

INTRODUZIONE

**GIUSTIZIA E DIRITTO  
NELLA SCIENZA GIURIDICA EUROPEA**

**Antonio Cantaro**

SOMMARIO: 1. L'appello alla giustizia. – 2. Giustizia e diritto nella cultura europea. – 3. Giustizia e diritto nella scienza giuridica. – 4. La critica nichilista. – 5. La giustizia nella “narrazione” dei valori. – 6. Libertà economiche e giustizia sociale nell'ordinamento europeo. – 7. Un bilanciamento “finalisticamente orientato”? – 8. Il “lato oscuro” del bilanciamento. – 9. Oltre il bilanciamento: più “mediazione”.

**1. *L'appello alla giustizia***

1.1. Quando ho iniziato gli studi giuridici nella mia città – ma ciò che mi accingo a dire valeva per gran parte delle facoltà di giurisprudenza – un volume avente ad oggetto il tema *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea* sarebbe apparso un atto quasi temerario<sup>1</sup>.

I cultori delle discipline pubblicistiche e di quelle privatistiche detenevano saldamente in mano lo studio del diritto positivo e solo di esso erano tenuti ad occuparsi. *L'aspirazione alla giustizia* era considerata uno di quei temi che poteva scaldare il cuore, ma un tema – per il giurista positivo – scientificamente screditato: un *mito politico*, un *ideale irrazionale*, un *tema escatologico*.

Il rapporto tra giustizia e diritto era relegato ad isolati corsi di filosofia del diritto e di storia del diritto. Nell'errata, e non ancora del tutto tramontata convinzione, che tale rapporto investisse una dimensione estra-

---

<sup>1</sup> Il volume raccoglie e rielabora gli atti del seminario tenutosi ad Urbino il 25 marzo 2010. La *Nota tematica* che ha costituito la base della discussione e del dibattito, e alla quale molti dei contributi qui pubblicati fanno riferimento, è riprodotta in *Appendice*.

nea ed ininfluyente ai fini della soluzione dei problemi concreti con i quali gli operatori e i tecnici del diritto sono chiamati quotidianamente a misurarsi<sup>2</sup>.

Negli ultimi decenni il clima è sensibilmente mutato. Si è progressivamente preso atto, anche da parte dei cultori più legati a un impianto formalista, che il riferimento a *istanze di giustizia* è ormai largamente penetrato nel diritto positivo, nel ragionamento degli operatori, nelle motivazioni e nelle tecniche decisorie della giurisprudenza.

Una radicale domanda di giustizia permea, innanzitutto, il grande campo del diritto internazionale che, soprattutto dopo la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948, ha visto crescere in maniera esponenziale il numero delle dichiarazioni e convenzioni indirizzate, in nome del perseguimento di valori *latu sensu morali*, alla tutela di posizioni soggettive di singoli, d'individui, di gruppi, di collettività organizzate e non organizzate.

Ma *l'appello alla giustizia* non è più da qualche tempo circoscritto al solo campo del diritto internazionale. Ad esserne 'formalmente' attraversato è sempre più anche il diritto degli Stati, il diritto sovranazionale, il diritto europeo.

1.2. L'appello a fondamentali principi di giustizia è, invero, largamente presente già negli ordinamenti costituzionali europei del secondo dopoguerra<sup>3</sup>. E, segnatamente, nei principi fondamentali della Costituzione italiana<sup>4</sup>.

La giustizia è uno dei valori fondamentali della Carta di Nizza, documento al quale la scienza giuridica attribuisce rilevanza fondativa dell'ordine costituzionale europeo. Lo stesso progetto di una «unione sempre più stretta dei popoli europei», scritto sin dalle origini nei Trattati comunitari, ha il suo fondamento di legittimazione nella primigenia speranza dei padri fondatori dell'Europa contemporanea di un ordine continentale giusto, dopo le aberrazioni e le tragedie delle sue guerre

---

<sup>2</sup> Vedi, in tal senso, le pertinenti considerazioni contenute nella parte iniziale del contributo di Francisco Balaguer Callejón.

<sup>3</sup> Per alcuni riferimenti si veda la richiamata *Nota tematica* e, soprattutto, l'organico e problematico contributo di Vincenzo Baldini.

<sup>4</sup> Vedi le perspicue considerazioni contenute nel contributo di Giuseppe Ugo Rescigno sui diversi significati che la parola "giustizia" ha nella Carta costituzionale italiana e sull'assunzione, in alcune sue parti, della giustizia quale valore che può radicalmente opporsi «al diritto vigente» e, persino, «alla giurisdizione che applica tale diritto».

mondiali e del nazismo. E a grandi ideali dichiara di ispirarsi anche il Trattato di Lisbona ove prescrive all'Unione di perseguire la pace, di combattere l'esclusione sociale e le discriminazioni, di promuovere la giustizia e la protezione sociale, la parità tra uomini e donne, la solidarietà tra le generazioni e tra gli Stati membri, la coesione economica, sociale e territoriale<sup>5</sup>.

Insomma, anche l'odierno diritto europeo<sup>6</sup> ambisce a incarnare la primigenia speranza di un *ordine giusto della città*. Non una legge qualsiasi, ma una legge fondata e giustificata in una sfera estranea e permanentemente in tensione con quella del legislatore: la sfera 'metagiuridica' della giustizia<sup>7</sup>.

1.3. Non è perciò casuale che Gustavo Zagrebelsky, uno dei più autorevoli costituzionalisti italiani, abbia messo al centro della sua riflessione quella che egli definisce l'originaria e costitutiva *doppia anima del diritto*. Ovvero, l'inderogabile necessità di combinare sapientemente leggi in senso formale e valutazioni di giustizia materiale<sup>8</sup>.

Molti giusprivatisti, dal canto loro, s'interrogano su un tema 'scandaloso' agli occhi della dogmatica tradizionale: la *giustizia contrattuale*. S'interrogano sulla possibilità che il contratto incorpori finalità di *giustizia sociale*, dando voce a quelle domande di "più equi rapporti sociali" un tempo affidate a politiche pubbliche redistributive e, nei casi previsti dalla legge, a discipline limitative della libertà contrattuale<sup>9</sup>.

Su altro versante, lo storico Paolo Prodi intravede nel «moderno dualismo tra coscienza e diritto» il potente riproporsi dell'esigenza di ristabilire un fecondo rapporto tra la sfera dell'etica e quella del diritto positivo<sup>10</sup>. Augurandosi che l'approfondimento di questo percorso possa fun-

---

<sup>5</sup> Sull'etica della giustizia nell'Unione europea si soffermano, anche criticamente, i contributi di Francisco Balaguer Callejón e di Claudio De Fiores.

<sup>6</sup> Su diritto e giustizia nel cosiddetto ordinamento multilivello europeo, alla luce anche dei recenti sviluppi giurisdizionali, vedi l'attenta ricostruzione di Fausto Vecchio.

<sup>7</sup> La giustizia come concetto, principio e parametro argomentativo della giurisprudenza delle Corti costituzionali è oggetto dello stimolante ed organico contributo di Ulrike Haider Quercia.

<sup>8</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

<sup>9</sup> Di questa dimensione del rapporto tra giustizia contrattuale e giustizia sociale si occupano, in modo ravvicinato, i contributi di Gonzalo Maestro Buelga e di Delia La Rocca.

<sup>10</sup> Il tema 'specifico' del rapporto tra giustizia, pluralismo e dialogo interreligioso è l'oggetto dell'elegante ed illuminante contributo di Luigi Alfieri.

gere da efficace antidoto tanto per l'assalto degli integralismi, quanto per la «sacralizzazione» della norma<sup>11</sup>.

1.4. Quali le ragioni di questo risveglio per un tema certamente antico, ma a lungo considerato inessenziale per il “mestiere” del giurista?

Il filo rosso che percorre i diversi contributi contenuti nel volume è che l'odierna domanda di giustizia sia oggi nelle cose, ancor prima che negli ordinamenti vigenti e nelle riflessioni della scienza giuridica.

«Mitezza» del diritto, sua equità, umanizzazione della regola giuridica, «giustizia» della legge. La domanda di un *diritto giusto*, al servizio dei valori “universali” della persona, dell'uomo e del valore “assoluto” della vita, si fa ogni giorno sempre più pressante<sup>12</sup>.

La crescente domanda di giustizia è, insomma, un dato innanzitutto fenomenologico. È la società ad avanzare, in misura incomparabilmente più ampia che in passato, richieste di puntuali interventi riparatori delle «ingiustizie» in tutti gli spazi e gli ambiti della vita comunitaria. Richieste di regolazione e di provvedimenti giudiziari diretti a ‘moralizzare’ l'economia, la società civile, le sue istituzioni, le relazioni comunitarie e personali. Persino quelle più private ed intime.

Legislatori e giudici sono sempre più frequentemente investiti dalla richiesta di riconoscere questo o quel diritto, di imporre questo o quell'obbligo, per porre fine *hic et nunc* a torti e ingiustizie. Anche in relazione ad eventi che un tempo collocavamo indiscutibilmente nella voce comportamenti socialmente scorretti e dei ‘peccati’ (più che degli illeciti e dei reati) e che sanzionavamo con norme di tipo consuetudinario e deontologico: con la riprovazione sociale, con il giudizio dell'opinione pubblica, con la responsabilità politica.

Un tempo non era nell'ordine naturale delle cose pensare di ricorrere in tribunale con «argomenti morali» per risolvere conflitti tra docenti e studenti, tra padri e figli, tra medici e pazienti, tra partner. Oggi lo sta diventando.

Per non parlare, su un altro piano, del «pentitismo storico». Della tendenza a portare nel foro penale le colpe storiche di un'intera società o civiltà, a trasformare la «Storia» in tribunale penale.

---

<sup>11</sup> P. PRODI, *Una storia della giustizia*, Bologna, 2000.

<sup>12</sup> Problematicamente e criticamente sulla “mitezza” del diritto si vedano le considerazioni contenute nel contributo di Giuseppe Ugo Rescigno.

## 2. Giustizia e diritto nella cultura europea

2.1. L'appello alla giustizia è, dunque, una tendenza tipica del nostro tempo, della cosiddetta *epoca post-ideologica*.

Non si tratta, come detto, di una novità assoluta. La tensione a uno stretto e 'cogente' rapporto tra giustizia e diritto è un tema ricorrente nella storia europea, radicato nella cultura e nell'immaginario collettivo. Pur non appassionandosi per le definizioni di giustizia dei filosofi<sup>13</sup>, i popoli del vecchio Continente hanno da 'sempre' una percezione emotiva, visivamente forte, di cosa sia la giustizia. Prima ancora che astratta conformità a qualche criterio morale ed etico, la giustizia è per essi qualcosa di tangibile, qualcosa concretamente in grado di opporsi all'«ingiustizia». Come testimonia, la diffusa simbologia che individua la giustizia nella *bilancia* che essa tiene in mano.

Del criterio aristotelico "a ciascuno il suo" o della "giustizia proceduralista" di Rawls i popoli sanno poco. E anche il Marx del "a ciascuno secondo i suoi bisogni, da ciascuno secondo le sue capacità" non scalda più di tanto i loro animi.

Il fascino di cui hanno goduto in Europa il liberalismo, il marxismo, la dottrina sociale della Chiesa, la socialdemocrazia, lo Stato sociale, ha le sue origini più profonde nella denuncia delle concrete «ingiustizie» di un determinato assetto politico, economico, sociale<sup>14</sup>. Nella denuncia delle illibertà dell'*ancien régime* aristocratico-feudale e dello sfruttamento capitalistico, nella speranza per una *polis* che abbia a cuore le sorti delle classi svantaggiate.

2.2. L'indignazione per il diritto «ingiusto» è, peraltro, sentimento di gran lunga precedente l'emersione dei temi della "libertà dei moderni" e della "giustizia sociale".

La letteratura<sup>15</sup>, l'arte, la filosofia europea contengono una miniera inesauribile di appelli alla giustizia da parte di martiri, di personaggi eroici e tragici. Come ci ricorda Claudio Magris, con la consueta impareg-

---

<sup>13</sup> Sulle idee di giustizia nella tradizione filosofica, e segnatamente nella filosofia del diritto, si vedano gli stimolanti rilievi contenuti nel contributo di Alessandro Di Caro.

<sup>14</sup> Oltre i rilievi contenuti nella *Nota tematica* vedi le considerazioni sviluppate nella parte iniziale del contributo di Dolores Morondo Taramundi.

<sup>15</sup> Il legame tra giustizia e diritto sul piano letterario è oggetto del fine contributo di Maria Paola Mittica.

giabile eleganza, al diritto codificato viene contrapposta, sin dalle origini della nostra civiltà, l'*universalità dei valori umani*.

All'iniqua legge dello Stato promulgata da Creonte, Antigone contrappone le «non scritte leggi degli dei, i comandamenti e i principi assoluti che nessuna autorità può violare (...)». Il decreto iniquo di Creonte «è una legge positiva, con un suo contenuto specifico». Ad esso Antigone «contrappone un diritto non codificato, consuetudinario, tramandato dalla *pietas ed auctoritas* della tradizione, che si presenta quale depositario stesso dell'universale, un diritto al di sopra della legge positiva».

Per questa ragione Antigone è ancora oggi il simbolo intramontabile della resistenza alle leggi ingiuste, alla tirannide, al male: «veneriamo come eroi e martiri i fratelli Sholl o il teologo Bonhoeffer che, come Antigone, si sono ribellati alle leggi di uno Stato – come quello nazista – che calpestava l'umanità, sacrificando in questa ribellione la loro vita»<sup>16</sup>.

2.3. Coloro che stanno dalla parte della *legge positiva* sono sempre, dunque, coloro che negano i sentimenti e l'umanità? E i suoi operatori dei legulei, degli azzecagarbugli di manzoniana memoria?

Le cose non sono affatto così semplici, nemmeno nelle rappresentazioni letterarie. È lo stesso Magris a metterci in guardia da banalizzazioni e semplificazioni. A ricordarci che l'*Antigone* non è «solo una nitida contrapposizione di pura innocenza e truce colpa», ma è un conflitto nel quale genialmente Sofocle raffigura le colpe di tutti i contendenti, anche i più nobili. Creonte non è un mostruoso tiranno, non è un Hitler, ma un governante le cui responsabilità di governo, di tutela della città, richiedono di tener conto delle conseguenze, sulla vita di tutti, di una disobbedienza alle leggi positive e del possibile caos che ne segua.

Il bene non è, insomma, sempre tutto nelle «ragioni del cuore», nella Giustizia con la G maiuscola. Il bene può risiedere anche nelle ragioni degli uomini, nascondersi persino nelle maglie delle prosaiche regole della giustizia positiva, smentendo, qualche volta, clamorosamente, la convinzione che il diritto non possa che essere un'«arida tecnica che mortifica la vita».

Come esemplarmente accade nel *Mercante di Venezia* di Shakespeare dove «l'umanità, la giustizia, la passione, la vita, vengono salvate da Porzia travestita da sottilissimo e capzioso avvocato, grazie al formalismo giuridi-

---

<sup>16</sup> C. MAGRIS, *Letteratura e diritto. Davanti alla legge*, in *Cuadernos de Filología Italiana*, 2006, vol. 13, 175-181.

co più sofisticato, che autorizza sì Shylock a prendere una libbra di carne dal corpo di Antonio, ma senza versare neanche una goccia di sangue».

### 3. *Giustizia e diritto nella scienza giuridica*

3.1. Né l'immaginario collettivo, né la grande cultura, si fanno, insomma, intrappolare in schemi semplici, predefiniti, angusti<sup>17</sup>.

Ciò vale anche per l'«eterno» conflitto tra diritto naturale e diritto positivo nella letteratura filosofica, teologica, giuridica.

Della storia europea fanno parte a pieno titolo sia lo 'sguardo' giusnaturalista sia lo 'sguardo' positivista. Quanto, soprattutto, la loro feconda dialettica.

Troppo spesso la *vulgata* ci restituisce immagini caricaturali che fanno torto a entrambi. Così, ad esempio, quando il giusnaturalismo è interamente ridotto alla formula, di origine agostiniana, *lex iniusta non est lex*. La migliore tradizione giusnaturalista non ha, in realtà, mai pensato che la validità di una norma giuridica fosse condizionata solamente dal suo essere giusta. Per Tommaso d'Aquino v'è addirittura un obbligo di obbedire a leggi ingiuste, qualora serva a sostenere la solidità di un sistema giuridico nel suo complesso.

D'altra parte, il debito dell'*idealismo costituzionale* europeo nei confronti della letteratura teologica è indiscutibile. Se la *Repubblica* di Platone è ancora un costrutto logico, fuori dal tempo e dalla storia, *La Città di Dio* di Agostino, anche se posta in un'oltre (nell'eternità), è già una realtà, una realtà che non comporta l'eliminazione della "città terrena", ma il confronto ravvicinato con essa, l'agire umano per una sua riforma.

Per questa ragione l'opera di Agostino è (anche) la testimonianza di un'epoca impegnata in una profonda ristrutturazione delle leggi romane che vengono reinterpretate alla luce della rilettura evangelica del decalogo. Per questa ragione le grandi rivoluzioni che hanno segnato la storia europea saranno dominate dalla speranza di una "città ideale" nella quale regnano una pace e una giustizia mai pienamente realizzabili nella realtà presente, e tuttavia in grado di dare egualmente senso e misura storica all'agire concreto<sup>18</sup>: alla politica, alla legge.

---

<sup>17</sup> Vedi in tal senso la ricognizione critica e ragionata fatta da Alessandro Di Caro.

<sup>18</sup> Sulla potenziale perdita della misura – e quindi dello spazio della giustizia – nell'epoca globale si sofferma ampiamente e perspicuamente il contributo di Giuseppe Foglio.

3.2. Nemmeno il positivismo giuridico può essere ricondotto alle immagini caricaturali dei suoi critici più ingenui. Alla formula “la legge è legge” (*gesetz ist gesetz*), al rispetto cieco e acritico per l’autorità in carica, qualsiasi essa sia.

La migliore tradizione giuspositivista non ha mai ridotto la legge a comando senza fondamento, a comando puramente arbitrario.

Certamente il positivismo giuridico, in tutte le sue declinazioni, rifiuta l’idea che il diritto debba incorporare una morale determinata. Rifiuta, in particolare, l’idea di un legame indissolubile tra ordine divino e metafisico e ordinamento giuridico-sociale. *Auctoritas, non veritas facit legem*.

*Auctoritas*, non il “nulla”. Il positivismo non nega affatto la necessità di una dimensione fondativa di tipo “metagiuridico”, di un “punto di Archimede” extranormativo incaricato di far vivere il diritto come una forma “giusta” dell’agire sociale. Si chiami esso sovrano (Hobbes), nazione (Sieyes, Rousseau), popolo (il costituzionalismo democratico), gruppo sociale organizzato (il pensiero istituzionalista), decisione (Schmitt).

3.3. Il positivismo, insomma, anche se riconnette la legge, la sua interpretazione e applicazione, ad una volontà “immanente”, o persino ad uno scopo “pratico” (l’ordine sociale come fine del diritto, la pace<sup>19</sup>), attribuisce sempre a questa volontà e a questo scopo un senso “costituente” e “fondante” e li riveste, in qualche modo, di qualità mitiche e sacre.

È vero che la declinazione più radicale del positivismo, il normativismo kelseniano, prova a troncare ogni rapporto tra “dover essere” (*sollen*) ed “essere” (*sein*), a elevare la coerenza espressa dalla forma a criterio di massima validità e a prendere, così, definitivamente congedo dal problema della sostanza, giudicandola irrisolvibile e inutile. Tuttavia, quella sorta di *deus ex machina* che è la *Grundnorm* finisce, di fatto, per reintrodurre, sia pur nelle vesti di un’ipotesi logico-trascendentale, un punto di Archimede dell’ordinamento, un oltre metagiuridico a fondamento della normatività.

È significativo del resto che lo stesso Kelsen, negli scritti su *Essenza e valore della democrazia*, pur affermando che la democrazia, in quanto ‘mero’ metodo di creazione dell’ordine sociale, non è costituzionalmente vincolata al perseguimento di valori etici e a principi di «eguaglianza materiale», non neghi affatto che lo Stato democratico possa perseguire finalità di «giustizia sociale».

<sup>19</sup> Si vedano le sintetiche e lucide considerazioni di Francisco Balaguer Callejón.

Si tratta di finalità alle quali l'ordinamento può legittimamente essere indirizzato, se tali finalità sono prese consapevolmente dal "giusto" legislatore. Che per il relativista Kelsen è il sistema dei partiti rappresentati in Parlamento: il "punto di Archimede" degli ordinamenti politici e giuridici dello Stato democratico-sociale.

#### 4. La critica nichilista

4.1. La legge, il diritto, hanno ancora nella nostra epoca – nell'epoca 'post-ideologica' – il loro "punto di Archimede"?

Abbiamo ancora oggi bisogno dello "sguardo trascendentale" in diversa guisa lasciatoci in eredità tanto dalla tradizione giusnaturalista quanto da quella positivista?

Il diffuso appello alla morale e alla giustizia che permea il discorso pubblico e il senso comune è unanimemente condiviso dalla scienza giuridica contemporanea?

La necessità di uno stretto rapporto tra legge e giustizia è, in realtà, tutt'altro che universalmente condiviso. Una parte significativa, anche se non maggioritaria, della scienza giuridica contemporanea considera sostanzialmente *demodè* lo "sguardo trascendentale" sul mondo e sulla *polis* che ha così densamente caratterizzato la cultura, la civiltà, la coscienza europea.

Ciò è particolarmente evidente per ciò che concerne il fronte delle teorie giuridiche contemporanee che va sotto il nome di *nichilismo giuridico*.

Queste teorie, come è noto, si propongono di radicalizzare presupposti e postulati della "narrazione" positivista del diritto. E lo fanno a partire dalla asserzione – opinabile, ma che non può certamente essere ignorata – che l'anima nichilista del diritto è interna all'intera tradizione novecentesca, tanto quella normativistica di Hans Kelsen, quanto quella decisionistica di Carl Schmitt.

4.2. Le parole di Nietzsche nell'aforisma 459 di *Umano, troppo umano* assurgono, così, per Natalino Irti<sup>20</sup> a simbolo di una profezia insuperata:

«(...) dove il diritto non è più, come da noi, tradizione, esso può essere solo *imposto*, solo costrizione; noi tutti non abbiamo più un senso tradizionale del

---

<sup>20</sup> N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 34.

diritto, perciò dobbiamo accontentarci di diritti *arbitrari*, che sono espressione della necessità che esista un diritto».

Il nichilismo giuridico nega, in sostanza, qualsivoglia rilevanza e influenza reale alla domanda di eticizzazione e di giustizia che pure caratterizza la nostra epoca. La derubrica a residuo nostalgico per il “pensiero forte”, a retorica arcaica incapace di assurgere a fondamento, principio, senso del diritto.

Nell’epoca della *tecnica assoluta* le norme giuridiche sono, per il nichilista, sempre *in-fondate*. Pura forma che non rinvia ad alcuna *ratio*, ma solo alla pura *voluntas* del legislatore di turno, costituzionale o meno che sia.

Le norme giuridiche non hanno più bisogno di volgersi ad alcun altrove extranormativo per trovare giustificazione alle proprie scelte. Queste si fanno «giuste» nel loro storico ed effettuale accadere: criterio esclusivo e sufficiente di validità del diritto è il rispetto delle procedure, l’ultimo ed efficace “salvagente” al quale possiamo ancora ‘fideisticamente’ aggrapparci.

## 5. La giustizia nella “narrazione” dei valori

5.1. Il fronte maggioritario della scienza giuridica contemporanea rifiuta il *postulato nichilista* che non si diano nell’epoca “post-ideologica” pretese ultime, razionalmente fondate, né deducibilità razionale delle controversie.

*L’opposto postulato* che compito precipuo del diritto sia il perseguimento di *ragionevoli finalità di giustizia* è, anzi, al centro di un’ermeneutica – la *teoria dei valori* – che percorre trasversalmente una pluralità di scuole e che pervade i ragionamenti dei giuristi e della giurisprudenza a tutti i livelli<sup>21</sup>.

Anche coloro, infatti, che non sposano la teoria della stretta connessione tra morale (giustizia) e diritto e collocano i valori «fuori dal diritto» – nella sfera degli obiettivi «che muovono il legislatore» e degli interessi che questo intende tutelare – pervengono alla conclusione che «i *valori* entrano nel diritto come *principi*» e che i principi non sono che la traduzione di valori in norme fornite di significato giuridico: la forma in cui i valori entrano nel ragionamento giuridico.

---

<sup>21</sup> Analiticamente sulla teoria dei valori vedi il contributo di Vincenzo Baldini.

La ragione del grande fascino di cui gode la rappresentazione del diritto contemporaneo come di un universo valoriale è da ricercare, innanzitutto, nella potente *narrazione* che la sostiene. Nella ‘universale’ accettazione socio-culturale dei suoi presupposti epistemologici normativi.

Il principale di questi presupposti è che le società (occidentali) contemporanee si caratterizzano per l’esistenza di una *pluralità di concezioni della vita giusta* e che le costituzioni della seconda metà del ventesimo secolo riflettono questo accentuato pluralismo e lo garantiscono giuridicamente tramite il riconoscimento di un ampio catalogo di diritti fondamentali. Ciascuno espressivi, anche singolarmente, di queste diverse e plurali istanze di giustizia.

A differenza dei diritti dello Stato liberale ispirati da un unico principio guida, i diritti delle “costituzioni del pluralismo”<sup>22</sup> sono configurati come ‘geneticamente’ aperti alla società, alla sua cultura, «alle reali condizioni di vita e alla trama di relazioni sociali entro le quali si dispiega la libertà umana»<sup>23</sup>. Diritti più “concreti”, più “situati”, più “umani”, più “giusti” giacché i valori ad essi sottesi non sono né relativi, né assoluti, ma relazionali<sup>24</sup>: aperti a molteplici virtualità di temperamento, fondati sulle “possibilità” (*non modo sed etiam*) piuttosto che su alternative reciprocamente escludentesi (*aut aut*)<sup>25</sup>.

5.2. Il fascino della *narrazione dei valori* non è da ricollegare esclusivamente alla sua ‘formale’ corrispondenza con lo statuto “deontologico” delle società pluraliste. Ma, altresì, alla già sottolineata consonanza con lo spirito dei tempi: con la diffusa domanda di una più stretta connessione tra giustizia e diritto, tra esperienza morale ed esperienza giuridica.

A questa domanda sociale la qualificazione dei diritti come principi/valori sembra offrire garanzie più ampie di quelle classiche del principio di legalità e della tutela del soggetto da intromissioni e costrizioni non conformi alla legge. Se i diritti fondamentali condensano una pluralità di

---

<sup>22</sup> Il perseguimento della giustizia nello Stato costituzionale contemporaneo è oggetto dello specifico e penetrante contributo di Angelo Schillaci.

<sup>23</sup> P. RIDOLA, *Diritti costituzionali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Dizionario Costituzionale*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2008, 396.

<sup>24</sup> A. SPADARO, *Dall’indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l’individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, n. 1, marzo 2006, 170 ss.

<sup>25</sup> P. RIDOLA, *Diritti costituzionali*, cit., che esplicitamente si rifà alla riflessione di Peter Häberle.

beni e di interessi costituzionalmente protetti, il loro catalogo è ‘naturalmente’ aperto (promozione di “nuovi diritti” non espressamente previsti dalla costituzione ma conformi ai valori da questa perseguiti) e il loro raggio d’azione destinato, altrettanto ‘naturalmente’, ad ampliarsi indipendentemente dall’interposizione del legislatore ordinario (efficacia orizzontale dei diritti nei rapporti tra privati).

Anche la metafora utilizzata – *bilanciamento* – per nominare la “tecnica” utilizzata dalla giurisprudenza per risolvere i conflitti tra diritti, principi e interessi è espressamente evocativa di una profonda aspirazione a *fare diritto secondo giustizia*. Non solo perché la *bilancia* è uno dei più antichi simboli della giustizia che plasticamente incarna un’idea di oggettività e precisione. Ma anche perché, in modo più pregnante, il bilanciamento rimanda ad una attività equilibrante ed equilibrata, destinata a produrre una armonia tra diritti confliggenti sulla base di una legittimazione ancorata a forme di razionalità sostanziale alternative alla razionalità deduttiva del sillogismo giudiziale<sup>26</sup>.

Quell’ordine oggettivo di valori dipinto come “tirannico” da Carl Schmitt<sup>27</sup>. Il quale, tuttavia, non ignorava la potente funzione dei valori quale «surrogato positivistico del metafisico»<sup>28</sup>.

5.3. Non sorprende, allora, che gli “apostoli” del bilanciamento attribuiscono a questa tecnica giudiziale quell’aureola di sacralità che circonda le *formule magiche della scienza giuridica*.

Ai loro occhi il bilanciamento si configura come “tecnica” idonea a esaltare tanto la *dimensione sapienziale* del diritto (apprezzamento “equitativo” degli interessi costituzionalmente tutelati che emergono nel caso concreto) quanto la sua *dimensione formale* (certezza del diritto, prevedibilità delle decisioni)<sup>29</sup>. Il bilanciamento – sia nella declinazione del *giudizio di ragionevolezza*<sup>30</sup>, sia nella declinazione del *giudizio di propor-*

<sup>26</sup> G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 28, 2007, 221.

<sup>27</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, in *Rassegna di diritto pubblico*, n. 1, 1970, 1-28.

<sup>28</sup> Come acutamente ricorda P. BECCHI, *La critica schmittiana alla filosofia dei valori e il dibattito giusfilosofico italiano nell’immediato dopoguerra*, in *Filosofia Politica*, a. XXIII, 2 agosto 2009.

<sup>29</sup> G. PINO, *Conflitto e bilanciamento*, cit., 221.

<sup>30</sup> La ragionevolezza – vedi analiticamente i contributi di Federico Losurdo e di Ulrike Haider Quercia – ha da tempo assunto nella giurisprudenza costituzionale il rango di

zionalità – quale metafora dell’esperienza dello stato costituzionale, dell’imperativo delle costituzioni pluraliste «di comporre continuamente un quadro di coerenza tra tutti i dati del giuridico: i fatti della vita, le norme positive, i principi fondamentali»<sup>31</sup>.

Da qui la radicata convinzione di una superiore razionalità del bilanciamento nel risolvere nel caso concreto i conflitti che insorgono nelle moderne società pluraliste. La sotterranea, ma profonda, convinzione che quando ci si trova di fronte ad un caso che appare contemporaneamente sussumibile sotto due o più norme configgenti (a norme astrattamente tutte valide e rilevanti giacché poste a tutela di principi tutti costituzionalmente rilevanti) il giudice sia investito della ‘missione’ etica, prima ancora che ermeneutica, di assicurare la convivenza tra diverse concezioni della vita giusta: *bilanciando e ponderando*, nel caso concreto, le ragioni dei contendenti – le loro domande di giustizia, eguaglianza, libertà – senza pretendere di farne prevalere una di esse in modo definitivo<sup>32</sup>.

Questa rappresentazione del bilanciamento come *tecnica mobile di risoluzione dei conflitti* evoca una pretesa di neutralità rispetto ai valori ponderati e alle soggettività portatrici di tali valori. Una pretesa che alimenta il “mito” della sapienza e dell’onnipotenza del *diritto giurisprudenziale*: della giurisdizione come l’ultimo luogo nel quale è ancora possibile un’*equilibrata mediazione sociale* a fronte «del venir meno, in ambiti sempre più numerosi della vita associata, di ogni omogeneità culturale nella percezione dei valori morali»<sup>33</sup>.

## 6. Libertà economiche e giustizia sociale nell’ordinamento europeo

6.1. Alcuni contributi contenuti nel volume provano a misurare quest’ambiziosa pretesa della scienza giuridica contemporanea sul terreno,

---

“canone ermeneutico onnicomprensivo”, di “principio architettonico del sistema”, di “meta principio”.

<sup>31</sup> A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, 2008, vol. II, tomo 2, *ad vocem*.

<sup>32</sup> «Il risultato del bilanciamento – come osserva Giuseppe Ugo Rescigno nel suo contributo – non è dato *a priori* una volta per tutte, ma si ripresenta continuamente e va tarato sempre di nuovo».

<sup>33</sup> G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

altamente emblematico, del rapporto tra libertà economiche e giustizia sociale<sup>34</sup>.

Alla “narrazione dei valori” la ‘tecnica’ del *bilanciamento tra diritti di libertà economica e diritti sociali* appare – soprattutto in una fase di *declino dello Stato sociale* e di imperialismo della *ratio mercantile* – la più idonea ad assicurare perdurante «cogenza ed ‘effettualità’ alla pluralità di istanze di giustizia ed equità diffuse nella società contemporanea».

Una parte della scienza giuridica civilistica ha, in particolare, sostenuto che a fronte di poteri pubblici che hanno smarrito la «capacità di disegnare un modello sociale condiviso», *il contratto* possa assurgere a strumento per il perseguimento di quelle finalità di giustizia che nell’epoca d’oro del *welfare state* erano state prioritariamente affidate alla mediazione legislativa e all’amministrazione. Che sia, insomma, possibile, sulla base del postulato di una rilevanza “orizzontale” e diretta dei diritti «caricare direttamente sui singoli rapporti interprivati l’obiettivo di una giusta allocazione delle risorse», correggendo «le asimmetrie di potere e di risorse a partire (...) da un *bilanciamento individualizzato* tra diritti patrimoniali e *altri diritti*»<sup>35</sup>.

6.2. Questa *metafisica della giustizia contrattuale* stride con la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sui *diritti di autotutela collettiva*, la cui tutela è profondamente circoscritta proprio in nome del bilanciamento.

Il riferimento ai diritti di autotutela collettiva è quanto mai pertinente, giacché la contrattazione collettiva e lo sciopero rappresentano, in larga parte degli ordinamenti europei, “strumenti” elettivamente preordinati al perseguimento di finalità di giustizia sociale. Mezzi attraverso i quali – scriveva a suo tempo Costantino Mortati – si rende possibile alle associazioni operaie «l’autotutela di categoria necessaria a compensare la disparità di forza esistente fra datori di lavoro e lavoratori (...) mezzi di attuazione dei principi sociali (...) per compensare la disparità di forze esistenti fra datori di lavoro e lavoratori»<sup>36</sup>.

La configurazione dello sciopero e della contrattazione quali libertà collettive dei lavoratori ha fatto sì che tali libertà abbiano goduto di una

<sup>34</sup> Sistematicamente affrontato nel denso contributo di Giuseppe Vecchio.

<sup>35</sup> Sul contratto quale veicolo di giustizia sociale vedi criticamente il contributo di Delia La Rocca.

<sup>36</sup> C. MORTATI, ora in *Una ed indivisibile*, Milano, 2003.

garanzia ampia in ordine al loro contenuto, sia per quanto attiene alle modalità di esercizio, sia per quanto attiene alle loro finalità. Cosicché nessuno, aveva, sinora, immaginato che lo sciopero potesse essere sindacato nelle sue finalità senza vanificarne il suo «contenuto essenziale»: la legittimità dell'astensione dell'attività lavorativa qualunque siano gli obiettivi soggettivamente perseguiti<sup>37</sup>.

Il principio di autodeterminazione dell'interesse collettivo è, ad esempio, talmente radicato nell'ordinamento italiano che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la piena legittimità non solo dello sciopero a fini contrattuali ma anche dello sciopero economico-politico, dello sciopero di solidarietà, dello sciopero politico puro<sup>38</sup>. Cosicché, i c.d. limiti esterni del diritto di sciopero, lungi dal mettere in discussione l'autonoma determinazione delle finalità perseguite, ne circoscrivono semplicemente le modalità di attuazione (durata, preavviso, minimo di servizio) e/o la titolarità per talune categorie di lavoratori quando «l'incondizionato e il-limitato esercizio» dell'autonomia collettiva possa produrre una lesione di altri beni costituzionalmente tutelati. Quali la salvaguardia della vita, della salute e dell'incolumità delle persone, la tutela degli interessi degli utenti dei servizi pubblici essenziali<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Ciò non significa che le libertà collettive dei lavoratori abbiano beneficiato di un'immunità assoluta. La 'coabitazione' del diritto di sciopero con altri diritti fondamentali è tema delicato anche negli ordinamenti interni, ove il 'bilanciamento' è aperto a molti esiti e gli equilibri che si realizzano alquanto precari (così U. ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Roma, 2009, 83).

<sup>38</sup> Da ultimo, sinteticamente, P. POZZAGLIA, A. VALLEBONA, *Sciopero (diritto di)*, in *Dizionario Costituzionale*, cit., 711 ss.

<sup>39</sup> Rinviando la concreta definizione delle modalità di esercizio dello sciopero ad atti dell'autonomia collettiva, ovvero ad interventi eteronomi della Commissione di garanzia, largamente proceduralizzati, mediante la previsione di un serrato confronto con gli attori del conflitto e dell'utenza (A. ANDREONI, *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di giustizia*, relazione svolta a Roma il 25 giugno 2008, presso la Biblioteca del CNEL, nell'ambito del Convegno in ricordo di Giorgio Ghezzi su *Attività sindacale e diritti dell'economia: un rapporto difficile (i casi Laval, Viking, Ruffert)*).

È vero che tra i limiti esterni del diritto di sciopero la giurisprudenza ricomprende anche il diritto costituzionalmente garantito dell'imprenditore a svolgere, con gli strumenti e le possibilità offerte dall'ordinamento, la sua iniziativa economica (art. 41). Tuttavia, la libertà d'impresa incontra un limite nel diritto di sciopero. Di fronte alla sospensione dell'attività lavorativa l'imprenditore deve subirne le conseguenze, quale che sia l'entità del danno provocato alla produzione (compreso l'eventuale risarcimento dovuto per l'inadempimento delle obbligazioni assunte), salvo che l'astensione dal lavoro produca un danno alle persone e agli impianti (il cosiddetto danno alla produttività). Più che di 'bilanciamento' si tratta qui di

6.3. La più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia si è fatta artefice di un diverso modello di ‘coabitazione’ tra diritti economici e libertà collettive, prefigurando un loro contemperamento che impoverisce il contenuto di queste ultime e l’intensità della loro tutela.

La Corte ha, infatti, affermato nei famigerati casi *Viking* e *Laval*<sup>40</sup> il diverso principio per cui l’esercizio dell’autonomia collettiva costituisce un legittimo ostacolo alla libertà economica di stabilimento e alla libertà di prestazione dei servizi «soltanto se e nella misura in cui le azioni collettive sono proporzionate all’esigenza di garantire la tutela dei lavoratori e sono adeguate ossia non eccedano quanto è necessario per realizzare l’obiettivo»<sup>41</sup>.

Quando, insomma, l’autotutela collettiva è diretta a ostacolare l’accesso di un’impresa nel mercato di un altro Stato membro, il giudice, secondo la giurisprudenza della Corte, «è tenuto a condurre un’istruttoria sia sul metodo che il sindacato sceglie per svolgere il tradizionale ruolo rivendicativo sia sullo scopo che volta per volta persegue»: a effettuare un test giudiziario di legittimità sulla meritevolezza dell’azione collettiva e, in particolare, sull’esercizio del diritto di sciopero<sup>42</sup>.

---

‘coabitazione’. Di un reciproco limite tra diritti di eguale dignità, di una legittima antitesi tra diritti equiordinati (da ultimo G. FONTANA, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, Int-78/2010, 58). Sospensione della prestazione lavorativa e continuazione dell’attività aziendale sono lasciati in tensione senza sacrificare il «nucleo essenziale» di nessuno dei due diritti, rinviando all’autonomia delle parti sociali la determinazione del concreto equilibrio tra gli opposti – ed entrambi costituzionalmente protetti – interessi. Una mediazione giudiziale neutrale che non pregiudica la forza normativa di nessuno dei diritti fondamentali in conflitto.

<sup>40</sup> Nel caso *Viking* la questione si è posta con riferimento alla *libertà di stabilimento* delle imprese riconosciuta dall’art. 43 TCE: la Corte di Giustizia era chiamata a giudicare della legittimità per il diritto comunitario di una azione sindacale attuata dal sindacato finlandese dei marittimi finalizzata ad impedire ad una impresa finlandese di adottare la bandiera estone in una sua nave e di applicare al proprio equipaggio le più sfavorevoli condizioni di lavoro previste dall’ordinamento dell’Estonia.

Nel caso *Laval* la questione si è posta con riferimento alla *libertà di prestazione dei servizi* riconosciuta dall’art. 49 TCE: la Corte di Giustizia era chiamata a decidere della legittimità di una azione collettiva attuata dai sindacati svedesi nei confronti di una impresa lettone presente in Svezia per eseguire un appalto: scopo dei sindacati svedesi era di indurre l’impresa straniera a firmare il contratto collettivo nazionale che, nel settore edile svedese, è il presupposto per aprire una negoziazione sui minimi retributivi da applicare in azienda.

<sup>41</sup> U. ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro*, cit.

<sup>42</sup> Un principio che, nel contributo qui pubblicato, Massimo Luciani giudica, e a ragione, sconvolgente per il diritto del lavoro.