno mancato di evidenziare l'essenzialità della funzione ecclesiale ai fini della creazione di una società globale che trovi le sue fondamenta nella giustizia e nella carità. La Chiesa infatti, proprio per la sua natura di non essere «legata ad alcuna particolare forma di cultura umana o sistema politico, economico o sociale (...) per questa sua universalità, può costituire un legame strettissimo tra le diverse comunità umane e le nazioni» (*Gaudium et Spes*, 42).

Il fine del diritto nella Chiesa – che, almeno in questa sua fase terrena, è tanto comunità composta dai singoli fedeli quanto, inscindibilmente e non certo estrinsecamente, istituzione – appare pertanto essere duplice:

a) contribuire a determinare la struttura pubblica della Chiesa in modo corrispondente alla sua natura, in modo veritiero quale «comunione teologale e trinitaria di ogni fedele con il Padre, il Figlio e lo Spirito Santo, che si riversa effusivamente nella comunione dei fedeli tra di loro, raccogliendoli in un popolo: “de unitate Patris et Filii et Spiritus Sancti plebs adunata” (cfr. S. Ireneo, *Adv. Haer.* III, 24, 1: PG 7, 966 B) con un'essenziale dimensione visibile e sociale» (Giovanni Paolo II, *Discorso ai Cardinali, alla Curia e alla Prelatura Romana del 20 dicembre 1990*). È una crescita nella conoscenza di se stessa che progredisce nella storia, alla ricerca di nuovi aspetti della rivelazione divina contenuti nel nucleo comunque irreformabile della costituzione divina della Chiesa, secondo i modi che i teologi definiscono di evoluzione omogenea del dogma (*Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 84 ss.);

b) regolare la situazione privata della singola persona in *Ecclesia* perché viva la sua vocazione secondo una dimensione di giustizia, e sia membro del Corpo di Cristo nel modo, nel tempo e nel luogo da Dio stesso voluti, e siano così tutelati i diritti e gli ambiti di autonomia di ogni fedele, determinandone al contempo le specifiche responsabilità.

Queste finalità non sono parallele asintotiche destinate a incontrarsi solo all'infinito, ma si intersecano e si richiamano reciprocamente nel tempo e nello spazio. Com'è stato osservato in sede di teoria generale, la Chiesa è infatti quell'ordinamento che «nella sua radice è proprio l'atto di volontà consapevole pratico attivo, con cui (...) si ordina in se stessa nei suoi elementi, nelle sue par-

ti, nelle sue istituzioni secondo la sua profonda natura e le sue intrinseche esigenze» (Capograssi, 1968); e dove pertanto i fedeli non possono autonomamente modificare la propria situazione giuridica al fine di realizzare un interesse privato, dato che il conseguimento di questo dipende dalla determinazione della sua congruenza con il bene comune, con il volere di Dio, da parte del legittimo Superiore.

Come ebbe invero a ribadire la dottrina canonica del periodo classico, quanto è stabilito per la *communis utilitas* (come lo *statutum generale Ecclesiae* o i principi della fede) prevale su ciò che attiene al mero ambito del singolo, tanto che, in tali materie, neppure «Papa potest... dispensare» (Bartolomeo da Brescia, gl. 'nulla commutatione' ad c. 3, C. 25, q. 1, in *Decretum Gratiani, emendatum et notationibus illustratum una cum glossis*, Venetiis 1584, col. 1897).

Tuttavia, tale preferenza per il pubblico potrebbe essere ribaltata, e così il privato può *praeiudicare* il pubblico, finanche quello *statutum Ecclesiae* ritenuto in linea di principio irreformabile, qualora, e solo quando ciò che appartiene al tutto spetti anche alla parte, «privata utilitas includitur in communi»; quando il bene del singolo non reca danno al bene personale degli altri soggetti della comunità, e così armonizzato con il bene comune «abbia un respiro universale per rappresentare aspetti essenziali della realtà umana, anche se poi vissuti e incarnati, come è necessario, nei singoli uomini» (Lo Castro, 1996).

Siffatto giudizio di congruenza e armonizzazione si fonda innanzitutto sulla certezza della legge positi-

va. Funzione di questa è, invero, dare forma alle esigenze sostanziali presenti nella relazione di giustizia, quella giustizia vera che si dà quando si crea, applica e interpreta *hic et nunc* l'atto normativo in armonia con la legge suprema della Chiesa, la salvezza delle anime. Detto altrimenti, le varie tecniche e mezzi di produzione normativa e di amministrazione che possono essere, e di fatto sono, sempre più perfetti (per quanto inadeguati per le esigenze della grazia divina) permettono di prendere coscienza dei contenuti del diritto divino, li rendono oggettivamente vigenti, e li inseriscono nell'ordinamento per orientare il comportamento dei fedeli.

La conoscenza e l'applicazione della dimensione oggettiva della legge divengono in tal modo funzionali alla conoscibilità delle proprie azioni, nel momento attuale e dei loro effetti nel tempo, dei rapporti giuridici e morali che l'agire dell'uomo, alla luce della Legge, costituisce, modifica, fa cessare; sì da giungere, con tale processo di mediazione culturale, a prendere coscienza dei principi propri di una *Lex* che giustifica il diritto medesimo, e ad esso e a chi esercita la funzione di governo trascendente, e immanente invece nei rapporti umani, per raggiungere, oltre la legge positiva, una certezza della e nella giustizia sostanziale (Hervada - Lombardía, 1970).

Il potere nella Chiesa, chiamato a realizzare uno stato di valore, può conseguentemente assumere, e di fatto assume, la configurazione di dovere, solo se poniamo mente a che l'interesse assunto come fine dell'ordinamento è la santificazione dei fedeli, e che quindi il bene di questi si riconduce al bene che gli organi di governo devono

perseguire in modo immediato e diretto, promuovendo la partecipazione degli uomini al deposito di grazia e di fede della Chiesa. Una dualità di *bona* che pertanto va considerata non quale dialettica irriducibile contrapposizione, ma quale relazione che deve essere risolta individuando e rispettando le esigenze del pubblico e del privato che si fondono nella superiore sintesi della realtà umana e del disegno divino che l'ha posta.

Ne consegue che se il singolo ricerca il 'giusto', il suo vero bene in relazione con gli altri, si ricerca anche il bene di quella tipica società umana e divina che è la Chiesa, perché la salvezza delle anime di tutti comprende sempre quella del singolo fedele.

In definitiva, come ricordava San Paolo, «a ciascuno è data una manifestazione particolare dello Spirito per l'utilità comune» (*ICor* 12, 7), sì che, nella misura in cui ogni fedele risponde a tale dono, lo Spirito non si manifesta solo quale causa di unità, ma principio di quella diversità funzionale e vocazionale che nella Chiesa non può comunque essere disgiunta dalla 'via migliore di tutte': la carità verso Dio e verso il prossimo che, vincolo della perfezione e compimento della legge, realizza la giustizia (*ICor.* 12, 31; *Col.* 3, 14; *Rm* 13, 10).



Finito di stampare  
nel mese di settembre 2021  
da Litografia Solari  
Peschiera Borromeo (Mi)



