

Lo *ius* nell'esercizio delle potestà pubbliche come garanzia del bene comune

Ius in the Exercise of Public Authority as a Guarantee of the Common Good

Ricardo Bazán Mogollón & Guillermo Chang Chuyes

1. Universidad de Piura – Perú
ricardo.bazan@udep.edu.pe

2. Universidad de Piura – Perú
guillermo.chang@udep.edu.pe

DOI: 10.17421/2498-9746-09-02

Riassunto

*Questo articolo analizza la necessità di tornare alla metodologia della razionalità pratica tomistica per determinare ciò che è giusto nel bene comune. In questo senso, viene fatta una breve panoramica storica sul concetto di *ius* nel corso della storia. Inoltre, lo *ius* è paragonato al moderno principio di proporzionalità. Infine, queste domande si applicano alla dottrina sociale della Chiesa e al Diritto canonico.*

Parole chiave: Bene comune, Potere pubblico, Diritto pubblico, Dottrina sociale della Chiesa, Diritto canonico

Abstract

*This paper proposes returning to thomistic practical reason to determine justice in common good. To do this, explain the evolution of *ius* throughout history. Thus, at the moment, *ius* would be equivalent to principle of reasonableness. Finally, this is applied to the Social Doctrine of the Church and Canon Law.*

Keywords: Common Good, Public Power, Public Law, Social Doctrine of the Church, Canon Law

INDICE

1	Esposizione del problema	16
2	Lo <i>ius</i> nella determinazione dell'interesse generale. Brevi cenni storici	17
2.1	L'origine dello <i>ius</i> nel diritto privato repubblicano romano e la sua pubblicazione durante l'Impero	17

2.2	Lo <i>ius</i> in Tommaso d'Aquino: monarca con <i>auctoritas e potestas</i> . . .	19
2.3	L'oblio dello <i>ius</i> nella legislazione moderna e il suo recupero da parte della giurisprudenza	23
3	Il principio di proporzionalità come manifestazione dello <i>ius</i> e la sua applicazione nel diritto pubblico contemporaneo	26
4	La sua applicazione alla Dottrina Sociale della Chiesa e al Diritto canonico	28
5	Conclusioni	30

1 ESPOSIZIONE DEL PROBLEMA

È sempre stato difficile avere certezze sul modo giusto di usare la potestà pubblica a beneficio del bene comune. La politica, fin dall'inizio della civiltà, ha cercato di dare una risposta a questa domanda. Dalla fine del XVIII secolo, dopo le rivoluzioni americana e francese, la legge diventa garante dell'esercizio della potestà. Al momento, tuttavia, la panacea offerta da quelle rivoluzioni non si è realizzata. Inoltre, c'è una proliferazione di standard su tutta la linea. Dopo anni di regimi dichiaratamente totalitari, la stessa domanda viene sollevata di nuovo.

La prima cosa da fare è stabilire come ci si è arrivati. Tra una pluralità di cause, riteniamo che la crisi risieda nell'abbandono della virtù della prudenza nella determinazione del bene comune. Ciò si riflette nell'attuale visione dell'uomo e della società. L'attuale visione dell'uomo sottovaluta sia l'atto del pensare che il pensiero. Per quanto riguarda il pensiero, come spiega Reale¹, è stato intronizzato il nichilismo. In assenza di un quadro di riferimento su cui riflettere, esistono solo l'ideologia e la violenza come metodo per risolvere i problemi legati al bene comune. Per quanto riguarda l'atto del pensare, stiamo vivendo il fenomeno della banalità del male, denunciato da Hanna Arendt². In questo senso, le persone non sono in grado (o addirittura non vogliono) riflettere sulla giustificazione razionale delle loro azioni. Questo, a sua volta, ha un impatto sociale non solo perché ci sono persone che, in base a questi canoni, influiscono sul bene comune, ma anche perché possono occupare posizioni in qualsiasi organo statale, e persino le più alte cariche di uno Stato. In quest'ultimo caso, l'impatto sul bene comune è maggiore perché il potere pubblico può essere usato contro di loro.

D'altra parte, anche in ambito sociale, c'è una complicazione intorno alla determinazione di ciò che comporta il bene comune. Innanzitutto, c'è una variazione nominale non trascurabile. A partire dalle rivoluzioni della fine del XVIII secolo, si è preferito il termine "interesse generale". Lo scopo è quello di sottolineare che

¹G. Reale, *Sabiduría antigua*, Herder, Barcelona 2000, pp. 21 e ss.

²H. Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, Lumen, Barcelona 2003.

nasce dalla volontà generale dei parlamenti e non include gli interessi dei governanti³. D'altra parte, lo Stato ha ampliato le sue funzioni, soprattutto a partire dal XX secolo, creando quello che è noto come "stato sociale". Ciò implica che alcuni beni e servizi che sono stati forniti in regime privato sono stati costituiti come diritti – anche fondamentali – che devono essere forniti ai cittadini.

In questo contesto, qualche anno fa, Guardini⁴ ha sottolineato che saper governare significa essere al di sopra, vedere la molteplicità e la dipendenza reciproca dei fattori effettivi, riscoprire quella moderazione da cui dipenderà non solo il bene pubblico, ma anche l'esistenza di tutti. È chiaro che il governo implica tutte queste cose. Tuttavia, è importante analizzare cosa significhi *ius* per gli affari pubblici e se sia possibile applicarlo nel contesto attuale.

2 LO IUS NELLA DETERMINAZIONE DELL'INTERESSE GENERALE. BREVI CENNI STORICI

Nel corso della storia possiamo indicare tre fasi in cui lo *ius* ha determinato l'interesse generale. La prima è breve e limitata all'emergere del termine nel Diritto romano. La seconda è la sua incorporazione e pubblicazione nel periodo imperiale romano. Questo modello, sostanzialmente, viene mantenuto fino alla modernità. Da qui si passa alla terza fase, caratterizzata dalla negligenza legislativa dello *ius* nella determinazione dell'interesse generale e dalla sua comparsa nel controllo giurisdizionale dell'esercizio della potestà pubblica. Senza voler fare una storia esaustiva, esporremo solo quello che, a nostro avviso, rappresenta il paradigma di ogni epoca. Nella prima fase, iniziamo con la descrizione della costituzione della Repubblica Romana. Nella seconda, esponiamo la teoria tomistica della materia. La terza parte descrive la visione illuminata della legislazione e il recupero dello *ius* attraverso la giurisprudenza delle più alte Corti degli Stati Uniti e della Germania, dove nasce il principio di proporzionalità.

2.1 *L'origine dello ius nel diritto privato repubblicano romano e la sua pubblicazione durante l'Impero*

D'Ors⁵ afferma che il termine *ius*, originariamente, si riferisce all'*atto di forza che una persona compie formalmente e che la società, attraverso i suoi giudici, riconosce come adattato alle convenienze*. In questo senso, è legato all'*auctoritas* dei giuristi (*iuris prudentes*). D'altra parte, la *potestas* era legata all'esercizio della forza e aveva come strumento la *lex*. È qui che si stabilì il governo della società romana.

³Cfr. J. Martínez López-Muñoz, *El interés general*, «Revista de Derecho de la Universidad de Piura», 23 (2022), pp. 15-54.

⁴R. Guardini, *El poder*, Guadarrama, Madrid 1963, p. 117.

⁵A. D'Ors, *Derecho privado romano*, EIUNSA, Pamplona 2010, §12.

Tuttavia, questo potere non veniva esercitato da solo, ma doveva essere accompagnato dall'*auctoritas* del senato⁶. Lo stesso autore fa notare⁷ che le decisioni del Senato prendevano la forma di consigli ai magistrati che detenevano la *potestas*. Anche durante l'epoca repubblicana si mantenne la separazione tra l'*auctoritas* dei giuristi, destinata a determinare ciò che è giusto nel caso specifico, e quella del senato, destinata alla *res publica*. Il senato era principalmente responsabile della direzione della politica religiosa, delle finanze pubbliche, del controllo delle magistrature, dell'assegnazione del governo provinciale e dei comandanti militari ai promagistrati e della politica internazionale.

C'era un contrasto tra i due. Così, Casino⁸ spiega: mentre l'idea di potere rappresenterebbe il potere umano, stabilito dagli uomini per la *leadership* della comunità e che è definito dall'elemento della forza o della coercizione, l'autorità appare come qualcosa che trascende l'uomo comune... che ha a che fare con la religione. Pertanto, non è banale ricordare che il termine *auctoritas* ha origine dalla parola *augure*. In questo senso, come menziona Morales⁹, l'autorità è la qualità attraverso la quale alcune persone si sono guadagnate il rispetto e l'ammirazione degli altri grazie alle loro virtù, ai loro valori come esseri umani e alla loro esperienza. Pertanto, il fatto di possedere *potestas* non implicava il possesso di *auctoritas* e viceversa. Ciononostante, era chiaro ai romani che la volontà del legislatore non era assoluta. Come menziona Lorca¹⁰, Cicerone giunge alla conclusione che è la natura razionale dell'uomo, e non la volontà del legislatore incarnata in norme positive, la prima e fondamentale fonte da cui nasce ciò che è giuridico.

Tuttavia, questa dicotomia cambiò sotto il governo di Adriano. Come menziona Vanney¹¹, il cambiamento è evidente in due aree. In primo luogo, l'incorporazione dei prudenti nella cancelleria imperiale. D'altra parte, il fatto che la *lex* inizi a produrre *ius*. In questo senso, c'è una pubblicità e una confusione dello *ius* e dell'*auctoritas* dei giuristi e del senato nella persona che dirige la comunità, detentrica della *potestas* e della *lex*.

⁶D'Ors ha semplificato la definizione di *potestas* e *auctoritas* sottolineando che la prima è il potere socialmente riconosciuto e la seconda la conoscenza socialmente riconosciuta. Cfr. M. A. Vanney, *Potestas, auctoritas y estado moderno*, ("Cuadernos de Empresa y Humanismo"), Universidad de Navarra, Pamplona 2009, p. 33.

⁷*Ibid.*, §28.

⁸F. Casinos, *El dualismo autoridad-potestad como fundamento de la organización y del pensamiento políticos de Roma*, «Polis», 11 (1999), p. 89.

⁹J. Morales, *Los conceptos de auctoritas y potestas durante la época moderna*, «Bajo palabra», 24 (2020), p. 341.

¹⁰M. Lorca, *La concepción ciceroniana de república, ley y virtud*, «Anuario Filosófico», 70 (2001), p. 575.

¹¹*Ibid.*, p. 43.

2.2 *Lo ius in Tommaso d'Aquino: monarca con auctoritas e potestas*

Questa confusione di potere e autorità, e tra sentenza e legge, che ha origine a Roma, è ciò che vediamo di nuovo nell'Alto Medioevo. Obarrio e Piquer¹² affermano che la rilevanza del monarca alla fine del periodo può essere vista in una doppia dimensione: nel suo ruolo di principe e nel suo rinnovato potere di concedere leggi (*princeps legibus solutus est*). Va notato che questa è la realtà che san Tommaso d'Aquino conobbe ai suoi tempi. Per questo motivo, Alvira Domínguez¹³ afferma che ciò che è fondamentale per Tommaso d'Aquino è la *potestas*, che, in realtà, e più dettagliatamente, può essere intesa come una sorta di sintesi di autorità, poteri e riconoscimento sociale. Tuttavia, anche se questo è vero, Tommaso d'Aquino mantiene la distinzione tra le due funzioni, come si vedrà in seguito.

La II-II, q. 57, a. 1 della *Summa Theologica* farà luce su questo.¹⁴ Una prima osservazione, che è ovvia in linea di principio, è che si usa il termine *ius* e non *directum*. Come giustamente menziona D'Ors¹⁵, il *directum* non proviene dalla tradizione giuridica romana. Questo termine appartiene al linguaggio volgare tardo-romano, di ispirazione giudaico-cristiana e riflette l'idea moralizzatrice che la giusta condotta è quella che segue la retta via. Tuttavia, la definizione di *ius*, come si vedrà, non è intrisa di questa rettitudine. Rispondendo a questa domanda, egli distingue specificamente la necessità della rettitudine dell'agente nelle altre virtù, ma non nel caso della determinazione dello *ius*.

Una seconda osservazione riguarda il modo in cui viene determinata la giustizia. Tommaso d'Aquino sottolinea che essa è determinata dalla ragione, per mezzo di una regola di prudenza. Una terza osservazione è la qualificazione di *ius*¹⁶ come termine analogo¹⁷. In questo senso, i significati sono i seguenti: 1) la stessa cosa giusta; 2) l'arte con cui si discerne il diritto; 3) il luogo in cui il diritto è concesso; 4) La sentenza. Sottolinea anche che lo *ius* è *lex* quando questa regola di prudenza è messa per iscritto. Infine, dal punto di vista negativo, il rapporto con Dio è escluso perché non c'è uguaglianza. Lui lo chiama *fas*.

¹²J. A. Obarrio Moreno, J. M. Piquer Marí, *Poder y derecho en la Baja Edad Media: el Monarca*, in J. García Sánchez (a cura di), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 11, BOE, Lisboa-Évora 2013, p. 612.

¹³R. Alvira, *Sobre algunos conceptos políticos fundamentales en el pensamiento de Tomás de Aquino*, «Revista española de filosofía medieval», 10 (2003), p. 349.

¹⁴Una conclusione simile, pur analizzando il *Commentario all'Etica Nicomachea* di Tommaso d'Aquino, cfr. J. Martínez, C. Massini, *Notas sobre la noción de justicia política en Tomás de Aquino*, «Sapientia», 47 (1992), pp. 271-280.

¹⁵*Ibid.*, §12.

¹⁶La definizione analogica viene da Celso, un giurista romano. Cfr. G. Di Pietro, *Las fuentes jurídicas romanas en Santo Tomás de Aquino*, «Sapientia», 54 (1999), p. 96.

¹⁷Per un'interpretazione metafisica dell'analogia di *ius*, si veda J. Rofrío Martínez-Villalba, *Noción de derecho en la metafísica tomista*, «Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho», 26 (2012), pp. 373-407.

Da quanto suddetto, può sembrare che Tommaso d'Aquino non distingua l'*auctoritas* legata allo *ius* e alla *potestas* come facevano i romani. Tuttavia, è importante tenere conto di un'interpretazione sistematica della *Somma* a tal fine. Va notato che di seguito stiamo cercando solo l'aspetto che si riferisce allo *ius*.

In primo luogo, è necessario analizzare la definizione di *giustizia* (II-II, q. 58, a. 1). Si basa sulla definizione romana di Ulpiano: volontà costante e perpetua di dare a ciascuno il proprio (*Dig.* I, 10). Nella risposta alla seconda obiezione all'articolo 1, si afferma espressamente che la giustizia non è essenzialmente rettitudine, ma solo causalmente. La rettitudine si trova nella costante e perpetua volontà di dare; tuttavia, la determinazione dello *ius* non lo richiede. Perciò nell'articolo 11 egli sottolinea che la materia di giustizia è un'operazione esterna, in quanto essa stessa, o la cosa di cui ci serviamo, è proporzionata a un'altra persona. Ciò è ulteriormente chiarito dalla risposta alla quinta obiezione di cui al punto a. 1. Lì menziona che il giudice dà a ciascuno ciò che è suo, agendo come colui che comanda e colui che dirige; poiché il giudice è il giusto animato, e il principe il custode dei giusti. Qui notiamo l'oggettività della determinazione di ciò che è giusto, così come la distinzione tra l'*auctoritas* del giudice e la *potestas* del principe.

All'interno di questa stessa definizione di giustizia, Tommaso d'Aquino distingue tra giustizia particolare e giustizia generale. La distinzione, secondo II-II, q. 58, a. 7, è in due ragioni. Il primo potremmo definirlo temporaneo. Così, la giustizia legale ordina immediatamente il bene comune e mediatamente al bene particolare, mentre la giustizia privata fa il contrario. D'altra parte, c'è una differenza formale: la *ratio* del bene comune non è la stessa di quella del bene particolare, così come la ragione del tutto non è la stessa della ragione della parte.

In secondo luogo, analizziamo alcune questioni che circondano il *giudizio*, come atto di determinazione dello *ius*. Egli riconosce che si tratta di un termine con un significato analogo (II-II, q. 60, a. 1.). Così, egli sottolinea che si tratta di un atto del giudice, come una giusta determinazione delle cose giuste. Poi è stato esteso alla giusta determinazione di qualsiasi cosa, sia speculativa che pratica. In quest'ultimo senso, la determinazione dell'interesse generale può essere implicitamente inclusa.

Dice anche che sono necessarie due condizioni per un giusto giudizio. La prima è l'atto della ragione; l'altra è la retta intenzione del giudice. Pertanto, il giudizio precede la realizzazione della giustizia. Si noti che lo *ius* è limitato alla ragione, e il *directum* governa l'intenzione. Ciò è ulteriormente chiarito nella risposta all'obiezione 2 quando afferma che la sentenza è pronunciata secondo le norme di diritto. Infine, sottolinea che il giudizio appartiene ai giudici, ma l'atto di giustizia appartiene a ogni persona. Anche in questo caso si nota l'*auctoritas* del giudice.

Inoltre, la risposta all'obiezione 4 distingue la giustizia nel principe e nei sudditi. Nel primo caso si tratta di una virtù organizzativa, mentre nel secondo è

esecutiva. Inoltre, egli sottolinea che il giudizio implicato nella determinazione di ciò che è giusto appartiene alla giustizia, in quanto risiede in modo molto principale nella persona che presiede alla comunità.

Anche qui (II-II, q. 60, a. 5) egli contraddice il mero positivismo giuridico, ponendo la questione se si debba sempre giudicare secondo leggi scritte. In questo caso, stabilisce che le leggi che vanno contro la legge naturale perché ingiuste non sono vincolanti.

In terzo luogo, guardiamo alla prudenza. Lì (II-II, q. 47, a. 10) Tommaso d'Aquino si chiede se la prudenza abbracci il dominio della moltitudine. Sulla base dello Stagirita, dice che lo fa. Fa anche notare che la retta ragione giudica il bene comune meglio del bene privato. D'altra parte, egli sottolinea che non c'è incompatibilità tra i due beni, perché non ci può essere bene proprio senza il bene comune, e viceversa. Nell'articolo seguente (II-II, q. 47, a. 11) egli tratta se la prudenza che riguarda il proprio bene sia la stessa che riguarda il bene comune. A ciò egli risponde di no. Infatti, la fine di un'abitudine diventa la sua ragione formale. In questo senso, ci saranno diverse specie di abiti, a seconda dei tipi di fini. Così, egli dà come esempio la prudenza che è rivolta al bene personale o quella che è ordinata al bene comune, a seconda che sia comune la casa, la famiglia o la comunità politica. Pertanto, seguendo lo Stagirita, nel caso del bene comune ci troviamo di fronte alla prudenza politica. Infine, nell'articolo seguente (II-II, q. 47, a. 12) sottolinea che la prudenza risiede nella ragione, la cui funzione propria è quella di reggere e governare. Tuttavia, distingue la prudenza del governante e quella dei governati. Così, egli spiega il primo alla maniera di una mente architettonica e il secondo alla maniera dell'arte meccanica.

Infine, è importante ricordare ciò che è detto nel trattato sulla *legge*. Così I-II, q. 90, a. 1, indica espressamente che la legge appartiene alla ragion pratica,¹⁸ e l'articolo seguente (a. 2), che essa è sempre diretta al bene comune.¹⁹ Inoltre, nel definire la legge umana (I-II, q. 91, a. 3) egli insiste sul fatto che essa è un processo della ragione pratica e che si occupa di ciò che è operabile, singolare e contingente.

Una questione importante qui è il rapporto tra la legge e la giustizia (I-II, q. 95, a. 2). Tommaso d'Aquino dice, seguendo sant'Agostino, che la legge avrà la sua forza nella misura in cui sarà giusta. A questo punto, definisce una cosa come giusta quando è giusta secondo la regola della ragione. E a sua volta, collega la ragione con la legge naturale. Perciò una legge umana è veramente legge in

¹⁸Di Pietro afferma che Tommaso d'Aquino riconosce il ruolo della volontà di legiferare, ma che essa deve essere accompagnata dalla ragione. Qui il punto di vista dello Stagirita prevale sulla definizione di legge di Ulpiano contenuta in *Dig.* I, 4, 1.: *quod placuit principi, legis habet vigorem*. Cfr. *ibid.*, p. 99.

¹⁹Su questo punto, Tommaso d'Aquino ha trovato un consenso tra Aristotele e il Diritto romano. Cfr. G. Di Pietro, *Las fuentes jurídicas romanas en Santo Tomás de Aquino*, cit., p. 100.

quanto deriva dalla legge naturale. Quindi si può vedere che *ius* è collegato a *directum*.

Trattando la legge umana nella q. 95, egli sembra ritornare alla distinzione tra l'*auctoritas* del legislatore e quella del giudice. Infatti, in a. 1. cita le ragioni per cui l'attività del legislatore è al di sopra dell'attività del giudice, seguendo quanto indicato da Aristotele nella *Retorica*. Le ragioni sono altrettanto note: (a) è più facile trovare poche persone istruite per fare le leggi che molte per giudicare; (b) perché il legislatore è più bravo del giudice a studiare la realtà, che lo fa inaspettatamente; (c) perché il legislatore è più obiettivo e meno suscettibile di influenza rispetto al giudice.

Infine, su questo punto, egli sottolinea che la norma deve essere adeguata al fine perseguito (I-II, q. 95, a. 3). Commentando la descrizione della Legge di sant'Isidoro, egli descrive l'adeguatezza che essa deve avere alla legge divina, alla legge naturale e all'utilità pubblica. Sviluppa anche questi presupposti. Nel caso di conformità alla legge naturale (disciplina), stabilisce i seguenti requisiti: a) sottomissione alla ragione; b) tenere conto delle capacità dei soggetti; c) adattarsi alle circostanze. Per quanto riguarda l'utilità pubblica, afferma: a) evitare i mali; b) promuovere i beni; e c) provveda al danno che può derivare dalla stessa legge.

In conclusione, da quanto sopra possiamo rilevare e possiamo dire che lo *ius* è un termine analogo che manifesta la determinazione razionale di ciò che è giusto sia per le relazioni tra le persone sia per la relazione tra una persona e la sua comunità (sia essa la famiglia, qualche altra organizzazione intermedia, o la *polis*).²⁰ Come menziona Pinckaers²¹, ciò rende la giustizia in Tommaso d'Aquino più giuridica ed esteriore, perdendo la sua dimensione personale.

In ogni tipo di rapporto c'è una forma di prudenza e questo, indipendentemente dal fatto che la funzione legislativa o giudiziaria risieda nella stessa persona. Nel caso di rapporti tra privati, lo *ius* è determinato dalla giurisprudenza stabilita dal giudice. Nel caso delle relazioni tra la comunità e l'individuo, opera la prudenza politica. Anche se non è espressamente menzionato, dobbiamo sottolineare che ci sono un paio di differenze tra i due. La prima è temporale: la giustizia determinata dal legislatore è *ex ante* al conflitto, mentre la giustizia dichiarata dal giudice è *ex post*. La seconda è quella dell'astrazione: il legislatore determina ciò che è giusto in modo astratto, senza la mediazione di alcuna prova; mentre il giudice lo determina in modo concreto, valutando alcune prove.

²⁰Robles qualifica la teoria giuridica di Tommaso d'Aquino come *decisionale* perché contempla tutto il diritto in termini di decisioni, siano esse di natura generale (leggi) o di natura particolare (sentenze o altri atti). Siamo d'accordo con la sua posizione. Cfr. G. Robles, *El derecho como objeto de la justicia. Breve comentario al artículo 1 de la quaestio 57 de la Secunda Secundae de la Summa Theologiae de Santo Tomás de Aquino: utrum ius sit obiectum iustitiae*, «Persona y derecho», 78 (2018), pp. 51-64.

²¹S. Pinckaers, *Las fuentes de la moral cristiana*, EUNSA, Pamplona 2007³, p. 68.

Infine, nel caso della prudenza politica, Tommaso d'Aquino propone l'adattamento della legislazione alla legge divina, alla legge naturale e all'utilità pubblica. Va notato che gli scopi della comunità politica devono rispettare organismi intermedi, come la famiglia o qualche altro. In questo senso, per dirla nella terminologia del diritto pubblico contemporaneo, lo Stato non è competente a fare tutto, ma deve rispettare gli scopi di queste organizzazioni intermedie.

2.3 *L'oblio dello ius nella legislazione moderna e il suo recupero da parte della giurisprudenza*

Semplificando molto la storia, è importante evidenziare il problema politico della modernità: il controllo della potestà. Per fare ciò, è importante confrontare il suo esercizio nell'*ancien régime* e nel nuovo regime. Nell'antico regime possiamo trovare quattro caratteristiche: 1) si staccava dal dominio esercitato dai re; 2) in linea di principio era destinato al bene comune, spesso confuso con gli interessi personali del monarca; 3) il suo uso aveva una regolamentazione etica; e 4) è stato trasmesso da *ius sanguinis*. La logica di governare i regni era molto simile a quella di qualsiasi proprietario contemporaneo che prendeva decisioni sulla sua proprietà. In linea di principio, amministra tutto in base al proprio interesse e i suoi discendenti ricevono il suo patrimonio. Le persone che vivevano all'interno di questo dominio, pur avendo una certa dignità di essere persone (a maggior ragione all'interno della cristianità) erano legate dal bacio del vassallaggio ed erano collaboratori della sua proprietà. In questo senso, c'erano più doveri che diritti. Anche se c'erano alcuni pensatori che parlavano della necessità che il potere fosse usato a beneficio di tutti, questo non era altro che una regola morale, soggetta per lo più al perdono in un confessionale. È in questo caso che si trovano le regole per determinare lo *ius*. In effetti, non c'era alcun obbligo nel suo utilizzo, né tantomeno la responsabilità per decisioni irrazionali.

Le rivoluzioni americana e francese hanno sconvolto l'ordine costituito nelle caratteristiche sopra menzionate. Con buone intenzioni, cercarono di stabilire una società più giusta, basata sugli ideali dell'Illuminismo. Tuttavia, come giustamente menziona Quérel²² nel caso della Rivoluzione francese, i suoi metodi non erano i più prudenti. Lo stesso accadde con la Rivoluzione americana²³. Ciononostante, dopo questo cambiamento traumatico, l'esercizio del potere ha quattro caratteristiche totalmente opposte: 1) il potere si basa sulla sovranità del popolo; (2) deve essere destinato al bene comune, ora chiamato interesse generale; 3) è soggetta alla legge (stato di diritto) e quindi anche divisa per impedirne l'abuso; e (4) è trasmessa con mezzi democratici.

²²C. Quérel, *¡Creer o morir! Historia políticamente incorrecta de la revolución francesa*, Homologens, Madrid 2021.

²³E. Pani, *Historia mínima de Estados Unidos*, Colegio de México, México 2016, pp. 51 e ss.

Di queste caratteristiche, sono le ultime tre che meritano un commento speciale. Innanzitutto, l'interesse generale. Sotto l'influenza del naturalismo razionalista, gli interessi pubblici e privati erano intesi come opposti. Fu lì che si ruppe l'armonia tra i due che proteggeva il concetto medievale di bene comune. L'interesse privato può essere difeso solo dai cittadini, mentre l'interesse pubblico è perseguito solo dallo Stato. Queste sono le idee che hanno motivato le rivoluzioni di cui sopra. Gli intellettuali rivoluzionari avevano ragione a porsi questa domanda. I monarchi non si dedicavano a curare l'interesse generale, ma piuttosto il proprio o quello dei loro parenti. Lo *status* di *legibus solutus* dei re aveva solo limiti morali e pochi limiti giuridici nell'esercizio della potestà pubblica. Pertanto, il punto di rottura con l'*ancien régime* è stato l'instaurazione dello stato di diritto. La legge sarà ora l'espressione della volontà del popolo e non il capriccio del governante. In questo senso, ciò che contava era garantire che la pubblica amministrazione eseguisse la volontà espressa nella legge. Tuttavia, questa opposizione è diventata più radicale. Quella che era iniziata come una separazione di tipo cartesiano si è trasformata in un antagonismo marxista che oggi si confronta con lo Stato e il cittadino senza alcuna sintesi possibile in vista.

La caratteristica successiva, la giuridificazione del potere, si trovava già nell'*ancien régime*. Tuttavia, era l'eccezione piuttosto che la regola generale. Era particolarmente utile per le tasse e le sanzioni, ma niente di più. Principi come *nullum crimen, nulla poena sine lege* o *non taxation without representation* sono un esempio. Sotto il nuovo regime, lo stato di diritto, in quanto manifestazione della volontà popolare, diventa la pietra angolare della vita delle nazioni. Tuttavia, tenendo conto del contesto storico di ogni luogo, si è evoluto in modi diversi nella sfera occidentale: *stato di diritto*, *Rechtsstaat* e *droit administratif*. Quest'ultima forma, il caso francese, è la conseguenza dell'influenza della divisione del potere sull'organizzazione dello Stato. La creazione della pubblica amministrazione e il suo controllo da parte di un organo specializzato (Consiglio di Stato) è uno dei modi per attuare lo stato di diritto attraverso la separazione dei poteri.

Sulla base di queste due caratteristiche, è importante evidenziare la mutazione del concetto di legge. Tommaso d'Aquino (I-II, q. 90, a. 4) definisce la legge come un certo ordinamento della ragione orientato al bene comune promulgato da colui che dirige la comunità. In sostanza, la definizione di legge risponde alla tetracausalità aristotelica: 1) ordinare la ragione come causa formale; 2) l'orientamento al bene comune come causa finale; 3) la promulgazione come causa materiale; e 4) chi guida la comunità come causa efficiente. Partendo da questa struttura, e dall'enfasi che la modernità pone sulla volontà piuttosto che sulla ragione, si lascia da parte il primo elemento, proprio dove risiede lo *ius*. La nuova definizione di legge comprende solo gli altri elementi: è quella che è diretta all'interesse generale emanata dal parlamento. Lo *ius* è riservato al controllo che può

essere esercitato *ex post* dalla magistratura.

Infine, c'è un'ultima questione da tenere in considerazione, ovvero l'impatto della democrazia sull'accesso alle più alte magistrature. Come si è visto nel corso della storia, l'abuso di potere è sempre stato un rischio latente. Ciò implica che il potere non è usato per l'interesse generale, ma per l'interesse di coloro che lo detengono o di coloro che gli sono vicini. Sembrerebbe che, sotto il nuovo regime, la legge sarebbe un'espressione dell'interesse generale e non ci sarebbero conflitti con l'interesse dei singoli. Inoltre, la separazione dei poteri è stata proposta come garanzia supplementare. Tuttavia, non è stato così. La politica e il controllo dell'apparato statale erano il trofeo di gruppi potenti che volevano mantenere il loro *status quo* contro l'interesse generale.

Si può notare che le cose sono rimaste le stesse da quel punto di partenza ottocentesco, tranne che per una questione che ha avuto un impatto diretto sulla separazione dei poteri: il decentramento. Infatti, gli illuminati in quanto teorizzatori di questo principio si proponevano sempre di dividere il potere supremo. Inizialmente, tuttavia, gli enti territoriali locali non erano inclusi. Ricordiamo che i comuni e i municipi sono emersi nel mondo occidentale nel tardo Medioevo. Con l'avvento dello Stato moderno, avevano già una tradizione per quanto riguarda la loro organizzazione e l'uso dei poteri che dovevano essere inclusi nel nuovo Stato. Inoltre, anche se tale assetto è riscontrabile dalla seconda metà del XX secolo, dovremmo aggiungere il fenomeno delle amministrazioni pubbliche indipendenti. Si tratta di nuovi modi di dividere il potere per evitare che le pratiche politiche influenzino le decisioni amministrative e che prevalgano i criteri tecnici.

Dopo questo sviluppo, la situazione dello Stato e la sua determinazione all'interesse generale non hanno avuto i risultati previsti dalle riforme successive. Questa situazione è denunciata da Nieto²⁴ nel suo lavoro sulla "nuova organizzazione del malgoverno" per il caso spagnolo, che è applicabile anche a molti altri Paesi. Descrive come gruppi potenti siano riusciti ad atrofizzare l'attività statale a beneficio dei propri interessi. Con questi nuovi elementi, la definizione delle norme, anche se formalmente intesa per l'interesse generale, è stata materialmente ridotta a *ciò che è promulgato da coloro che detengono il potere* (causa efficiente e causa materiale della definizione tomista). Si può vedere che, apparentemente, la modernità da sola non ha risolto il problema dell'abuso di potere.

Tuttavia, la negligenza legislativa dello *ius* è stata compensata dalla scoperta del principio di proporzionalità nelle sentenze dei tribunali che controllano l'esercizio del potere. In un recente studio, Bernal Pulido²⁵ delinea le origini del

²⁴A. Nieto, *La "nueva" organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona 1998.

²⁵C. Bernal, *La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa*, in M. Carbonell, H. Fix-Fierra, L. González Pérez, D. Valadés (a cura di), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, vol. 1, UNAM, México 2015.

principio di proporzionalità. Sebbene il suo studio inizi nella modernità, seguendo Wieacker, riconosce che proviene dal diritto romano. È importante notare che l'uso di questo principio è iniziato nella legislazione delle forze di polizia prussiane. L'articolo 10 del titolo 17 del codice civile prussiano del 1794 prevedeva che la *polizia prendesse le misure necessarie per mantenere la pace, la sicurezza e l'ordine pubblico*. A ciò si aggiunse la creazione dell'Alta Corte Amministrativa Prussiana nel 1875 che cooperò con l'espansione del principio. In effetti, questa corte ha costantemente invocato la violazione di tale principio come base per dichiarare nulle le misure coercitive che limitavano eccessivamente i diritti individuali. Tale ricorso a livello amministrativo è diventato il parametro per la tutela dei diritti costituzionali enunciati nella Legge fondamentale tedesca da parte della Corte costituzionale tedesca. È poi migrato verso il diritto della Comunità europea, il diritto europeo dei diritti umani, il diritto costituzionale nazionale dei Paesi europei e il diritto britannico²⁶. D'altra parte, come racconta Cianciardo²⁷, nel caso degli Stati Uniti d'America, questo principio è sorto come aspetto sostanziale del giusto processo svolto dalla Corte Suprema. Dopodiché, siamo arrivati alla situazione che abbiamo sollevato all'inizio di queste righe.

Rispetto al Medioevo, e al pensiero di Tommaso d'Aquino, la situazione di chi è al potere non è cambiata sostanzialmente. Sia il re medievale che le attuali autorità dei Paesi possono determinare l'interesse generale senza controllo. L'attaccamento allo *ius* è meramente morale. Tuttavia, a differenza della fase precedente, lo *ius* è richiesto nel controllo dei suoi atti per mezzo del giudice corrispondente. In questo senso, gli errori dovuti all'abuso di potere durano fino a quando non vengono scoperti dal giudice. Tuttavia, questo ha anche dei limiti perché allo stato attuale, la quantità di questioni regolamentate dallo Stato è legata a molte questioni meta-legali. Basta ricordare che la modernità, con una visione contrastante tra individuo e Stato, ha abolito la logica classica della sussidiarietà. Pertanto, si può vedere che, apparentemente, la modernità da sola non ha risolto il problema dell'abuso di potere.

3 IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ COME MANIFESTAZIONE DELLO *IUS* E LA SUA APPLICAZIONE NEL DIRITTO PUBBLICO CONTEMPORANEO

Anche se è concepita per le decisioni della pubblica amministrazione, la metodologia spiegata da Rodríguez de Santiago²⁸ può essere utilizzata per spiegare il modo in cui viene determinato l'interesse generale, indipendentemente dal fatto

²⁶*Ibid.*

²⁷J. Cianciardo, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Depalma, Buenos Aires 2004, pp. 32-37.

²⁸J. Rodríguez de Santiago, *Metodología del derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid 2015.

che si tratti del potere legislativo o esecutivo, e il modo in cui i giudici controllano tale determinazione. Lo Stato di diritto implica che sia governato da norme giuridiche che possono essere controllate dai giudici. A loro volta, queste norme giuridiche sono composte da due parti: la situazione di fatto e le conseguenze giuridiche. Questa struttura, per dirla semplicemente, è una sorta di ordine in cui il governante agisce in un certo modo (conseguenza legale) nel caso in cui si verifichi una situazione prevista dalla legge (presupposto fattuale). A seconda della materia che la norma intende disciplinare, essa può contenere alcuni elementi che non sono determinati dalla legge. Ci riferiamo agli esempi già citati, come la sanità, l'istruzione e la lotta contro la povertà.

L'autore si sofferma sulla razionalità delle decisioni e sul controllo successivo. Per questo motivo, distingue due tipi di situazioni: 1) la costruzione della regola di condotta che deve essere seguita dal governante, e 2) la determinazione della regola di controllo che deve essere applicata dal giudice. La differenza tra i due riguarda le fonti che determinano la situazione di fatto e la conseguenza giuridica della norma. La norma di condotta, infatti, comprende non solo le fonti giuridiche, ma anche le fonti che fanno riferimento ad altre scienze o arti. In uno degli esempi citati, sono le scienze mediche che determinano quando c'è salute. Tuttavia, la regola di controllo ha solo fonti legali. In linea di principio, sembrerebbe che il meta-legale rimanga incontrollato. Tuttavia, tale parte deve sempre essere adeguata all'interesse generale. Per questo motivo, non è mai lasciato incontrollato, ma è controllato dal principio di proporzionalità. È qui che risiede la razionalità politica pratica.

Recentemente, Bernal Pulido²⁹ ha descritto il funzionamento di questo principio come un controllo del potere legislativo, che è ciò che normalmente limita il contenuto dei diritti fondamentali. Questo principio, a sua volta, è composto da tre sotto-principi che devono essere rispettati in modo ordinato e a titolo di prova: 1) sotto-principio di idoneità, 2) sotto-principio di necessità e 3) sotto-principio di proporzionalità in senso stretto. Di seguito, seguiamo ciò che ha detto il suddetto autore per spiegare ciascuno di questi. Il sotto-principio di idoneità implica che l'atto abbia un fine consentito dall'ordinamento giuridico e mezzi adeguati per raggiungerlo. Il secondo sotto-principio consiste nell'esaminare se la misura sia meno restrittiva dei diritti rispetto ad altre misure di pari efficacia. Infine, la proporzionalità in senso stretto implica l'analisi dei vantaggi e degli svantaggi della misura adottata al fine di trovare un equilibrio tra i due.

La definizione del principio di ragionevolezza è chiara. In linea di principio è molto simile a ciò che Tommaso d'Aquino chiedeva alla legge per quanto riguarda la legge naturale e l'utilità pubblica. In effetti, il commento di sant'Isidoro

²⁹C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014, pp. 1075 e ss.

alla nozione di legge (I-II, q. 95, a.3) insiste sull'adeguatezza razionale. Tuttavia, c'è una differenza nel paradigma antropologico sottostante. La visione del principio di proporzionalità si basa sull'antropologia moderna. In questo senso, la legge limita estrinsecamente il contenuto dei diritti che devono essere assoluti. Ricordiamoci che l'interesse particolare è inteso come opposto all'interesse generale. Per questo motivo, il principio analizza solo l'adeguatezza tra mezzi e fini. La proposta tomistica è più ampia perché ha una base antropologica diversa. In questo caso, il bene comune è la somma di beni particolari. Pertanto, è logico che Tommaso d'Aquino si interroghi sulle capacità dei soggetti e sulle circostanze. La recente pandemia è stata un esempio della necessità di elevare queste ultime caratteristiche, dimenticate dalla modernità, ma stabilite da Tommaso d'Aquino.

Infine, c'è una questione in sospeso, ovvero il requisito della proporzionalità come prerequisito per le decisioni attraverso le quali si governa. In linea di principio, la legislazione tende a richiedere motivazioni o giustificazioni per le norme in base alle quali viene determinato l'interesse generale. In molti casi, questi requisiti si riferiscono anche alla proporzionalità o alla razionalità della norma. Tuttavia, su questo punto può esserci solo un dibattito politico, perché il vero controllo giuridico è esercitato dai giudici nei gradi di giudizio corrispondenti.

In conclusione, possiamo sottolineare che le esigenze dello *ius* rispetto agli affari pubblici non sono state oscurate durante la modernità. Tuttavia, differiscono dalla posizione tomistica in due modi. La prima è la base antropologica: pensare al bene comune non è la stessa cosa che pensare all'interesse generale. Il secondo è il controllo dell'uso del potere da parte dei giudici, che prima non esisteva.

4 LA SUA APPLICAZIONE ALLA DOTTRINA SOCIALE DELLA CHIESA E AL DIRITTO CANONICO

La modernità ha generato una rottura nel modo di pensare l'interesse generale per le nazioni, creata a partire dalla fine del XVIII secolo, come abbiamo visto nelle righe precedenti. Con il passare del tempo, questo modello si è diffuso in tutto il mondo. Ci sono pochissime società che non sono soggette alla separazione dei poteri. Uno di questi è la Chiesa cattolica. La sua posizione è privilegiata in questo terzo millennio perché il suo capo massimo, come fin dal Medioevo, ha *auctoritas* e *potestas*. Il primo si riflette negli insegnamenti della Dottrina sociale della Chiesa. Esprime i principi che, fondati sulla filosofia morale e politica, cooperano alla determinazione dell'interesse generale. D'altra parte, la *potestas* può essere vista nell'organizzazione dei rapporti di giustizia che sorgono *ad intra* della Chiesa, sia della Chiesa come società umana, sia come società divina. Analizziamo ciascuno di questi aspetti di seguito, concentrandoci sullo *ius*.

Per quanto riguarda la *Dottrina sociale della Chiesa*, i nn. 394 e 398 del Compendio, come pure il n. 171 dell'Enciclica *Fratelli Tutti*, si concentrano sull'esercizio del potere e sul suo destino all'interesse generale. Nel caso del Compendio, il n. 394 stabilisce che l'autorità deve orientare la vita della comunità verso i beni comuni, a partire dal fatto che questa comunità è determinata dal principio di sussidiarietà. Per questo motivo, sottolinea che l'attività degli individui e dei gruppi intermedi non dovrebbe essere soppiantata. Inoltre, il n. 398 si concentra sulla retta ragione. Tuttavia, non definisce quale sia la giusta ragione.

D'altra parte, *Fratelli Tutti* si focalizza in ciò che è giusto a livello politico. Dobbiamo ricordare che lo scopo di questo documento è quello di denunciare l'attuale situazione dell'amicizia e della fraternità sociale. In questo senso, è più descrittivo che prescrittivo. Ciononostante, il Papa applica i principi della Dottrina sociale della Chiesa fino ai nostri giorni e indica la possibilità di miglioramenti. Così, i n. 171 e ss. sono quelli importanti. Sottolinea che *ciò che è giusto* implica evitare l'impatto sulla dignità e sui diritti degli individui o dei loro gruppi sociali. Egli definisce *ius* nel senso ulpiniano: dare a ciascuno il suo. Inoltre, questo ritorno allo *ius* avviene all'interno di uno Stato sussidiario, che rispetta i diritti individuali e quelli dei gruppi intermedi. Si impegna anche a limitare il potere quando è di fatto distribuito e le pretese e gli interessi di ciascuno sono regolati. In questo caso si può vedere una visione più moderna del potere rispetto a quella tomista. Tuttavia, come abbiamo sottolineato, questo documento analizza la realtà attuale che si basa sulla separazione dei poteri e non, come quella tomista, che partiva dalla monarchia.

Infine, resta da analizzare il diritto canonico. Il Codice di Diritto Canonico risponde ai modelli di codificazione emersi dopo il giusnaturalismo positivista. In questo senso, non ci sono requisiti positivi di ragionevolezza nell'uso del potere. Questo è affermato nei canoni 7 al 22 del Codice. Tutt'al più, il canone 135 menziona che i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario devono essere esercitati nel modo prescritto dalla legge. Pertanto, nelle determinazioni di competenza sia della Chiesa universale che delle Chiese particolari, non si fa menzione dello *ius*. Vengono interpretate solo le funzioni intorno alle *tria munera*, ma non c'è enfasi sull'adeguatezza. In questo caso, la proporzionalità è un obbligo morale e la grande domanda è se debbano essere inclusi come in qualsiasi sistema giuridico statale. Ovviamente, poiché non vi è separazione dei poteri, non vi sarà alcun controllo *ex post* da parte dei giudici in alcune materie. Rimane, tuttavia, il requisito morale della razionalità delle decisioni.

5 CONCLUSIONI

- a) Lo *ius* è necessario per determinare l'interesse generale. La semplice *moderazione non basta*, come ha sottolineato Guardini. L'attuale situazione di relativismo e banalità del male complica il dibattito sulla razionalità pratica per la determinazione dell'interesse generale.
- b) Storicamente, lo *ius* ha attraversato tre fasi. La prima è la sua nascita associata all'*auctoritas* del *iudex* nel diritto romano. In seguito, fu unita alla *potestas* del legislatore e raggiunse così il tardo Medioevo. Infine, a partire dalla modernità e grazie al principio della separazione dei poteri, lo *ius* si concentra sui giudici e non è richiesto ai governanti.
- c) Tommaso d'Aquino conosceva la confusione tra *auctoritas* e *potestas* nella persona del monarca. Tuttavia, egli distingueva la razionalità propria del giudice e del legislatore. In entrambi i casi, egli mantiene una visione oggettiva e romana dello *ius*. Tuttavia, la loro determinazione negli atti dei governanti è un mero obbligo morale.
- d) Nel diritto moderno, la funzione dello *ius* è stata assolta dal principio di proporzionalità applicato dai giudici agli atti dei governanti. Tuttavia, la sua portata è inferiore alla razionalità pratica tomista. D'altra parte, la dottrina sociale della Chiesa e il diritto canonico sostengono la determinazione dello *ius* come un mero obbligo morale, tuttavia questo obbligo non viene menzionato nei loro testi.
- e) Il mero obbligo morale di determinare lo *ius* non è sufficiente. È necessario rendere positiva l'esigenza che i mezzi siano adeguati ai fini per conseguire l'interesse generale. Infatti, come ricorda Saint Exupéry³⁰: «Dobbiamo esigere da ciascuno ciò che ciascuno può dare [...]. L'autorità si basa prima di tutto sulla ragione. Se ordini al tuo popolo di gettarsi in mare, farà la rivoluzione. Ho il diritto di esigere obbedienza perché i miei ordini sono ragionevoli».

© 2023 Ricardo Bazán Mogollón & Guillermo Chang Chuyes & Forum.
Supplement to Acta Philosophica



Quest'opera è distribuita con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

[Testo completo della licenza](#)

³⁰A. de Saint-Exupéry, *El principito*, Municipalidad de Lima, Lima 2019, p. 43.