

GIUSTIZIA E GIURISDIZIONE NEL MONDO GIURIDICO MEDIEVALE

Quali sono i rapporti che intercorrono tra i due concetti di “giurisdizione” e “giustizia”? Con questo contributo mi prefiggo solamente di svolgere alcune analisi ponendomi nella prospettiva aperta da San Tommaso, e dunque afferenti a quel “Medioevo del diritto” così diametralmente opposto alla nostra esperienza giuridica. E questo proprio perché possano essere meglio evidenziati i limiti del nostro modo di concepire il diritto e lo Stato, e per poter noi oggi, operatori giuridici moderni, meglio promuovere una reale giustizia all’interno del nostro sistema legale. Più in generale, le riflessioni che qui conduciamo vorrebbero aiutarci a comprendere alcuni problemi molto attuali in una prospettiva inconsueta.

1. Alcune considerazioni preliminari

È chiaro innanzitutto che è necessario un “lavoro interiore”¹ per *pensare la differenza*, la discontinuità tra la nostra esperienza giuridica e quella

¹ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma – Bari 1996², 10. Mi pongo sulla linea di riflessione suggerita da questo illustre studioso.

medievale. Innanzitutto, è necessario concepire un'esperienza giuridica nella quale esiste bensì il diritto, ma non esiste lo Stato come soggetto: il diritto promana quindi non dallo Stato, ma dalla giustizia, e dunque la giurisdizione, il "dire il diritto", sarà precisamente il luogo fondante, il plesso centrale del nostro discorso. Non esiste lo Stato, un potere centrale «onnipotente, creatore del cielo e della terra»² giuridici, dei valori della convivenza e delle modalità delle relazioni umane. Questi trovano *altrove* il loro fondamento, sarà quel *ius* del quale ci occuperemo, e che attende di essere detto: in tal senso «*iurisdictio* non è il luogo simbolico di una norma modificativa dei dati reali, ma recettiva di essi [...]. *Iurisdictio* non è altro che il luogo in cui un dato informale viene formalizzato: non mutato, ma espresso, non creato, ma rispecchiato»³.

Non esiste nemmeno la sorella gemella dello Stato, o la sua figlia primogenita, come la si voglia intendere, ossia la legge intesa come precetto generale ed astratto imposto a tutti in modo uguale; vale per il mondo medievale quanto il diritto romano

² La citazione del Credo in senso puramente intramondano vuole evidenziare, secondo l'insegnamento di F. Todescan, l'origine teologica dell'assolutezza e onnipotenza del potere, e dunque dello Stato che l'incarna, vero *mortal god*, secondo la nota espressione hobbesiana, *to which we owe our peace and defence*, e che, simile a Dio nella Creazione, ri-crea l'uomo e il suo convivere, che *resemble that fiat, or Let us make man, pronounced by God in the Creation*. Cf. TH. HOBBS, *Leviathan*, Chicago 1952, 100; 47.

³ P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 2002², 143. Quest'opera è assolutamente fondamentale per la comprensione del problema *de quo*.

aveva già elaborato: «*recte iubetur quod non ex regulis ius sumatur, sed potius ex iure quod est regula fiat*»⁴. Dal diritto sono tratte le leggi, e non viceversa: perciò «se v'è un concetto logicamente estraneo alla *iurisdictio* è la creazione del diritto: "dire il diritto" significa presupporlo già creato e formato, significa esplicitarlo, renderlo manifesto, applicarlo, non crearlo»⁵ attraverso un'opera che definirei propriamente di *discernimento*. In questo senso, il diritto non nasce dall'*obbedienza*, da un comando, ma dall'*osservanza*, da un comune sentire, da un consenso. Accade per il diritto quel che accade per il linguaggio: tutti imparano ad usare il congiuntivo non perché ci sia qualcuno che lo comandi, ma perché tutti lo *sentono*, ne percepiscono il significato. In questa esperienza «[...] il diritto non è immediatamente e direttamente un comando, perché risiede in quel mondo oggettivo di relazioni coordinate stretto in sé da un valore. Il diritto nasce prima della regola, il diritto è già nella società autoordinantesi»⁶. Siamo dunque in un mondo, nel quale può non essere immediatamente facile entrare, superando consolidate abitudini mentali, nel quale il diritto appartiene alla *comunità*, e non allo *Stato*. Così la letteratura giuridica medievale non parla di Stato, ma di una pluralità di giurisdizioni e di *iura*, strettamente dipendenti da

⁴ *Digesto*, 50, 17, 1.

⁵ P. GROSSI, *L'ordine* (cf. nt. 1), 131. Chiarisce ulteriormente: «il diritto è una realtà preesistente che il potere non crea, non pretende di creare, non sarebbe in grado di creare; che può invece soltanto dire, dichiarare», 135.

⁶ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma – Bari 2003, 24. Considerazioni più ampie, in particolare il parallelismo col linguaggio, 23-29.

altri ordini normativi e valoriali⁷. Non va peraltro dimenticato che *ius* e *lex*, in questo universo mentale, non coincidono: del resto, non possiamo intenderli, come purtroppo accade, come “diritto soggettivo” e “legge”, evocando le teorie alle quali siamo abituati, e sarà necessario, di nuovo, intendere la differenza.

Come non esiste lo Stato, che solo a partire da Napoleone e dalla sua vittoriosa opera giungerà a completa maturazione pratica e teorica, non esiste la divisione dei poteri, creatura settecentesca, e dunque l'attività giurisdizionale non è confinata, come per noi oggi, nelle sole aule dei Tribunali: come meglio vedremo, è un potere che si esprime non solo nel giudicare, ma anche nell'emanare le leggi o nel compiere quelli che oggi chiameremmo atti amministrativi. Così Tommaso: «*Cum autem eiusdem auctoritatis sit legem interpretari et legem condere, sicut lex condi non potest nisi publica auctoritate, ita nec iudicium ferri potest nisi publica auctoritate, quae quidam se extendit ad eos qui communitati subduntur*»⁸, ove il parallelismo tra *iudicium* e *lex* in capo alla medesima *auctoritas* è evidente.

Con questi indispensabili chiarimenti, possiamo brevemente affrontare il tema propostoci.

2. *Iustitia* e *ius*

Com'è noto, Tommaso dedica un'intera *quaestio* al tema della giustizia, nella II II, q. 58 (cui segue

⁷ Cf. A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, trad. it., Bologna 2003, 43.

⁸ II II, q. 60, a. 6, *resp.*

una seconda, la q. 59, *de iniustitia*); qui, all'articolo 1, troviamo una definizione della materia, tratta dal diritto romano, che recita: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuere*. Vi è quindi un centro di gravità, un baricentro implicito nelle linee di forza del mondo giuridico, intorno al quale si coagula la giustizia: il *ius*. Ne deriva che per parlare di giustizia, e del luogo ove essa si dice, cioè della giurisdizione, è necessario preliminarmente, comprendere la nozione, premessa ed implicata, di *ius*.

Nella comprensione moderna dell'esperienza giuridica medievale e romana, e nella correlata *Wirkungsgeschichte* del testi, è accaduto che alcune espressioni, quali appunto *ius* (ma anche *proprietas*, *dominium*, *lex* e altri ancora) siano state lette con occhi appannati da precomprensioni legate all'esperienza coeva degli studiosi, ma non propria del mondo in cui sorsero. Così, a partire dalla Pandettistica tedesca, la *lex* romana venne tradotta e compresa nei termini della nostra "legge", la norma generale ed astratta alla quale i Codici e l'attività dei moderni Parlamenti ci hanno abituato, e non più quale era nel mondo romano, in cui molto di più un atto amministrativo concreto che non un atto legislativo, essendo *quell'esperienza* giuridica fondamentalmente *dottrinale* e *giurisprudenziale*. In tal modo, *ius* venne inteso come "diritto soggettivo"⁹,

⁹ Evidentemente traggio queste osservazioni dall'insegnamento di M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it., Milano 1986, specialmente 196-206. La sua posizione è stata criticata in modo molto interessante da B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, trad. it., Bologna 2002.

come “potestà della volontà”, secondo una definizione che risale a Savigny: di fatto, il diritto soggettivo è «[...] un potere, attribuito alla volontà del soggetto e garantito dall’ordinamento giuridico, di agire per il soddisfacimento dei propri interessi»¹⁰. In questa definizione troviamo la caratteristica propria del diritto moderno, l’essere cioè emanato dallo Stato – metafora logica dell’unità dell’ordinamento – che attribuisce, vero “dio mortale”, secondo l’espressione hobbesiana prima ricordata, ai consociati i “diritti soggettivi” mediante un atto di volontà politica: al di là, o al di fuori, di quanto attribuito, non c’è altro. In questi sistemi giuridici, troviamo «[...] al centro, signore e domino, [...] l’individuo, concepito come persona libera e cosciente, rafforzato anche ideologicamente dalla posizione logica nella struttura del sistema intorno a lui costruito»¹¹; questo ordine giuridico può essere definito assolutamente come «[...] antropocentrico, tutto impegnato nel culto dell’individuo, cioè di un certo individuo ben provveduto, ben pasciuto e voglioso di dominio, edificato come supporto e garanzia della sua sovranità sul mondo»¹², cioè il borghese alla cui misura il *Code* napoleonico è stato pensato. Il *diritto* è venuto a coincidere con la *legge*, e questa con la volontà politica. La giurisprudenza ne risulta un’attività relativamente semplice, consistendo nell’applicare alla premessa maggiore, la legge gene-

¹⁰ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1980²⁴, 45.

¹¹ R. ORESTANO, «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», *Ius* 11 (1960) 151.

¹² P. GROSSI, *L’ordine* (cf. nt. 1), 72.

rale ed astratta, quella minore, la fattispecie concreta: la conclusione sarà sempre la medesima, ed il giudice, secondo la nota definizione montesquieiana, sarà semplicemente *bouche de la loi*. La dottrina e l'Università non dovranno che spiegare il dettame legislativo, concepito in termini dogmaticamente esaustivi (*codicocentrismo*)¹³, deponendo ogni creatività e autorità.

Ben diversamente nel mondo giuridico medievale. Così Tommaso, nel concludere che «*manifestum est quod ius est obiectum iustitiae*»¹⁴, lo ricollega immediatamente alla giustizia, poiché l'atto proprio della virtù di giustizia consiste nel dare a ciascuno il suo¹⁵. Dunque *ius* è una *cosa*, la giusta ripartizione dei beni di questo mondo secondo i criteri della giustizia distributiva e commutativa, *non una facoltà o potere*, come per noi. Infatti, «*hoc nomen ius primo impositum est ad significandam ipsam rem iustam*»¹⁶: è un *aliquid opus*¹⁷, un'*adiustatio*, un equilibrio, degli uomini e delle cose tra di loro, basato sul rapporto di uguaglianza: giusto sarà così una cosa, un'azione o un servizio, insomma

¹³ Sulla caratteristica propria del sistema codicocentrico, la sua non eterointegrabilità, e la conseguente sua completezza (seppure come *fictio iuris*), e sulla sua radicale opposizione all'esperienza del diritto intermedio, cf. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, I, Milano 1982, 252-295, e particolarmente 256, ove distingue i "codici" dalle "consolidazioni".

¹⁴ II II, q. 57, a. 1.

¹⁵ Cf. II II, q. 58, a. 11: «*proprius actus iustitiae nihil est aliud quam reddere unicuique quod suum est*».

¹⁶ II II, q. 57, a. 1, ad 1.

¹⁷ II II, q. 57, a. 2: «*aliquid opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum*».

un oggetto che è il termine unificante e specificante di relazioni tra due persone rese così correlative. In altri termini, esso è «la parte giusta, il bene di cui si gode in conformità ad un ordine naturale di cui la legge positiva è completamento ed esplicitazione»¹⁸.

Il lavoro legislativo è dunque richiesto dal giusnaturalismo di San Tommaso, è un “prolungamento”¹⁹ dello studio del *ius*. Infatti detto *ius* è tale per due motivi: «Primo, in forza della sua natura: quando uno, ad esempio, presta una cosa data nell’attesa di riaverla senza variazioni. E questo diritto si chiama *naturale*. Secondo, una cosa può essere adeguata e commisurata ad un altro in forza di un accordo, o di una norma comune: e cioè quando si dichiara soddisfatto di ricevere quel tanto. E questo può avvenire in due modi. Primo, mediante un accordo privato: come le cose stabilite con un contratto tra persone private. Secondo, mediante un accordo pubblico: come quando tutto il popolo ritiene che una data cosa sia da considerarsi adeguata e commisurata per una persona; oppure quando ciò è ordinato dal principe, cui spetta la cura del popolo, e che ne fa le veci. E questo si chiama *diritto positivo*»²⁰.

Ma non è tanto sul diritto positivo che vogliamo riflettere, essendo a noi questo fenomeno ben familiare, quanto piuttosto sulle dimensioni e le fonti di ciò che abbiamo denominato *ius*, e che come tale abbiamo iniziato a spiegare, volendo tuttavia svolgere alcune ulteriori considerazioni.

¹⁸ R. FASSA, «Quale giusnaturalismo? Problemi ed ambiguità di un “ritorno”», *Fenomenologia e società* 10 (1987) 20.

¹⁹ M. VILLEY, *La formazione* (cf. nt. 9), 119.

²⁰ II II, q. 57, a. 2. Traduzione dell’edizione Salani.

3. Il realismo giuridico

Abbiamo già osservato che *ius* è dunque *ipsa res iusta*, una ripartizione dei beni di questo mondo, che il potere può e deve (cercare di) decifrare, o discernere, ma non creare mediante la posizione di un atto di volontà: in questo senso, si può parlare di “realismo giuridico”, ovvero anche di “corporeità giuridica”²¹ o, meglio, di “reicentrismo”²². Per quanto riguarda il modo di declinare quest’intuizione, possiamo notare poi nel pensiero dell’Aquinata una radicale omogeneità: «come in metafisica egli non aveva costruito né sull’*io*, né sulla *volontà* né sul *pensiero*, ma sull’*ente* [o, per meglio dire, sull’*essere*], così egli doveva basare la sua concezione giuridica, non sull’*io* del soggetto che afferma la sua *potestà*, né sulla *volontà* o il *pensiero* del *legislatore*, concretati nella legge, ma sull’oggettivo ordinamento delle cose»²³. Al contrario, la nostra esperienza giuridica è imperniata sull’*idealismo* giuridico, una “volontà generale” promanante dall’alto, dalla volontà e dal potere di un soggetto assoluto,

²¹ G. AMBROSETTI, *Diritto naturale cristiano*, Roma 1970², 127.

²² P. GROSSI, *L’ordine* (cf. nt. 1), 72 e *passim*. Questo consiste nel «tentativo di ritrovamento delle dimensioni oggettive di ogni forma giuridica», *ivi*. Ancora, «la cosa, il mondo delle cose, la natura cosmica guardata con umiltà e rispetto, è un insieme di forze determinanti che modellano su di sé l’ordine giuridico», 74. Questo, e non altro, spiega ad esempio il valore fondamentale della *consuetudine* nel mondo di diritto intermedio, o la stessa pluralità delle situazioni possessorie.

²³ G. GRANERIS, «L’amoralità del diritto di fronte alla dottrina di San Tommaso», *Rivista di filosofia neoscolastica* 32 (1940) 142.

sciolto cioè da ogni altro condizionamento, lo Stato, appunto, mentre le cose, la loro realtà, scolorano, perdendo ogni significato in se stesse. La nostra ragione, che diviene ideologia nel momento in cui non si lascia falsificare o verificare dai fatti²⁴, divenuta volontà operativa per mezzo della legge, si fa misura delle cose, piegandole a sé, comprendendole non in base a quello che sono, ma a quello che noi vogliamo che siano: nel mondo antico e medievale, accade esattamente il contrario, secondo quanto afferma Tommaso, traducendo e riprendendo letteralmente Aristotele, per il quale «*non ratio est mensura rerum, sed potius e converso*»²⁵. Mentre noi moderni, attraverso la tecnica, anche giuridica, ricreiamo la natura (e l'uomo stesso, come è evidente dalle biotecnologie; ma anche la sua stessa sessualità e quella proiezione fondamentale dell'uomo e della donna che è la famiglia), l'uomo antico e medievale la accoglie e la assume²⁶, riconciliandosi con essa, e

²⁴ È nota l'espressione di Lenin: «I fatti sono testardi». Ma forse i testardi siamo noi.

²⁵ I II, q. 91, a. 3, dove traduce ARISTOTELE, *Metafisica*, X. Cf. anche *Comm. Met.*, I, lect. 1: «Est enim ordo quem ratio non facit, sed solum considerat, sicut est ordo rerum naturalium».

²⁶ Paradossalmente, da quando le condizioni di vita, almeno nel nostro Occidente, sono enormemente migliorate, fino a raggiungere livelli prima impensabili, si è imposta l'ideologia della *rivoluzione* – per giunta fatta propria da *élites* di intellettuali benestanti, non certo dalla massa dei lavoratori – come se il presente fosse invivibile e insopportabile; nel mondo antico e medievale, pure segnato da una grande insufficienza della tecnica e da una conseguente estrema precarietà dell'esistenza umana, nella sua stessa durata e nella sua qualità, il mito politico dominante non è invece il rivoluzionario, ma il *Conservator*, come veniva definito l'imperatore romano, il garante

dunque con sé stesso, e non aggredendola (dunque, non aggredendosi).

L'uomo antico e medievale poteva trovare nelle cose una fonte di normatività, evitando il *Trennungsdenken*, la separazione tra *Sein* e *Sollen* o tra fatti e norme alla quale la "legge di Hume" ci ha abituato²⁷, perché tra le "quattro cause"²⁸ in base alle quali

di quella (poca) pace e stabilità di vita presenti. Il cristianesimo evita l'una è l'altra prospettiva: Gesù Cristo non è né il rivoluzionario né il *Conservator* ma il *Salvator*. E questo disegna, tra l'altro, un'altra prospettiva esistenziale, dove il tempo non è percepito come fuga in avanti o ripiegamento sul passato, ma come presente continuamente aperto alla novità di un futuro che già ha iniziato a manifestarsi. Cf. J. RATZINGER, «Visioni politiche e prassi della politica», in *Europa. I suoi fondamenti oggi e domani*, Cinisello Balsamo 2004, 44-49.

²⁷ Ricordo che la "legge di Hume" afferma che non è possibile trarre proposizioni prescrittive, o attinenti al "dover essere", da proposizioni descrittive, attinenti cioè al solo "essere" delle cose: dal fatto che una cosa è così, non si può dedurre che essa debba essere così. Cf. D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, in *Opere*, I, Bari 1971, 496. In effetti essa è logicamente vera, ma parla di "natura" in un altro senso. Si di essa, cf. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino 1996², 75-87, e anche O. DE BERTOLIS, *Il diritto in san Tommaso d'Aquino. Un'indagine filosofica*, Torino 2000, 52, nota 29, e 61. Questo è il presupposto del "non cognitivismo etico" proprio della filosofia analitica, che vuole essere una dottrina "pura" del diritto, non contaminata cioè da considerazioni (ritenute) impertinenti: di qui la radicale avversione ad ogni forma di giusnaturalismo, ad ogni considerazione contenutistica del diritto.

²⁸ Sono le cause aristoteliche: materiale, formale, efficiente e finale. La scienza moderna trascura metodicamente quest'ultima, intendendo la natura non nella sua globalità, ma isolando il fenomeno da osservare dal contesto più ampio, e riducendolo alla sua misurabilità numerica (c.d. "riduzionismo fiscalista"). Cf. M. VILLEY, *La formazione* (cf. nt. 9), specialmente 43 e 474-475.

ordinava la propria conoscenza, anche operativa, fondamentale era la causa finale. Solo avendo un fine, infatti, è possibile avere un *sensu*, e dunque un *valore* relativamente a ciò che favorisce o meno il *fine* insito nelle cose: la natura, intesa invece nel senso statico, e non più dinamico, ridotta a rappresentazione convenzionale della complessità dell'essere per mezzo di un linguaggio matematico, non può, all'opposto, dirmi nulla. Uscendo invece dalla considerazione dei fatti nella loro pura datità empirica, ma cogliendoli in un'esperienza più ampia, il dato di fatto acquisisce un significato, un fine, un perché: ciò che appunto gli manca se lo consideriamo come un *flash*, un dato atemporale, un attimo colto fuori dal normale svolgimento dei fatti. Dal fatto che un bambino vada a casa, non posso certo dedurre che debba andarci: ma se aggiungo a questo altre realtà significative, come chi è colui che sta in casa, e il rapporto tra quel bambino e quella persona, capirò facilmente il *perché*, il *dover essere* che sta dietro l'*essere*²⁹.

Così solo ponendoci in una concezione dinamica, nella quale la natura è precisamente il fine di ogni cosa³⁰, e dunque il suo divenire, il suo sviluppo

²⁹ O. DE BERTOLIS, «La metodologia giuridica di Norberto Bobbio», *Civiltà Cattolica* 155/1 (2004) 266. In questo senso è vero che «il fine crea la totalità del diritto», R. VON JEHRING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1889². È il motto dell'opera, apposto all'inizio. In tal modo la sapienza antica aveva sempre visto nel fine il bene, e nell'ultimo fine il sommo Bene, e aveva sempre considerato questo come il fondamento del mondo giuridico e morale.

³⁰ Cf. ARISTOTELE, *Politica*, I, 18, 1252a: *Hé dé physis télos estì*. Su tutta la questione del significato del termine

logico, possiamo cogliere il senso della giustizia commutativa: per questa, è necessario che ciò che esce dal mio portafoglio, sia “giustificato”, “fatto giusto”, da una controprestazione, da un ristoro di pari valore, che potrà essere un’opera, una prestazione di servizio, o un oggetto. Quel che è essenziale, è che si realizzi uguaglianza tra dato ed avuto, sì che tra il “dato” (inteso matematicamente come dividendo) e l’“avuto” (inteso come divisore), il risultato sia sempre, numericamente, l’uno. E questo significa che la giustizia fa uguaglianza³¹, ossia *ius*, il “suo” di ciascuno e non l’“uguale” di tutti. Il “diritto” dunque, come insegnava Aristotele³², è *diorthotikòn*, rad-dirizza, fa- d(i)ritte le relazioni squilibrate degli uomini, piegate e deformate dalla (possibile) violenza e sopruso, ove *non c’è motivo che uno abbia di più e uno di meno*. Possiamo allora vedere bene che un “giusto naturale”, un dovuto che ha per anima l’uguaglianza, presiede la disciplina dei rapporti sinallagmatici, del risarcimento del danno, dell’arricchimento senza causa, degli interessi, e ne costituisce l’intelligibilità.

“natura”, del finalismo implicito, dei testi di Tommaso e Aristotele implicati, rimando a O. DE BERTOLIS, *Il diritto* (cf. nt. 27), 59-65.

³¹ Capiamo così il senso della stupenda affermazione per la quale compito della giustizia è «facere aequalitatem, et factam non corrumpere», II II, q. 79, a. 1, ad 1. Ancora: «Forma generalis iustitiae est aequalitas, in qua convenit iustitia commutativa cum distributiva», II II, q. 61, a. 2.

³² Un’opera assolutamente magistrale, propria di un sapere quale oggi non si elabora più, alla quale rimando per questi temi, è quella di L. LACHANCE, *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas*, Paris – Montreal 1933.

In questo senso, la giustizia abbraccia le relazioni con gli altri: le persone infatti sono rese l'una correlativa all'altra «*secundum rationem commensurationis ad alterum*»³³. Possiamo ricordare alcuni testi: «Materia della giustizia, invece, sono le azioni esterne in quanto esse stesse o le cose di cui si servono, hanno il *debito* rapporto con altri individui. Ecco perché il giusto mezzo della giustizia consiste in un certo rapporto di *uguaglianza* di una cosa esterna con un individuo distinto. Ora, ciò che è uguale è realmente intermedio tra il più e il meno, come nota Aristotele. Dunque la giustizia ha il suo *giusto mezzo* di ordine reale [*unde iustitia habet medium rei*]»³⁴; ovvero: «Materia della giustizia, come abbiamo detto, sono le azioni esterne in quanto esse, o le cose di cui ci serviamo con esse, sono *adeguate* ad altri individui verso i quali siamo ordinati mediante la giustizia»³⁵.

Adeguare, ordinare secondo *uguaglianza* appaiono dunque cifre di un'esperienza (giuridica) che ci si presenta essenzialmente *prudenziale e pratica*: aver compreso il fenomeno giuridico nell'ambito del sapere invece *speculativo*, ha determinato la sua trasformazione da *prudentia iuris*, com'era nel mondo romano e medievale, e come rimane nell'ordinamento anglosassone e (almeno in parte) canonico, cioè creazione *dottrinale e giurisprudenziale*, a *lex*, schema generale e astratto, proiezione della volontà del legislatore, premessa maggiore del sillogismo giuridico³⁶.

³³ I II, q. 60, a. 2.

³⁴ II II, q. 58, a. 10. Traduzione Salani.

³⁵ II II, q. 58, a. 11. Traduzione Salani.

³⁶ Ricordiamo che per Aristotele e San Tommaso vi sono due modelli di conoscenza, con proprie precipue caratteristiche

La legge positiva, come abbiamo visto, rimane *una* fonte imprescindibile del diritto, ma non l'*unica*: il fine è *facere aequalitatem, et factam non corrumpere*, come abbiamo visto. A ciò è deputata la *iurisdictio*.

4. Il termine *iurisdictio*: linee fondamentali del suo sviluppo storico dal tardo impero alla fine del Medioevo

4.1 Introduzione generale

Non affrontiamo il problema della storia del concetto di *iurisdictio* nel diritto romano, limitandoci ad osservare che esso dice tanto il significato originario, più ristretto, di “dire il diritto”, di pronunciare cioè autoritativamente una sentenza giudiziaria, quanto, in senso più esteso, quello di potere pubblico di governo³⁷. Con quest'ultimo significato viene

e leggi strutturali, per così dire paralleli ma di verso contrario: un sapere *speculativo*, il cui modello è costituito dalla geometria, che procede da assiomi, come tali aproblematicamente assunti, e che si svolge *more geometrico*, in modo deduttivo e sillogistico; e un sapere *pratico*, come quello giuridico, per il quale la causa, il principio primo, è costituito dal *fine* verso il quale esso si muove. Cf. I II, q. 90, a. 2, ad 3: «Niente è stabilito con fermezza secondo la ragione speculativa, se non mediante la sua risoluzione nei principi primi indimostrabili; allo stesso modo niente è stabilito con fermezza secondo la ragione pratica se non viene ordinato al fine ultimo, che è il bene comune», trad. Salani. Perciò, nell'ambito giuridico, «*finis est causa causarum*», I, q. 5, a. 2, ad 2. E il fine delle cose è il loro bene, secondo quella concezione dinamica del reale alla quale abbiamo accennato.

³⁷ Cf. Y. CONGAR, «Aspects ecclésiologiques de la querelle entre Mendians et séculiers dans la seconde moitié du

impiegato da Giustiniano in alcune sue *Novellae*³⁸ (533), e in questo stesso senso sarà usato da Gregorio Magno (morto nel 604) nel suo *Liber diurnus* a proposito della giurisdizione episcopale: nella fattispecie, il Papa rimette nell'ufficio il vescovo Adriano di Tebe, deposto dal metropolita Giovanni di Larissa, perché il suo predecessore, Papa Pelagio, aveva esentato il vescovo Adriano dalla *giurisdizione* metropolitana. Ancora, lo stesso Gregorio Magno, unendo un monastero di Sorrento con un altro della diocesi di Nocera, mantiene la *giurisdizione* del vescovo di Nocera anche per il monastero sorrentino.

Ma, con la scomparsa in Occidente della compilazione giustinianea, anche il termine *iurisdictio* scivola nell'ombra, andando in disuso³⁹. Com'è noto, in Occidente il "placito di Màrturi" (1076) è la prima testimonianza in nostro possesso della (nuova) utilizzazione del diritto romano come diritto vigente:

XIII siècle et le début du XIV», *Archives d'histoire doctrinale et littéraire du Moyen Age* 36 (1961) 100. Tale dicotomia è sottolineata anche da F. FABBRINI, «*Auctoritas, potestas e iurisdictio* in diritto romano», in *Atti del colloquio romanistica-canonistico*, Roma, febbraio 1978, Roma 1979, 219. Il tema della *iurisdictio*, inteso come *potestas iurisdictionis* è ampiamente trattato in O. DE BERTOLIS, *Origine ed esercizio della potestà ecclesiastica di governo in San Tommaso*, Roma 2005.

³⁸ Cf. N. HILLING, «Über den Gebrauch des Ausdrucks *iurisdictio* im kanonischen Recht während der ersten Hälfte des Mittelalters», *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 118 (1938) 165.

³⁹ Cf. N. HILLING, «Die Bedeutung der *iurisdictio voluntaria* und *involuntaria* im römischen Recht und im kanonischen Recht des Mittelalters und der Neuzeit», *Archiv für katolisches Kirchenrecht* 105 (1925) 452.

siamo agli albori di quello che è stato chiamato “rinascimento giuridico” medievale. La riscoperta del *corpus* giustiniano forniva ad una società in pieno mutamento e scossa da profonde inquietudini⁴⁰, e ad un nuovo ceto in ascesa, il giurista laico, le chiavi per l’elaborazione di un universo mentale completamente nuovo: l’*interpretatio* dei dottori medievali, elaborata in un nuovo luogo del sapere, cioè l’Università, e non più il chiostro o la scuola cattedrale, e con metodi nuovi, superando l’antico trivio e quadrivio, derivato dalla tradizione classica di Marziano Capella e perdurante in tutto l’alto Medioevo, determinerà la nascita della giurisprudenza come *sapere autonomo*, distaccato dalla retorica, com’era nel mondo antico, e dalla teologia morale, secondo la prospettiva agostiniana e altomedievale⁴¹, e porrà le basi per la civiltà moderna.

⁴⁰ Urbanizzazione, decisiva spinta commerciale, inizi del Comune cittadino, ma anche le aspirazioni a una *renovatio Ecclesiae* secondo il modello della *vita vere apostolica*, e gli inizi di un’autentica secolarizzazione del potere, con Marsilio da Padova ed il suo *Defensor pacis*.

⁴¹ Riferisco solo alcune opere fondamentali di riferimento. Una è M.D. CHENU, *Introduction à l’étude de saint Thomas*, Montréal – Paris 1954²; del medesimo Autore, *La Théologie comme science au XIII siècle*, Paris 1957 (entrambi tradotti in italiano). Ancora, per uno sguardo complessivo sul Medioevo, cf. A. DE LIBERA, *Storia della filosofia medievale*, trad. it., Milano 1995, con apporti decisivi sulla “politicità” del problema della povertà nella Chiesa e sul Medioevo come società *plurale*. La nascita della giurisprudenza come scienza autonoma, e la “rivoluzione” anche politica da questo comportata, è invece il tema dell’analisi di H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, trad. it., Bologna 1998.

Certo, il lessico giustiniano stava all'*interpretatio* medievale come un mucchio di pietre (il *Corpus iuris*) all'edificio da innalzare, nel senso che dell'antico linguaggio romano era stato perso il disegno complessivo, mentre ne rimanevano solo alcuni blocchi, che furono utilizzati per costruire qualcosa di completamente diverso⁴². Una di queste pietre era *iurisdictio*.

4.2 *Iurisdictio nel linguaggio giuridico tardomedievale. I contesti*

Esaminiamo le definizioni che le fonti a nostra disposizione ci porgono⁴³. Irnerio (1055-1125), che comincia a leggere i testi giustiniane e a farne una scienza autonoma, trova nell'uso romano il termine da noi esaminato, e lo definisce così: «*Iurisdictio est potestas cum necessitate iuris scilicet reddendi equitatisque statuendae*»⁴⁴. Rogerio (sec. XIII) afferma: «*Iurisdictio est munus iniunctum publica auctoritate, cum necessitate dicendi, tuendi iuris, vel statuendae equitatis*». Per Piacentino (1235-1292) «*iurisdictio*

⁴² Cf. P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 99.

⁴³ Essenziale è il riferimento all'opera di P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 96-184, che continuamente presuppongo.

⁴⁴ IRNERIO, *gl. Ad Digestum Vetus, De iurisdictione*, ad rubr. (ed. E. BESTA, *L'opera di Irnerio*, in P. COSTA, *Iurisdictio* [cf. nt. 3], 99, da cui prendiamo le citazioni di seguito riportate). Altre definizioni, che compaiono nelle fonti della fine del sec. XI e della prima metà del seguente, in F. CALASSO, «*Iurisdictio nel diritto comune classico*», *Annali di storia del diritto* 9 (1965) 97: «*Iurisdictio est potestas iuris dicendi*» e «*Iurisdictio quid est? Ius dicentis ius vel iam constitutum vel ipsa sententia constituendum*».

est potestas alicui a publico indulta cum licentia reddendi iuris et facultate tuendae equitatis»; per Cino da Pistoia (1270-1336) essa è «potestas legitima, de publico introducta, cum necessitate iuris dicendi et equitatis statuendae», mentre, infine, per Bartolo da Sassoferrato (1314-1357), «iurisdictio est potestas de iure publico introducta cum necessitate iuris dicendi et equitatis statuendae».

Tutte le definizioni sopra offerte gravitano intorno ad un primo referente, la *potestas*. Questo appartiene al contesto *iudicare-iudicari*, il dire “con necessità” il diritto per pubblico incarico. *Iurisdictio* è dunque un rapporto di *potere*, ed in particolare un rapporto tra disuguali, com’è evidente dalla formula di San Tommaso: «*Cum per iurisdictionem aliquid constituatur in gradu superioritatis respectu eius in quem habet iurisdictionem, quia est iudex eius, ideo nullus habet in seipsum vel superiorem vel aequalem iurisdictionem*»⁴⁵.

Questo rapporto si specifica poi ulteriormente come *dominio* in un testo di Egidio Romano: «*Videmus autem sensibiliter, quod qui vult de aliis iudicare, oportet quod sit elevatus super alia [...]. Sed qui est perfectus et sanctus et spiritualis secundum statum, et potissime secundum statum praelacionis, ille est elevatus secundum iurisdictionem et secundum multitudinem potencie: ille omnia iudicabit, idest omnibus dominabitur et non poterit a nemine iudicari, idest nullus poterit sibi dominari*»⁴⁶. In altri termini, chi giudica *domina*: il contenuto di potere

⁴⁵ *In IV Sent.*, d. 18, q. 2, a. 2, *resp.*, ad 1.

⁴⁶ E. ROMANO, *De ecclesiastica potestate*, I, c. 2, cit. in P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 106.

implicito nel giudicare viene così messo a nudo, senza rinunciare all'idea per la quale la giurisdizione è giudizio.

In questo primo contesto, *iudicare-iudicari*, la giurisdizione è potere, cioè dominio: così Pietro della Palude (sec. XIV) affermerà definitivamente che «[...] *potestas iurisdictionis [...] non est aliud quam relatio [...] superioritatis ad subditos*»⁴⁷. «L'immagine di *iudicare* non è affatto semanticamente isomorfa alla nostra, che restringe il giudicare alla attività tecnico-giuridica del magistrato [...], ma investe più rapporti politici fondamentali, diversi quanto a contenuto, ma tutti riconducibili ad uno schema essenziale»⁴⁸, ossia di uno più potente di un altro. Con la dipolarità *iudicare-iudicari* viene fotografato, nel linguaggio del potere, la disuguaglianza del rapporto ed il legame funzionale tra i due soggetti di esso, pur rimanendo ancorato all'idea del giudizio. Ma questa relazione formale *non denota un atto specifico* compiuto dal "maggiore" sul "minore": tale relazione può essere caricata di molti significati, che vanno oltre la mera attività giudiziaria. A testimonianza, un testo di Uguccione (morto nel 1210). «*In spiritualibus papa maior est impera-*

⁴⁷ P. DELLA PALUDE, *De causa immediata ecclesiasticae potestatis*, Parisiis 1506, cit. in P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 106. Lo stesso Autore cita, *ivi*, anche GIACOMO DA VITERBO, *De regimine cristiano*, II, 4, che afferma, su questa stessa linea: «Sed ad potestatem *iurisdictionis* pertinet hic actus ratione materiae, circa quam exercetur. Quae materia sunt ipsi fideles. Actus enim iste non potest exerceri circa aliquos, nisi ipsi efficiantur *subditi* illius qui hunc actum exercet. Hoc autem non fit nisi *per potentiam iurisdictionis*».

⁴⁸ P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 108-109.

tore, imperator maior papa in temporalibus [...]; papa sic maior est in spiritualibus, quod habet iurisdictionem in spiritualibus super imperatorem, ut in eis possit ligare, condemnare [...], sed imperator non sic est maior papa in temporalibus [...], nullam enim iurisdictionem vel praelationem habet imperator super papam»⁴⁹. Il giudizio infatti configura un semplice rapporto di superiorità, cioè di giudicabilità del soggetto inferiore.

Un secondo contesto nel quale si specifica l'ambito di *iurisdictio* è quello gravitante intorno ad *imperium*. Così recita una glossa di Irnerio: «*imperium: sine quo nulla esset iurisdictio*»⁵⁰, mentre il Piacentino osserva: «*In summa, notandum est, quod omnis iurisdictio coertionem habet, vel modicam, id est adnexum habet imperium*»⁵¹. Ormai *iurisdictio* non dice più solamente un rapporto disuguale tra due soggetti, ma, associata a *coertio*, individua non più la totalità del rapporto, ma una sua dimensione ben precisa, «quella a cui la disuguaglianza della relazione può permettere di esercitare la coercizione»⁵². L'area semantica del termine è stata trasformata, ed è passata dall'indicare il rapporto di potere a significare la posizione di potere che, esplicitata mediante

⁴⁹ UGUCCIONE, *Summa*, ad D. XCVI, c. 6 (ed. S. MOCHI ONORY, *Fonti canonistiche dell'idea moderna di Stato*, 149), cit. in P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 103.

⁵⁰ IRNERIO, *glo. Imperium ad l. Quocumque, ff. De officio eius cui mandata* (ed. E. BESTA, *L'opera di Irnerio* [cf. nt. 44], II, 19), in P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 111.

⁵¹ PIACENTINO, *Summa Codicis*, Moguntiae 1536 (rist. anastatica Torino 1962), in *III Codicis, De iurisdictione*, cit. in P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 111.

⁵² P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 112.

la *coertio*, si ricollega, mediante questa, all'*imperium*. Il termine dice dunque ormai una posizione di potere munita di coercizione: il collegamento con *imperium* precisa ed arricchisce il termine stesso *iurisdictio*, completandolo con l'aspetto sanzionatorio e coercitivo del potere, mentre, al tempo stesso, *iurisdictio* passa a significare una relazione a contenuto fisso (cioè di potere giurisdicente), e non più a contenuto variabile o ampio, come in origine. In tal senso, si precisa più nel (poter) giudicare che nell'essere giudicati, e quindi passa a designare definitivamente il potere del giudice, anziché, come in origine, la relazione tra superiore e suddito. La medesima parola è così diversamente significativa in due contesti diversi, in due diverse zone linguistiche, assumendo una sorta di "doppia pronunciabilità"⁵³.

In tal senso è usata da Guglielmo d'Occam: «*De iurisdictione autem temporalis, si accipiatur generalissime [...] pro omni potestate regendi et cohercendi alios tamquam subiectos videtur dicendum, quod aliqua introducta est ex iure divino et naturali et aliqua ex iure humano [...]. Ex quo patet quod non tantum iudex habet potestatem regendi et cohercendi sibi subiectos, sed etiam maritus habet potestatem regendi et cohercendi uxorem suam, et pater habet potestatem regendi et cohercendi prolem suam*»⁵⁴.

Un ultimo passo consiste poi nel riflettere sulla Glossa accursiana, e di ricollegarla poi al lessico di Bartolo da Sassoferrato, già incontrato. La Glossa dice: «*Iurisdictio id est servitute. Alias accipitur pro*

⁵³ P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 114-115.

⁵⁴ GUGLIELMO DI OCCAM, *Breviloquium de principatu tyrannico*, III, 2, cit. in P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 116.

*iurisdictio*ne, *ut cum dicimus, potestas habet homines de districtu* in potestate id est in *iurisdictio*ne. *Item ponitur pro oboedientia, in qua potestate est monachus sub abbate et clerici sub praelatis*»⁵⁵. La relazione di potere qui esiste all'interno della relazione con il soggetto passivo, il dominato, e dunque *habere in potestate* chiarisce così quel che *iurisdictio* dice più ambigualmente. Nel trecento, con Bartolo, quest'ultima viene però ad afferire più chiaramente al potere politico, secondo quanto abbiamo già visto: «*Iurisdictio est potestas de iure publico introducta cum necessitate iuris dicendi et equitatis, tamquam a persona publica, statuendae*»⁵⁶: in tal modo è completata la nozione della glossa e si evita che si dia *iurisdictio* del padre sui figli o del padrone sui servi.

Siamo di fronte così ad una sintassi storica e logica insieme: dal rapporto disuguale (il dato sociologico) al rapporto coattivo (il dato tecnico-giuridico), dal rapporto efficace (*habere in potestate*) al rapporto politicamente determinato (la *potestas publica*). Vi erano effettive disuguaglianze, chi comandava e chi obbediva, la coazione immanente al comandare e l'obbedienza: tutto ciò spingeva il processo semiologico a cristallizzarsi, coagulandosi nei vari contesti *iudicare-iudicari*, *iurisdictio-imperium* e *iurisdictio-potestas*⁵⁷.

⁵⁵ GLOSSA, *glo. Potestatis, ad l. Potestatis verbo, ff. de verborum significatione*, in P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 118.

⁵⁶ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem, ad l. ius dicentis, ff. De iurisdictio*ne, in P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 100.

⁵⁷ Seguo la ricostruzione proposta da P. COSTA, *Iurisdictio* (cf. nt. 3), 124.

Se *iudicare* non è dunque equivalente al nostro “giudicare”, ma, nei vari contesti, equivale a “processo di potere”, allora *iudicare* significherà anche *legem condere*, poiché del processo di potere la norma è un momento essenziale. Naturalmente non si tratterà peraltro di una norma creata, ma piuttosto di una norma raccolta, riflessa dall’ordine del mondo sullo specchio della *iurisdictio*, ormai definitivamente legata al potere pubblico. Con essa «[...] nella dottrina giuridica medievale s’intese non soltanto la potestas *iuris dicendi*, ma il complesso dei poteri necessario al governo di un ordinamento, e, per illazione, l’ordinamento stesso. Ora, di *iurisdictiones* esisteva [...] una gamma infinita: da quella *minima*, esercitata dal proprietario nei confini della propria terra, a quella *maxima*, esercitata dall’imperatore *in mundo*. Entro l’ambito di ciascun ordinamento, e relativamente ai bisogni di quest’ultimo, questa *iurisdictio* è piena, e trova in sé medesima il *suo regolamento*»⁵⁸: che è la nozione moderna di autonomia.

4.3 *Iurisdictio nel linguaggio di San Tommaso*

Un testo di Tommaso riunisce alcuni elementi essenziali finora incontrati: «*Iudicium proprie nominat actum iudicis inquantum est iudex. Iudex autem dicitur quasi ius dicens. Ius autem est obiectum iustitiae [...]: et ideo iudicium importat [...] definitionem iusti sive iuris*»⁵⁹. Da qui apprendiamo che

⁵⁸ F. CALASSO, *Medioevo del diritto. Le fonti*, Milano 1954, 500.

⁵⁹ II II, q. 60, a. 1, *resp.*

compito del *iudex* è la definizione o determinazione *iusti sive iuris*: non la creazione o la statuizione, ma la semplice dichiarazione ricognitiva di un qualcosa che è già tale prima che sia riconosciuto o decifrato, ma che, tuttavia, prima di quest'opera di discernimento, è esposto al misconoscimento e all'incertezza. Il richiamo operato nel testo citato al trattato *de iure*, ci pone di fronte al ruolo primario di quel reicentrismo che abbiamo prima ricordato. La cosa in cui il *ius sive iustum* consiste deve essere determinata, de-finita: "determinare" e "definire" significa, letteralmente, porre dei termini, dei confini, con la pubblicità e la certezza che questi implicano, su di una particolare situazione, che però è tale non perché il giudice l'ha creata, ma perché lo è nei fatti. Pensiamo, in ambito canonistico, ad una sentenza di nullità matrimoniale: essa *ricosce* una determinata situazione, non la *crea*, ma, riconoscendola, crea autoritativamente alcune conseguenze pubbliche. Così una sentenza di scomunica *ricosce* la rottura della comunione ecclesiale, elevandola a fatto pubblico, fuoriuscente cioè dal puro ambito interno della coscienza del fedele, e, collegandovi certe conseguenze destinate ad essere efficaci per la comunità visibile dei credenti, desidera agire sulla coscienza del peccatore per la sua conversione. Ma analogo ragionamento vale anche in ambito civile.

Un altro testo è particolarmente interessante:

Sententia iudicis est quasi quaedam particularis lex in aliquo particulari facto. Et ideo sicut lex generalis debet habere vim coactivam, ut patet per Phil. In X Eth.; ita etiam et sententia iudicis debet habere vim coactivam, per quam constringatur utraque pars ad servandam sententiam iudicis; alioquin iudicium non esset efficax. Potestatem autem coactivam non habet

*licite in rebus humanis nisi ille qui fungitur publica potestate. Et qui ea funguntur superiores reputantur respectu eorum in quos, sicut in subditos, potestatem accipiunt: sive habeant ordinarie, sive per commissionem. Et ideo manifestum est quod nullus potest iudicare aliquem nisi aliquo modo subditus eius, vel per commissionem vel per ordinariam potestatem*⁶⁰.

Il testo contiene tutti gli elementi che abbiamo già riscontrato nella disamina del significato di *iurisdictio* nei vari contesti semantici. Vale la pena innanzitutto riprendere il concetto di sentenza come *lex particularis*, ove l'accento non cade tanto sul *particularis* (è infatti evidente che la sentenza è data per alcuni, e non per la generalità), ma su *lex*: la sentenza è una legge, al di là di ogni anacronistica divisione dei poteri. E infatti anche di essa si può affermare quanto Tommaso insegna, definendo la legge come «*ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam habet communitatis promulgata*»⁶¹.

La *vis coactiva* è elemento imprescindibile della legge. È stupefacente leggere in un testo del Duecento quanto H. Kelsen, in tutt'altro *milieu* culturale, ripeterà, ossia che un ordinamento giuridico, per essere tale, deve essere non solo valido, emanato cioè secondo processi codificati in base ad una norma di produzione, ma anche efficace, trovare

⁶⁰ II II, q. 67, a. 1, *resp.*

⁶¹ I II, q. 90, a. 4, *resp.* Naturalmente, possiamo osservare che anche qui l'*ordinatio* non è un ordinare in senso imperativo ed estrinseco, ma corrisponde a un dire autoritativamente l'ordine già presente, un definirne l'ambito, un determinarne i confini. L'ordine non è qualcosa che l'uomo crea, ma qualcosa che l'uomo trova, poiché «*quaecumque autem sunt a Deo, ordinem habent ad invicem et ad ipsum Deum*», I, q. 47, a. 3.

cioè pratica attuazione⁶². Ma c'è una differenza fondamentale: mentre per il giurista praghese l'effettività si specifica in obbedienza, secondo i dettami di uno Stato onnipotente legislatore che ha, come riprenderà M. Weber⁶³, il monopolio dell'uso legittimo della forza, per l'Aquinate l'effettività significa l'adesione dei consociati alla norma, la sua comune osservanza: nessuna eteronomia, tanto paventata da Kant⁶⁴ (e dunque nessuna amoralità o immoralità), poiché l'ordine del quale la norma (legge o sentenza) è esplicitazione e determinazione è l'ordine *oggettivo* del reale, quello del quale tutti siamo partecipi⁶⁵. È il motivo per cui *utraque pars*, l'una e l'altra parte, non solo la parte soccombente, sono tenute a rispettare la sentenza, la norma che essa esprime, perché il diritto appartiene a tutte e due come realtà relazionale e obiettiva: non c'è il diritto, nel senso moderno di "diritto soggettivo", di una sull'altra, ma esso è sempre di entrambe.

Questo significa parlare di *coactio*, la quale affonda le proprie radici nella *publica potestas*, cioè nell'*imperium* o nella misura di esso che è data a colui

⁶² Cf. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino 1952, 77-79.

⁶³ Cf. M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it., Torino 1958, 370: «Ad esso soltanto [lo Stato], tra tutte le comunità sociali, viene oggi attribuita una forza legittima sulla vita, la morte, la libertà».

⁶⁴ Cf. I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it., Bari 1997, 99.

⁶⁵ Può essere interessante osservare che tutto questo si ripete ai nostri giorni nell'elaborazione della così detta nuova *lex mercatoria*. Cf. O. De Bertolis, «Globalizzazione, pluralismo e ordinamenti giuridici: verso un nuovo giusnaturalismo?», in *Periodica de re canonica* 95 (2006) 365-389.

che è costituito superiore nei confronti del suddito. Qui l'aspetto rilevante non è quello della *potestas*, che può al limite significare il fatto bruto del potere, ma la sua qualifica, *publica*, contrapposta a *privata*, che è quella del padre sui figli, o del marito sulla moglie. Questa per Tommaso potrà concretarsi in una forma di governo democratica, aristocratica o monarchica, poco importa: essenziale è osservare che colui (privato o assemblea) che detiene il potere detiene anche la *cura communitatis*. Infatti: «*cura [...] communis boni commissa est principibus habentibus publicam auctoritatem*»⁶⁶. *Auctoritas* e *potestas publica* si implicano reciprocamente, e sono dunque come i due fuochi che disegnano l'ellisse, lo spazio del potere (*imperium*) nel quale solo si dà *iurisdictio*, secondo quanto dice: «[...] *imperium autem non competit alicui in alium nisi qui habet super eum iurisdictionem*»⁶⁷.

Rinchiudiamo idealmente questo testo con un altro, che abbiamo all'inizio esaminato:

*Cum autem eiusdem auctoritatis sit legem interpretari et legem condere, sicut lex condi non potest nisi publica auctoritate, ita nec iudicium ferri potest nisi publica auctoritate, quae quidam se extendit ad eos qui communitati subduntur. Et ideo sicut iniustum esset ut aliquis constringeret alium ad legem servandam quae non esset publica auctoritate sancita, ita etiam iniustum est si aliquis aliquem compellat ferre iudicium quod publica auctoritate non fertur*⁶⁸.

Nel sistema di diritto intermedio, l'interpretazione della legge è così un atto legislativo (a voler

⁶⁶ II II, q. 64, a. 3, *resp.*

⁶⁷ *Suppl.*, q. 8, a. 4, *resp.*

⁶⁸ II II, q. 60, a. 6, *resp.*

usare il nostro linguaggio), eppure è fatta dalla stessa autorità che la applica: così emanare una sentenza è un atto di interpretazione della legge che spetta alla stessa autorità che l'ha emanata. La *sanctio* della *publica auctoritas* è essenziale, poiché realmente la legge umana è distinta dalla legge solo morale: così un giudizio non supportato dalla medesima *publica auctoritas* sarebbe ingiusto, un sopruso, un atto di potere e basta.

Infatti: «*Iudicium in tantum est licitum in quantum est iustitiae actus [...]. Ad hoc [...] tria requiruntur: primo quidem, ut procedat ex inclinatione iustitiae; secundo, quod procedat ex auctoritate praesidentis; tertio, quod proferatur secundum rectam rationem prudentiae. Quodcumque autem horum defuerit, est iudicium vitiosum et illicitum*»⁶⁹. Mentre per la moderna mentalità giuridica il vizio di un atto è questione solamente tecnica e formale, per l'Aquinate è sempre legata ad un mondo di valori che viene negato: al tempo stesso, questi valori non sono posti solamente in ambito extraumano, puramente ancorati alla Rivelazione, ma nascono in un contesto puramente umano di valori condivisi, e dunque di osservanza di un *idem sentire*, e trovano poi nella norma positiva conferma ed espressione attuativa. E così l'ingiustizia di un giudizio non è solo un fatto morale, ma anche tecnico-legale: «nul-

⁶⁹ II II, q. 60, a. 2, *resp.* In particolare, continua il testo, se nei tre casi è mancante, si qualificherà rispettivamente come perverso, usurpato o ingiusto. A noi interessa sottolineare che il giudizio dato fuori dalla competenza del giudice, è detto che «*his in quibus non habet auctoritatem [...] dicitur iudicium usurpatum*».

lus autem iuste [quindi non solo licite] punit aliquem nisi sit eius ditioni subiectus»⁷⁰.

Il diritto non è riportato allo Stato come sua unica fonte, ma certo al di fuori della comunità umana e della legalità esso è ancora informe: il normativo (legale e giudiziario) costituisce come i gangli linfatici attraverso i quali cola lo *ius*. La legge ne sviluppa, ne articola le esigenze: la giurisdizione ne è specchio e filtro.

5. Osservazioni conclusive per l'avvio di una riflessione

Il reicentrismo di San Tommaso, il rispetto cioè delle cose, della finalità che esse esprimono, in altri termini, della loro “natura”, della loro “normalità” – parola interessante, che dice in uno il tipo di esistenza di una cosa, la legge di sviluppo del suo essere, il suo funzionamento ordinario, e la normatività insita in essa – può suggerire un approccio reale a quei problemi di bioetica che ci stanno crollando addosso, e che ci costringono a ripensare il diritto in termini radicali. In questo senso, è un modo per affrontare la bioetica in termini non solo morali (con il doppio inconveniente di trovarci davanti a degli “stranieri morali” che non condideranno mai le nostre posizioni, e di cadere facilmente nel casuismo, che è sempre sterile), ma giuridici. Questa comprensione ci avvia a “prendere sul serio” i diritti, nel senso del *ius*, cercando di coglierne la normati-

⁷⁰ II II, q. 65, a. 2, *resp.*

vità, e in base ad essi valutare i particolari strumenti legali che vengono proposti, ad esempio, in tema di fecondazione assistita, di eutanasia, di aborto, di ingegneria genetica, di sessualità, di famiglia, portandoci però non sul terreno di scontro di idee (o ideologie) contrapposte, ma di rispetto della realtà.

Il metodo di ricerca indicatoci da Aristotele e San Tommaso può dunque indicarci delle vie da percorrere nell'affrontare nuovi ed epocali problemi. In questo senso, potremmo capire la radicale antiggiuridicità (non l'irragionevolezza, perché si tratta sempre di ragionamenti logici, coerenti a ben precisi principi) di ogni proposta volta a legalizzare l'eutanasia, come soppressione radicale della relazione costitutiva tra medico e paziente (rimpiazzandoci un rapporto essenzialmente asimmetrico, di dominio dell'uno sull'altro), di quell'uomo che chiede di essere ascoltato ed accompagnato, non eliminato. Ancora, come ritenere giuridica, ad esempio, la fecondazione di una donna non sposata, o all'interno di un rapporto omosessuale? Lì l'antigiuridicità è data dal fatto che l'io del bambino necessita di una doppia figura genitoriale – e non di una coppia mimetica, come quella omosessuale – per costituirsi come tale (il che ci riporta alla radicale antiggiuridicità di quella forma corrente di violenza legalizzata che è la crescita di un figlio diviso e sballottato tra genitori divorziati), per sentirsi ed essere figlio.

L'aspetto curioso è che si tratta, in fondo, di una prospettiva veramente materialistica, poiché è l'oggettività delle cose a costituire il punto di partenza della nostra riflessione: le cose sono causa e misura dei nostri ragionamenti, e non viceversa. Questo realismo è laico nel senso migliore del termine, tanto è vero che nella sua anima fu elaborato da un pagano,

e diede non pochi problemi, una volta trapiantato in una cultura cristiana. Non vedo perché un non credente non potrebbe condividere con me la convinzione che per spiegare, e quindi per vivere meglio, il mondo che ho davanti a me, quell'unico che vedo e di cui ho esperienza, debba andare ad un'intelligibilità che nasce dalle cose stesse, volendo piuttosto rimanere ancorato ad un "essere" dal quale non potrà mai recuperare un "dover essere". O, per meglio dire, potrà non condividere quest'analisi: ma non perché non è credente, ma per qualche altro motivo. Insomma, nella *res* troveremmo dei valori: questo è precisamente quello che permette ad un sistema di leggi di non essere una pura modalità di esercizio del potere, e, conseguentemente, alla democrazia di non risolversi in un puro formalismo. È la sfida alla quale siamo chiamati, e in un contesto di "pensiero debole": non si tratta di ripresentare una dogmatica, ma di proporre una nuova intelligenza.

OTTAVIO DE BERTOLIS, S.J.