

CAPITOLO I

L'UOMO E LA NORMA

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

Uno studioso che alla fine del '700 fosse stato chiamato a discorrere sulla relazione uomo-norma, si sarebbe certo posto il problema se, nella costruzione dottrinale e nella proposizione scientifica del sistema giuridico, fosse da porre a fondamento l'idea di norma, comunemente intesa in quel periodo, per il prevalere dell'idea del diritto quale volere prescrittivo di comportamenti da parte di un potere riconosciuto dotato di autorità; ovvero l'idea di uomo (persona), soggetto di diritto, da un paio di secoli concepita ed enfatizzata, prima, dalle varie correnti del pensiero giusnaturalistico razionalista, e, poi, dal pensiero illuminista (succeduto alla cultura giusnaturalistica, ma che si ispirava ancora a questa in alcune fondamentali proposizioni), come punto di riferimento originario, ultimo e centrale del diritto.

Già qualche decennio dopo, fin dagli albori del XIX secolo, l'anzidetta alternativa non sarebbe stata più proponibile nella forma esposta, nel significato scientifico che in origine poteva esserle attribuito.

Il legislatore francese e sul suo esempio e sulla sua scia i legislatori di tutte le più importanti aree giuridiche dell'Europa continentale, compresa l'ecclesiale, avrebbero infatti abbracciato e sanzionato nel corso di poco più di un secolo,

con la scelta codicistica, l'idea che l'elaborazione del diritto in un sistema giuridico razionalmente ordinato fosse, e dovesse essere, opera del legislatore (quando fino ad allora era stata ritenuta compito proprio e prevalente della scienza giuridica), e la norma sarebbe stata concepita non solo come strumento necessario e principale per il compimento di tale opera, ma alla fine come luogo di residenza del diritto e della giustizia.

E l'uomo? Per l'uomo finì per prevalere l'idea che egli fosse oggetto di attenzione e di protezione della norma, nel senso che non solo i suoi diritti ma la sua stessa soggettività giuridica sarebbero dipesi da quella; egli pertanto avrebbe potuto essere considerato protagonista dell'esperienza giuridica solo se ed in quanto fosse stato reso tale dal volere normativo¹.

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

Così il diritto, da categoria ideale che riguardava e regolava l'agire umano nell'orizzonte della giustizia, si ridusse a es-

¹ Cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Ius* 11 (1960), pp. 149-196; Id., *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano*, Torino, 1968, soprattutto il 1° capitolo; Id., *L'azione in generale. Storia del problema*, in *Enc. dir.*, IV (Milano, 1959), pp. 725-822. Cfr., inoltre, G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico (Contributo allo studio delle persone morali)*, Milano, 1974, capp. I e II; Id., *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Milano, 1985, soprattutto i capp. II e V.

sere concepito come espressione del potere volitivo che si manifesta nella norma; e questa alla fine sarebbe stata intesa come fonte ed elemento genetico della stessa giustizia; la quale in tale visione non rappresenta più un profilo metafisico essenziale dell'uomo, ma un valore o un insieme di valori individuati secondo le cangianti ideologie volta per volta imperanti, da affermare nella società proprio attraverso l'attività di produzione normativa, o da riformare mediante questa, se non anche da respingere del tutto perché contigui con determinati assetti socioeconomici ritenuti oppressivi dell'uomo o non consoni con le sue esigenze.

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

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

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

La tesi che mi accingo a sviluppare è che, anche muovendo da una riflessione sulla norma, sulla norma in quanto tale, in ossequio alle suggestioni della cultura giuridica moderna, si perviene a conclusioni opposte a quelle da questa prospettate: la norma, né occupa l'intero orizzonte umano, né può assumere una posizione di preminenza rispetto all'uomo, né può pretendere d'essere reputata da questo come pun-

to di riferimento etico ultimo o esclusivo del proprio agire; né, alla fine, in essa si riversa, si racchiude, si svolge e si consuma l'intera esperienza giuridica.

2. *La norma "in sé", considerata indipendentemente dal suo contenuto e dalla sua funzione, come oggetto della teoria generale del diritto. Osservazioni critiche*

Rappresenta il naturale esito delle ricordate e oggi assai diffuse concezioni, che guardano alla norma come all'elemento principale e centrale dell'esperienza giuridica², sostenere che «la teoria della norma giuridica, *ut sic*, si risolve e si esaurisce (...) nello studio della struttura della norma, indipendentemente da qualsiasi riferimento al (tipo di) fatto o atto che l'ha prodotta e dall'inserimento (e dalla posizione) in un sistema giuridico dato»³. Vero è che la norma, «intesa quale prescrizione o giudizio (ipotetico), acquista giuridicità solo nell'inserimento in un insieme o sistema di norme»; onde norma giuridica sarebbe soltanto «quella prescrizione che, dal punto di vista di un determinato sistema positivo, possa ritenersi tale»; ma, proprio per questa ragione, «l'oggetto della teoria della norma è propriamente l'essere in sé della norma, la sua struttura, il suo modo di presentarsi come elemento di un insieme»⁴.

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

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

⁴ MODUGNO, *op. ult. cit.*

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

Ma cosa sarebbe questa “norma in sé”, questo “in sé” della norma, quando dovesse essere considerata prescindendo dalla funzione dalla stessa esplicita per la realizzazione del contenuto suo proprio? – contenuto che, secondo il pensiero prima riferito, è oggetto di studio della dogmatica giuridica, non della teoria generale –⁶.

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

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

Ma se il contenuto gli è attribuito, e può essere diverso e financo contraddittorio all'interno dello stesso sistema (salvo vedere come poi questo si ricomponga in maniera armonica); e se la funzione cui è ordinata la proposizione di quello sche-

⁵ *Idem*, p. 374.

⁶ Cfr. *idem*, pp. 358 ss.

ma, e dunque il suo esserci, è a sua volta, per usare un concetto proprio dell'analisi del linguaggio, una funzione d'uso, giustificata appunto per l'uso che se ne farà in relazione al contenuto da esso disposto (giustificata cioè se e in quanto essa sia possibile e richiesta dalla realtà o dall'oggetto cui vuol essere applicata); è necessario allora concludere che lo schema normativo, in quanto tale, è a rigor di termini affatto insignificante: nulla dice, neppure di se stesso. In altre parole, se si vuole che uno schema linguistico si presenti come normativo (giuridico) per essere riconosciuto e qualificato come tale, non è possibile considerarlo senza tenere nel dovuto conto ciò che lo rende normativo (giuridico): la funzione e il contenuto.

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

La pretesa di studiare e di conoscere la "norma in sé" o l'"in sé" della norma, sul presupposto ideale che questo "in sé" si dia, esprime infatti la più generale convinzione di natura speculativa, per la quale vi è un'effettiva corrispondenza fra le idee (nel caso nostro, l'idea di norma) e gli oggetti o la realtà da loro rappresentati, quasi che tali oggetti o tale realtà avessero in se stessi il pieno significato del loro essere; un significato che potrebbe e dovrebbe essere disvelato e compreso in tutta la sua profondità, stando alla base di ogni conoscenza un'intuizione immediata e diretta di Dio o dell'ente supremo, in cui è riposta e da cui deriva l'essenza di ogni singola cosa (*ontologismo*, come concezione gnoseologica, non soltanto metafisica).

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

Intendendo i fenomeni come per sé significativi, e fidandosi della capacità dell'uomo di penetrarli e di conoscerli per in-

tero, quella parte della scienza giuridica, che accoglie l'anzidetta concezione gnoseologica, è indotta a considerarli e a restringerli nella loro empiricità, con l'inevitabile risultato di sminuire l'importanza delle riflessioni concettuali al riguardo. Il che equivale a dire che, ove la norma davvero avesse un "in sé" indipendente dal suo contenuto e dalla correlata funzione, che si prestasse a essere conosciuto nella sua interezza o essenza, ciò rappresenterebbe il presupposto migliore per negare la possibilità stessa di una teoria della norma; e le norme potrebbero essere considerate solo in quanto norme empiriche.

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

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

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

Ne deriva che solo alla luce della loro relazionalità assoluta, con l'Essere che dà l'essere (ove questo si ammetta), e di quella relativa, con gli altri esseri, può essere ricercato, secondo tale concezione, il significato profondo di ogni rapporto umano; donde l'idea *essenziale* o *necessaria* della giustizia, che esprime il rapporto corretto ("corretto", nel senso di rispettoso delle parti che lo compongono) fra Dio e l'uomo, e fra gli uomini tra di loro.

Per tale ragione, non è possibile studiare e intendere la "norma in sé". La "norma in sé" non esiste; come non esiste l'"uomo in sé": né l'uomo concreto, reale, empirico; né l'idea, il concetto di uomo; ma l'uomo esiste nella necessaria rela-

zione con Dio che l'ha creato, e con gli altri uomini, senza i quali egli non sarebbe neppure pensabile; onde soltanto in tali necessarie relazioni egli esprime la sua essenza, e solo in esse può essere compreso.

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

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

Se poi ci fermassimo a riflettere non sulla relazione della norma con il suo fondamento ma su quella con il suo oggetto, noteremmo che le peculiarità connotanti la norma derivano dal fatto che essa detta regole per l'uomo, o, per essere più precisi, per la libertà dell'uomo. Tanto stretta, necessaria e caratterizzante è la relazione fra la norma e l'uomo, che solo in un orizzonte di libertà la norma è concepibile ed esiste. Ribaltando i termini della proposizione, potremmo pure dire che soltanto in un orizzonte normativo si dà la libertà, l'idea stessa di libertà. Con conclusione più generale, ma non meno vera, è possibile allora affermare che, là dove troviamo la norma, incontriamo sempre l'uomo, in quanto essere libero; e là dove troviamo l'uomo (che è come dire appunto: un essere libero) c'imbattiamo sempre nella norma ⁷.

⁷ Pensare di conseguenza a un mondo senza norme (o, peggio, senza diritto), ed adoperarsi per costruirlo in tal senso, significa pensare a un mondo senza l'uomo o che neghi l'uomo in ciò che lo costituisce nell'essenza. E così figurarsi, come qualcuno si è figurato, una Chiesa senza norme, equivale ad immaginare una Chiesa senza uomini (o a negare di questi ciò che nel mondo li fa tali), e quindi senza Cristo, in quanto Egli stesso vero uomo oltre che vero Dio.

Se la norma è così intrinseca alla condizione umana, e se questa è così bisognosa di quella che non può neppure essere concepita priva di essa, potremmo concludere che la relazione fra l'uomo e la norma si svolga su binari predeterminati, ripercorrendo i quali dovrebbe non essere difficile pervenire ad una comprensione anche di quel tanto di problematico che essa può presentare.

Ma sarebbe una conclusione affrettata.

Quando noi riuscissimo ad affermare l'intrinsecità della norma all'uomo come essenziale per rappresentare il fenomeno considerato, a una più attenta riflessione ci accorgemmo che ciò che è proprio della condizione umana non è la norma nella sua empiricità, questa o quella norma, ma la sua esigenza.

Ci accorgeremmo altresì che se è vero che *oggetto* della norma è la libertà dell'uomo (o, per usare un'endiadi, l'uomo e la sua libertà), è altrettanto vero che il suo *contenuto*, quel che la norma dispone per l'uomo, ha una provenienza che non può essere ricondotta né riferita all'anzidetta libertà (*i.e.*, all'uomo libero); infatti una libertà (un uomo) che desse a se stessa la regola (la norma), che cercasse e trovasse in sé il principio del proprio limite, in realtà non si darebbe alcun limite e alcuna regola, rifuggirebbe anzi da questa, e soltanto si esternerebbe per affermarsi come potenza; e dunque verrebbe meno come libertà. L'uomo cesserebbe così di esistere nella sua autentica umanità, per divenire superuomo: vale a dire un uomo che non si accetta come creatura, ma ambisce a essere creatore di se stesso (della sua realtà umana e spirituale) e del mondo che lo circonda.

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

4. *La norma umana, in quanto espressione di una realtà metaindividuale, in contrapposizione dialettica con l'uomo*

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

La norma riguarda l'uomo nella sua libertà, che connota il concreto svolgimento della sua esistenza; ma non deriva da lui. L'uomo d'altra parte è concepibile come libero soltanto se considerato in rapporto con un contesto normativo; ma egli nella sua essenza non deriva da questo, dipendendone soltanto nella sua esistenza, peraltro in forma e misura non predefinibile. Insomma: la relazione resta relazione proprio per l'irriducibilità reciproca dei termini che la formano, per la loro essenziale vicendevole estrinsecità.

Dei due termini in relazione, l'uno – l'uomo, la persona – costituisce una specifica realtà spirituale, la quale presenta una sua autonomia ontologica, non derivante dalla norma, benché dalla stessa regolata e senza la stessa non pensabile.

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

Quando noi dicessimo che essa rappresenta una realtà metaindividuale, che riguarda l'uomo soltanto come suo destinatario, diremmo certo cosa esatta; e però del tutto generica e forse tautologica. Diremmo che la norma non deriva dall'uomo; ma questa appunto è la premessa postulata del problema del rapporto uomo-norma.

Il quale rapporto nei fatti è avvertito più precisamente come rapporto fra l'uomo e la realtà da cui la norma promana, donde essa trae la sua origine e il suo mandato; realtà volta per volta concepita come il mondo cosmico che s'incarna nel-

la *polis*; come Dio; come l'organizzazione sociale; come il popolo; e via dicendo; in breve come l'ente cui si attribuisce l'autorità per governare la società e gli uomini che ad essa appartengono. In questa concezione la norma appare come lo strumento necessario per costituire il rapporto fra l'autorità che governa e l'uomo che è governato.

Al contempo, la concezione strumentale della norma (che si manifesta come comando, come disposizione prescrittiva di comportamenti) finisce per evidenziare la subordinazione dell'uomo rispetto all'ente da cui la norma deriva.

Orbene: la relazione dell'uomo con la norma e con la realtà di cui la norma è manifestazione e a cui conduce è comunemente vissuta e considerata da parte della scienza giuridica secolare, ma anche da parte della scienza giuridica canonica, nei termini per ultimo esposti. La norma riguarda l'uomo, riguarda il fedele, essendo però espressione di una realtà che trascende e signoreggia l'uomo e il fedele: la società, lo Stato, la Chiesa; e nei confronti di questa realtà può instaurarsi un rapporto di contrapposizione dialettica, caratterizzato da insofferenza e ripulsa dell'uomo per la norma attraverso la quale essa pone limiti alla condizione umana. Sembra anzi che questa contrapposizione fra l'uomo e la norma (e la realtà che la norma rappresenta) sia una costante della microstoria individuale e della macrostoria dell'umanità, quasi un connotato della condizione dell'uomo nel complesso sistema della realtà creata⁸.

⁸ Significativi riscontri di codesta insofferenza e ripulsa si sono avuti nelle note e per altri versi contrapposte tesi hobbesiane ed illuministiche, che hanno inteso ricondurre in una ideale ma immaginaria retrospezione storica la norma all'uomo, come alla sua origine ed alla sua fonte: nel passaggio dallo stato di natura allo stato di civiltà, l'uomo attraverso un *pactum subiectionis* si sarebbe assoggettato al sovrano ed al suo volere assoluto (concezioni assolutistiche), o al popolo ed alla sua volontà generale (concezioni democratiche illuministiche), ed alle norme da essi espresse. Ricondotta così, *in apicibus*, all'uomo, la norma perderebbe ogni connotazione di

5. *La relazione dell'uomo con la norma, come problema della giuridicità della norma*

Nei vari tornanti della storia, con le incertezze proprie della natura umana, l'uomo ha avvertito e avverte di non poter postulare e dare per indiscutibile la supremazia della società nella quale vive e con la quale di continuo si confronta, farne quasi un dio da rispettare ed adorare; in breve, di non poter consentire che la norma da essa espressa sia strumento di superiorità e di oppressione.

Per la concezione giudaico cristiana in particolare, che un notevole peso ha avuto e continua ad avere nella formazione della coscienza e del pensiero occidentali, solo l'uomo è stato fatto ad immagine e somiglianza di Dio, non la città, non lo Stato; solo l'uomo, come Dio, è persona, sia pure con un essere che non è *per se subsistens*; solo all'uomo tutte le cose sono riferibili, compresa la città e le sue norme⁹: onde la norma non può e non deve essere intesa come strumento d'imposi-

oppressione e di inumanità, risultando, in quanto regola che l'uomo dà a se stesso, del tutto giustificata e obbligatoria.

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

Implicita in queste concezioni è l'idea di norma come di una spada che opprime e ferisce l'uomo, dalla quale egli potrà guardarsi o contestandola apertamente o ritirandosi nella sua coscienza per sottrarsi al suo raggio d'azione. Chiara la forza ideologica delle tesi ora riferite, le quali, per liberare l'uomo dall'oppressione della norma, lo lasciano assoggettato a una forza incontestabile ed indiscutibile – il sovrano, il popolo –, il cui fondamento viene per via di finzione identificato per opportunità ideologica nell'uomo stesso; ovvero, esaltando fuor di misura l'introspezione psicologica in una sorta di alienazione al rovescio, riducono l'uomo alla sua coscienza, nella quale soltanto si pensa possa egli realizzare per intero le esigenze della sua natura; non nella realtà storica, concreta, ove egli vive ed opera.

⁹ Cfr. G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto, II, Persona e diritto nella Chiesa*, Torino, 2011, cap. II, *Il problema costituzionale*, par. 4.

zione di un disegno estraneo all'uomo, ma come strumento volto a riaffermarlo come supremo valore in questo mondo, in attuazione di un disegno divino nel quale è riposto il significato ultimo della realtà umana.

In tale orizzonte concettuale, *giuridica* allora dovrebbe essere reputata non ogni norma, ogni comando prescrittivo, a cagione della sua provenienza, del suo vigore o della sua capacità di imporsi; ma solo quella che esprime la posizione della società verso l'uomo, o anche dell'uomo verso gli altri uomini, in termini rispettosi delle sue esigenze essenziali ed originali¹⁰. Solo tali norme, e non qualunque norma, varrebbero a formare il mondo del diritto.

Dove ricercare i principi che possono guidare quest'opera di discernimento della giuridicità delle norme, le quali, solo se così qualificabili, potrebbero essere reputate idonee a risolvere in maniera appagante il rapporto uomo-norma; rapporto che altrimenti parrebbe doversi sviluppare in una perenne insolubile contrapposizione dialettica?

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

In verità, la scienza giuridica contemporanea, ponendosi su un piano del tutto diverso da quello sostanziale prima indicato, generalmente elide il problema della giuridicità della norma col presupporre questa qualifica in ogni norma che presenti le connotazioni formali richieste dall'ordinamento giuridico. Su tale piano formale il problema sarà allora soltanto quello di verificare se una determinata prescrizione possa essere ascritta nella categoria delle norme, oppure no.

¹⁰ Sul punto vedi *infra*, sub §§ 9 e 10.

In particolare, secondo una classica prospettiva dogmatica, la qualifica della norma resta affidata alla scelta del legislatore in materia di fonti normative; è il legislatore infatti, e, per traslato, l'ordinamento, a stabilire «i modi e le forme della produzione giuridica, distinguendo le norme vere e proprie dalle altre prescrizioni non normative (quali i provvedimenti giurisdizionali, amministrativi, i negozi, le convenzioni, ecc.), secondo distinzioni del tutto convenzionali»¹¹.

Quando l'individuazione formale della norma si desse, la norma per ciò stesso dovrebbe essere reputata pienamente "giuridica".

Ma questi discorsi, come tutti i discorsi dogmatici, hanno natura assiomatica e asseverativa; giacché, col fatto stesso di porre la questione della relazione dialettica fra persona ed autorità, da cui la norma proviene alla luce dell'ordinamento dato, e di ricercare in questo la sua soluzione, resta precostituita la priorità dell'ordinamento e delle norme che lo compongono rispetto alla persona. In tale visione, la giuridicità della norma non costituisce un problema neppure di formale qualificazione, ma dipende in modo esclusivo e insindacabile dalla volontà di chi ha il potere di imporla.

Tutto si riduce allora nel verificare quale sensibilità l'ordinamento dimostri per la persona¹². In ogni caso, quale che

¹¹ MODUGNO, *Norma giuridica. a) Teoria generale*, cit., p. 358.

¹² Un esempio di prospettazione e di sviluppo del problema nei termini per ultimo accennati potrebbe essere tratto dall'ordinamento positivo canonico, in particolare dal libro I del vigente codice, là dove si riscontra una distinzione fra gli atti normativi più netta rispetto a quella che poteva evincersi dal codice del 1917.

Il codice vigente infatti, oltre alle tradizionali figure della legge e della consuetudine, ha individuato e distinto altre categorie normative, già regolate in via empirica nel *ius decretalium* e nell'ordinamento derivante dal codice del 1917, ma finora non considerate come categorie a sé stanti di atti prescrittivi. Sono, in particolare, i *decreti generali* e le *istruzioni*, gli *atti amministrativi singolari* (pur essi normativi, o prescrittivi di comportamenti, sebbene derivanti dall'esercizio della funzione amministrativa o esecutiva, e

sia il risultato di tale riscontro, il problema della relazione fra l'uomo e la norma si sarà ormai ridotto a problema empirico, le cui soluzioni noi andremo a leggere nella storia degli ordinamenti positivi.

L'assolutizzazione della norma e dell'ordinamento, sì da intenderli come punti di riferimento ultimo, o addirittura fonte ed origine delle posizioni personali, il fondare in essi la cosiddetta ontologia giuridica, mostrano d'essere operazioni utili forse per il conseguimento di intenti pratici ed empirici, ma concettualmente insostenibili ed eticamente nocivi, impoverendo nell'uomo il senso della propria dignità originale.

Dalle concezioni dogmatiche del diritto la contrapposizione dialettica fra l'uomo e la norma (e la realtà metaindividuale da cui questa proviene), che segna a volte drammaticamente la vita dell'uomo e della società, più che irrisolta resta in tal modo ignorata o glissata.

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

Una diversa soluzione al problema della giuridicità delle norme è data da quelle tesi che ripongono il fondamento della norma nell'ente da cui essa promana e che ad un tempo re-

quindi non dotati del carattere dell'astrattezza e della generalità proprio delle norme provenienti dall'esercizio della funzione legislativa); infine, gli *statuti* e i *regolamenti*.

Questa distinzione di atti normativi segna la via attraverso la quale si è manifestata l'attenzione dell'ordinamento per le posizioni personali dei fedeli e per la loro tutela. In particolare, l'individuazione per categoria degli atti amministrativi, distinti dai normativi in senso stretto, nell'intento del legislatore avrebbe dovuto consentire di fatto una migliore definizione dei diritti soggettivi e la previsione di una loro più penetrante tutela in sede di amministrazione della giustizia, anche nei confronti di eventuali abusi da parte dell'autorità; una tutela auspicata nei punti 6 e 7 dei c.d. *Principia directiva* per la riforma del codice, approvati dal Sinodo del 1967 (cfr. *Communicationes*, 1 (1969), p. 83).

gola, e con il ricondurre a tale ente il principio della sua giuridicità.

Trattasi delle note tesi d'ispirazione sociologica, proposte in Francia e in Germania alla fine del XIX secolo e agli inizi del secolo scorso, su cui qui non posso dilungarmi. Ricordo solo come il legare la giuridicità delle norme alla società (M. Hauriou¹³, L. Duguit¹⁴) o alla comunità (E. Durkheim¹⁵), per il fatto che i profili normativi sono necessariamente intrinseci a tutti i fenomeni di vita sociale organizzata (nel senso che questa non si darebbe senza quelli), abbia agevolato la proposizione in Italia da parte di Santi Romano, peraltro in una prospettiva più rigorosamente giuridica rispetto a quella sociologica propria della dottrina prima ricordata, della teoria istituzionale del diritto (che avrebbe alla fine sorretto la connessa teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici).

Per tali tesi, la norma non è giuridica in sé, ma lo è in quanto elemento di un ordinamento dalla cui giuridicità discende la sua giuridicità¹⁶; i caratteri che qualificano la norma come giuridica (coercibilità, bilateralità, ecc.) non sono in realtà della norma, ma del sistema di cui essa fa parte.

In base all'idea «che il diritto, prima di essere norma (...) è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come società, come ente per sé stante», «ogni ordinamento è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico», secondo un'equazio-

¹³ Di tale a. cfr. *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1896; *L'Institution et le droit statutaire*, in *Récueil de Législation de Toulouse*, 2e série, t. 11, 1906, pp. 134-182. Hauriou espresse poi organicamente il suo pensiero, già maturo all'inizio del secolo passato, in *La théorie de l'institution et de la fondation*, in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n. 4, pp. 2-45 (cfr. trad. it. Milano 1967).

¹⁴ Cfr., di tale a., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, nonché *Traité de Droit constitutionnel*, III éd., Paris, 1927.

¹⁵ Cfr. per tale autore, *infra*, cap. II, § 14, nota 61.

¹⁶ MODUGNO, *op. cit.*, p. 331.

ne «necessaria ed assoluta»¹⁷. Le norme dalle quali l'istituzione è organizzata, e per le quali si caratterizza, sono al suo interno obbligatorie e vincolanti per i membri della stessa, e, di conseguenza, giuridiche.

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

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

Le tesi istituzionali del diritto e della pluralità degli ordinamenti giuridici presentano profili di grande suggestione. Fra l'altro esse ben si prestano, con quel loro connettere il diritto ad ogni fatto istituzionale sociale, a giustificare la giuridicità dell'ordinamento canonico; e pertanto non ci si può stupire se siano state utilizzate, con gli opportuni adattamenti, da canonisti autorevoli¹⁸, in una recente epoca della nostra cultura giuridica.

In più, mi pare si possa dire come le tesi istituzionali, svuotando o liberando il diritto da esigenze di carattere metafisico, e legandolo e subordinandolo nel suo modo d'essere oltre che nel suo essere alla specificità degli enti istituzionali

¹⁷ S(ANTI) ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, s.d. (1945), § 12, p. 29, per la definizione di istituzione, e § 10, pp. 22-23, per quella di diritto.

¹⁸ Cfr., ad esempio, V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, XII ed., Milano, 1970, pp. 16 ss.; P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto canonico*, Milano, 1980, pp. 69 ss.