

ORDINAMENTO GIURIDICO, DIRITTI SOGGETTIVI E LIBERTÀ INDIVIDUALI

Introduzione

Trattare di ordinamento giuridico, diritti soggettivi e libertà individuali, tre realtà profondamente correlate e interdipendenti, tre espressioni al limite anche equivoche – giacché l'*explicatio terminorum* è tutt'altro che univoca – è logicamente complesso e intellettualmente destabilizzante. Complesso, perché, come vedremo, le espressioni possono essere intese, come di fatto lo sono state nella storia della filosofia giuridica, in modi molto diversi: appare dunque necessario chiarire *che cosa* significhi ordinamento giuridico, diritto soggettivo e libertà individuali, espressioni affatto certe ed univoche. Destabilizzante, perché ci costringe, come la filosofia fortunatamente sempre fa, a ripensare e a problematizzare i nostri modelli di conoscenza giuridica, le nostre rappresentazioni del mondo, e in particolare del diritto: questo, se indebolisce le nostre pretese, tuttavia le apre a nuove dimensioni veritative, teoriche e pratiche. D'altra parte, la nostra ricerca non può che essere limitata ad alcuni grossi plessi teoretici che riteniamo particolarmente rilevanti: isoliamo dunque alcune questioni, considerandole rilevanti, e prescindiamo da altre, che (forse) lo potrebbero essere maggiormente, e che non percepiamo tali magari per un difetto di attenzione filoso-

fica o per ignoranza (che, proprio per essere tale, non sappiamo di avere). La prima questione che merita di essere isolata è quella attinente all'ordinamento giuridico: questa, se chiarita, risolve il significato dei diritti soggettivi e delle libertà individuali.

1. L'ordinamento giuridico

È riconoscibile da questa endiadi il titolo di un "innovativo saggio scientifico"¹ di Santi Romano, apparso nel 1918: alla sua scuola siamo invitati a ripensare non solo la fenomenologia, ma l'essenza stessa del diritto, ciò che lo costituisce come tale e lo distingue da altre esperienze umane. Il punto di partenza è dunque molto semplice, e gioca sull'ambivalenza del lemma "ordinamento", analoga a quella che ritroviamo nel termine originante "ordine": questo significa "comando", e dunque "ordinamento giuridico" significherà l'insieme dei comandi, cioè delle fonti del diritto vigenti in un territorio e in un determinato momento storico, oppure "ordine" significa l'ordine o la

¹ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma – Bari 2003, 16. Sono grandemente debitore all'illustre studioso toscano delle sue intuizioni e delle sue tesi, che condivido profondamente, anche se con un filo di maggiore pessimismo. Infatti la società civile presenta anche delle patologie, che determinano il consenso su "valori": esistono anche gli arruffapopolo, gli interessi particolari, i potentati (economici, massmediatici, accademici, editoriali) e le pressioni che essi svolgono, la disinformazione e la malafede. Se è vero che dalle patologie non si può dedurre una contro-tesi, rimane il fatto che esse esistono, e che non possiamo non tenerne conto, anche nella ricerca della fisiologia di un sistema, o, appunto, di un ordinamento giuridico.

normatività che già c'è nelle cose, la sua, appunto, "normalità", quell'ordine che viene percepito, tradotto e applicato in un comune sentire da parte dei consociati e che il potere politico si limita a dire (la *iuris dictio*), a dichiarare, a discernere? Il che significa porre il problema di fondo: l'ordinamento giuridico proviene dallo Stato o dalla società, da un atto di volontà o da un giudizio della ragione? Portando poi la questione nell'ambito canonistico, che non conosce naturalmente la forma statuale dell'organizzazione politico-giuridica, la domanda si ripropone specificandosi se il diritto provenga (solo) dall'Autorità ecclesiastica, e in che senso, e in che limiti, se ci sono. In ogni ordinamento giuridico poi, sia statale sia canonico, questo limite, quello della *volontà* del legislatore, segna un confine rispetto al quale si danno i diritti soggettivi, intesi come «un potere, attribuito alla *volontà* del soggetto e garantito dall'ordinamento giuridico, di agire per il soddisfacimento dei propri interessi»², e le libertà individuali sono così concepite come spazi delimitati dalla legge e non dilatabili oltre i confini presignati. In questo senso, il diritto si pone come antagonista della libertà: esso è catena, vincolo, limite strutturale all'azione del singolo da parte del potere pubblico. Siamo nella prospettiva opposta a quella aperta da papa Benedetto XVI, che ci ha invitato invece a iniziare a pensare una «giusta forma alla libertà

² A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1980²⁴, 45. È interessante osservare che il diritto è in questa prospettiva un potere della *volontà* dell'individuo, come nasce dall'attribuzione di questo ad un soggetto da parte della *volontà* del legislatore.

umana [...ritenendo invece che] *il diritto è il presupposto della libertà, non il suo antagonista*»³.

In realtà, è difficile uscire dalla prospettiva per la quale "ordinamento giuridico" significa un insieme, anzi, *l'insieme* completo dei *comandi* del legislatore, cioè del potere sovrano: seppure distinti nella gerarchia delle fonti, quali, solo a esempio, leggi costituzionali, leggi ordinarie, regolamenti, leggi di fonti non statali, superstatali o infrastatali, oppure Codice di diritto canonico, decreti generali, atti normativi delle Conferenze episcopali, o del singolo Vescovo nella sua diocesi, essi sono tutti riconducibili alla *volontà* del legislatore, costituiscono le invisibili catene attraverso le quali una folla di individui rivali viene ammansita in un'individualità sociale ricomposta nella pace. Come è evidente a tutti, questa è segnatamente la tesi di T. Hobbes, il filosofo inglese che meglio marca le caratteristiche della moderna concezione del diritto e dello Stato: il diritto secondo questa prospettiva serve a permetterci una convivenza pacifica, salvando il bene supremo della vita, che sarebbe invece sacrificato rimanendo nell'originario stato del *bellum omnium contra omnes*. La legge lega la mia libertà assegnandomi dei diritti, ma in questo modo limitandola: così al tempo stesso rimango vivo, perché sono sottratto all'inevitabile dominio del più forte di me, a pena però che mi sottoponga volontariamente al do-

³ *Discorso* inviato da Benedetto XVI all'Università "La Sapienza" il 17 gennaio 2008. Rinvio per una riflessione più ampia su questo memorabile discorso del Pontefice, che apre dimensioni nuove anche per una rinnovata teoria filosofico-giuridica a O. DE BERTOLIS, «Il diritto come presupposto della libertà», *La Civiltà Cattolica* 159/1 (2008) 571-584.

minio del più forte di tutti, lo Stato, vero «*mortal god to which we owe, under the immortal God, our peace and defence*»⁴.

Ognuno vede in tutto questo l'essenza del positivismo giuridico, l'istanza filosofica per la quale il diritto, confuso *tout court* con la legge, si identifica con la volontà del (più forte) legislatore, civile o ecclesiastico: suo corollario è il formalismo, la tesi per la quale è legge ciò che ha la *forma* di essa, ovvero è stata approvata e fatta conoscere, mediante la promulgazione, secondo le forme stabilite dall'ordinamento stesso, ossia – di nuovo – dalla volontà del legislatore. Lo stesso Hobbes osserva infatti che «dalla legge di natura, che ci obbliga a trasferire ad altri quei diritti che, se mantenuti, sono d'impedimento alla pace dell'umanità, ne segue una terza; che è questa: gli uomini devono mantenere i patti che hanno fatto. [...] In questa legge di natura⁵ consiste la forma e l'origine della

⁴ TH. HOBBS, *Leviathan*, Chicago 1952, 100. È un chiaro segno di teologia politica o di radici teologiche del diritto: l'assolutismo regio diventerà la traduzione intramondana dell'onnipotenza divina, che non a caso Rousseau postulerà poi sempre buona e giusta.

⁵ È ovvio che questa non è assolutamente più la legge naturale secondo San Tommaso: per il filosofo inglese infatti «il diritto di natura, che gli scrittori chiamano comunemente *ius naturale*, è la libertà che ciascuno ha di usare il proprio potere a suo arbitrio per la conservazione della sua natura, cioè della sua vita, e conseguentemente di fare qualsiasi cosa che, secondo il suo giudizio e la sua ragione, egli concepisca come il mezzo più idoneo a questo fine». TH. HOBBS, *Leviatano*, ed. it. a cura di A. PACCHI, Roma – Bari 1997, 116, cit. in F. TODESCAN, *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Padova 2003, 96. Niente di più abissalmente lontano dal diritto naturale secondo l'Aquinate. Del resto lo «stato di natura», teorizzato

giustizia»⁶. Se legge di natura è rispettare i patti, questa nel diritto civile si specificherà, secondo le linee dei rapporti tra Stato e suddito e tra suddito e Stato, tra suddito e suddito e tra Stati. In tal modo, seguendo queste linee direttrici, avremo il costituzionalismo e lo Stato di diritto, cioè il governo *per leges et sub lege*, il diritto di resistenza e la definizione del limite dell'azione dello Stato, il contratto «avente forza di legge tra le parti», come reciterà il *Code* di Napoleone⁷, e, infine, il diritto internazionale pubblico come ordinamento tra soggetti sovrani e, almeno tendenzialmente,

dai moderni giuspolitici, non è più assolutamente la "natura" che i classici e i medievali intendevano. Quest'ultima era dinamismo, e diceva l'orientamento delle cose al loro fine proprio, secondo quella concezione entelechiale dell'essere già propria di Aristotele, mentre il primo si risolve in una costruzione *scientifica* e *ipotetica*, atta a spiegare, appunto ipoteticamente, la situazione attuale secondo il modello del "come se": in particolare, la presenza dello Stato e del suo ordinamento è spiegata *come se* ci fosse stato un accordo originario, o patto sociale, per sopravvivere ad una situazione originaria di invivibilità. Tra il mondo classico e medievale e quello moderno lo *hiatus* è dato dal diverso concetto di *natura*: è nata la scienza moderna con il suo apparato concettuale. Sul punto, cf. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano 1986, particolarmente 474-476.

⁶ TH. HOBBS, *Leviatano*, in F. TODESCAN, *Etiamsi daremus* (cf. nt. 5), 99.

⁷ Art. 1134: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites». Insieme alla proprietà intesa come «droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue» (art. 544) e all'articolo 1382 sulla responsabilità extracontrattuale, per cui «tout fait qualconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer», costituisce uno dei tre pilastri della concezione individualistico-borghese propria del diritto ottocentesco, che dalla Francia si riversa sul mondo.

onnipotenti. Nell'ordinamento canonico fortunatamente le cose sono diverse, stante la funzione sovraordinata del diritto divino e del diritto naturale, che dovrebbe impedire la recezione *sic et simpliciter* di una metodologia e di una mentalità positivista: ma non possiamo non notare, sebbene *en passant*, che la pressione culturale del positivismo fu talmente forte da suggerire fino a tempi recenti che la stessa legge divina dovesse essere *formalmente* recepita nell'ordinamento canonico tramite *canonizatio*.

In tal modo, la legge può assumere qualsiasi contenuto, diventa pura forma⁸: è legge solo ciò che ha la forma di essa, ossia che viene approvata con quei procedimenti che fanno di una proposizione qualsiasi una proposizione normativa. Nasce così la "teoria pura del diritto", la *reine Rechtstheorie* di Kelsen, che nel ven-

⁸ «La distinzione rigorosa della forma dal contenuto conduce a una scienza del diritto (*Jurisprudenz*) che potrebbe paragonarsi, secondo Kelsen, a una geometria del fenomeno giuridico totale (*eine Geometrie der totalen Rechtserscheinung*), a una scienza delle forme senza contenuto (*Formen ohne Inhalt*)». A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano 2008, 70. Così la dottrina pura del diritto «vuole rappresentare il diritto come è, senza legittimarlo come giusto o squalificarlo come ingiusto; essa si occupa del diritto reale e possibile e non già del diritto giusto. In questo senso, essa è una teoria giuridica radicalmente realistica. Essa si rifiuta di valutare il diritto positivo». H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1977, 59. In tal modo, il diritto «sarà allora concepito soltanto come una specifica tecnica sociale: si raggiungerà o si cercherà così di raggiungere lo stato sociale desiderato collegando al comportamento umano, che rappresenta l'opposto contraddittorio di questo stato sociale, un atto coattivo come conseguenza, cioè la privazione coattiva di un bene: vita, libertà, beni economici». H. KELSEN, *Lineamenti*, 69.

tesimo secolo speculava su di un diritto puro perché privo di contaminazioni contenutistiche: la *Stufenbau*, la piramide a gradini, si imponeva come modello sufficiente a spiegare la teoria delle fonti giuridiche, ma con esso era creata⁹ tuttavia – e non è poco, e va adeguatamente considerato – la *Grundnorm*, la norma fondamentale o Costituzione, e l'organo che la applica, la Corte Costituzionale. Il diritto ormai è pura

⁹ Ricordiamo che H. Kelsen fu consigliere legale del governo austriaco (1919) e autore del progetto di costituzione (1920): la sua non fu solo una speculazione teorica. L'invenzione delle Costituzioni rigide, in particolare dopo la seconda guerra mondiale, costituì d'altra parte una sorta di "cavallo di Troia" per reinserire, all'interno del sistema normativo improntato al più stretto positivismo, istanze di netta impronta giusnaturalistica. Tuttavia va ricordato che «i principi stabiliti dalla Costituzione non sono certo diritto naturale. Essi, al contrario, rappresentano il massimo atto d'orgoglio del diritto positivo, in quanto costituiscono il tentativo di "positivizzare" quel che, per secoli, si era considerato appannaggio del diritto naturale, appunto: la determinazione della giustizia e dei diritti umani. La Costituzione infatti, per quanto trascenda il diritto legislativo, non si colloca in una dimensione indipendente dalla volontà creatrice degli uomini e non precede quindi l'esperienza giuridica positiva». G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite*, Torino 1992, 155. Dallo Stato di diritto *liberale*, caratteristico degli Stati ottocenteschi e delle loro Costituzioni flessibili, si giunge in tal modo allo Stato di diritto *costituzionale*: sul punto, cf. G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite*, 20-50, segnatamente p. 39, ove l'Autore afferma, a proposito della formula dello Stato costituzionale: «La novità che essa contiene è capitale e riguarda la posizione della legge. Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione [... e questo costituisce] una profonda trasformazione che coinvolge necessariamente perfino la concezione del diritto». Sul tema, cf. anche O. DE BERTOLIS, «Lo Stato di diritto», *La Civiltà Cattolica* 155/4 (2004) 133-144.

forma della volontà, cioè del *potere*, *scientia iuris* che procede deduttivamente da principi generali e dagli "istituti" giuridici, e non più specchio del mondo filtrato volta per volta dalla ricerca del giusto, l'antica *iuris prudentia* dei giuristi. Il potere, in altri termini, dà le leggi, e con queste i diritti, e delimita quindi le libertà dei singoli: i quali, a ben riflettere, sono *soggetti* dell'ordinamento giuridico in quanto *assoggettati* ad esso, ossia sono soggetti di diritto perché il diritto li ritiene tali, li crea come soggetti. L'uomo cessa di avere un'esistenza oggettiva per vivere un'esistenza artificiale, quella giuridica. Di nuovo si ripropone quel che Hobbes aveva preconizzato: il Legislatore, il dio mortale del quale abbiamo già parlato, con la sua parola creatrice, proclama il suo *Let us make the man*, il biblico «facciamo l'uomo»¹⁰, già prima che le biotecnologie rendessero effettivamente possibile rifare la nascita, la morte, la paternità, la maternità, la figliolanza, in una parola le relazioni antropologiche fondamentali¹¹. Qui si rivela il valore performativo del diritto

¹⁰ Cf. TH. HOBBS, *Leviathan* (cf. nt. 4), 47: «The pacts and covenants, by which the parts of this body politic were at first made, set together, and united, resemble that *fiat*, or the *Let us make man*, pronounced by God in the Creation». Qui sta anche l'origine del valore performativo della legge, la quale appare anche da questo punto di vista una secolarizzazione di un concetto originariamente teologico. Sul valore performativo degli enunciati è classico riferirsi a J.J. AUSTIN, *How to do Things with Words*, Oxford 1975², 1-11.

¹¹ In tal modo le biotecnologie chiedono una legittimazione, vorrei dire una clonazione, alla legge, intesa come una tecnica come le altre tecniche, un *placet* per il quale diventi legalmente possibile ciò che è tecnicamente tale, una sorta di moderno *exequatur*, fatto dal vero sovrano del nostro Occidente: il problema non può essere giuridicamente, e dunque laicamente, risolto, a

così inteso e gli "incantesimi del potere"¹²: una realtà non è [...] reale se non è fatta tale dal diritto. Ma il diritto è un'interpretazione dei fatti, non i fatti: «*non ratio est mensura rerum, sed potius e converso*», ammonisce San Tommaso¹³, e così non sono i nostri ragionamenti, anche giuridici, a essere misura delle cose, ma sono quest'ultime a verificare, o a falsificare, i nostri ragionamenti.

2. Persona e diritti soggettivi

Il problema di fondo, tipico degli ordinamenti statuali continentali, ma al quale non risulta estraneo del tutto nemmeno l'ordinamento canonico, o, se preferiamo, la contraddizione logica insolubile, è che vengono riconosciuti a determinati soggetti dei "diritti soggettivi", attributi della loro volontà secondo la definizione sopra ricordata di Trabucchi, ma, al tempo stesso, i soggetti sono tali solo se sono riconosciuti

mio parere, se non si chiarisce perché il diritto non sia una tecnica come le altre, nonostante in effetti così da almeno cinque secoli sia pensato: la critica al positivismo conduce ad una critica a precise concezioni epistemologiche. Sul punto, mi permetto di rinviare a O. DE BERTOLIS, «Limiti e forme del sapere: una riflessione filosofico-giuridica sulla laicità della scienza e del diritto», *Iustitia* 60 (2007) 333-350. È ben possibile, secondo l'invito di Benedetto XVI nel discorso già citato, reinserire «il concetto di verità nel dibattito filosofico e in quello politico».

¹² Secondo la significativa espressione di R. MENEGHELLI, *Gli incantesimi del potere*, Padova 1984.

¹³ I II, q. 91, a. 3. Cf. anche *Comm. Met.*, I, lect. 1: «Est enim ordo quem ratio non facit, sed solum considerat, sicut est ordo rerum naturalium».

dall'ordinamento giuridico: in questo senso, il problema è dato dal fatto che, se i diritti sono attribuiti, prima di questa attribuzione, non esistono, e dunque non c'è alcun soggetto di essi, perché essi stessi non ci sono. Prima della volontà dell'ordinamento giuridico, non esistono così né diritti soggettivi né soggetti, naturalmente rimanendo nella prospettiva positivista. In altri termini, gli ordinamenti giuridici appaiono puramente autoreferenti, una rete di possibilità logiche, se vogliamo una "piramide a gradini"¹⁴ di fonti del diritto, un mondo di ragionamenti, di idee, astratto, spettrale: il riconoscimento del soggetto si sposta dalla dimensione giuridica a quella politica, e diviene oggetto di scelta. Quando un possibile "centro di imputazione di possibilità logiche" diviene dunque "soggetto di diritto"? La risposta tradizionale, perlomeno negli ordinamenti statuali, è che diviene tale quando i suoi interessi sono ritenuti giuridicamente rilevanti, ossia quando colui che è soggetto di pure *possibilità logiche* (il potere, il dovere, la potestà, e situazioni giuridiche intermedie come l'interesse legittimo o la facoltà) diviene soggetto di *interessi* giuridicamente protetti: ma è ovvio che questo avviene mediante una scelta politica, che determina ciò che è giuridicamente rilevante e degno di tutela da ciò che non lo è. Se vogliamo, questo è il limite dello Stato costituzionale moderno, anche nelle versioni più apparentemente temperate dal giusnaturalismo, spesso di matrice decisamente cattolica¹⁵. Così l'art. 2 della Costituzione italiana *ricono-*

¹⁴ Cf. H. Kelsen, *Lineamenti* (cf. nt. 8), 104-116.

¹⁵ E infatti, ricorda G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite* (cf. nt. 9), 85, non solo «la rinascita dei diritti dell'uomo non rappresentò, peraltro, in generale, la rivincita del diritto naturale sul

sce e garantisce, e dunque non crea, i diritti inviolabili dell'individuo; ma ci si può ragionevolmente domandare: a chi? A chi la volontà politica ha deciso di riconoscere qualcosa, o a chi li ha già, indipendentemente dal fatto che una volontà politica li voglia riconoscere? In altri termini: la politica viene prima del diritto, o il diritto viene prima della politica, secondo quanto insegna la grande tradizione giuridica inglese sul *Rule of Law*? Quali sono i soggetti che la politica non vuole riconoscere come tali negli ordinamenti giuridici vigenti? Questa è la domanda fondamentale con la quale deve camminare ogni ordinamento giuridico che aspiri ad essere giusto, cioè vero: qui il termine "vero" non dice l'aggancio a valori metafisici, etici e nemmeno religiosi, stante il pluralismo delle società contemporanee, e rispetta così l'autonomia della giurisprudenza come scienza autonoma¹⁶, senza naturalmente con questo escluderli a priori come domande insensate o non rilevanti per il diritto.

Se il diritto viene prima della politica, ed esso è, come riteniamo, non solamente espressione della vo-

suo storico avversario: il diritto positivo», ma «i segni di questa presenza [...] non assumono il significato di una vittoria totale [ma] costituiscono semmai un contributo particolare in un progetto politico-costituzionale più comprensivo» (*ibid.*, 87). Infatti «nel diritto odierno essi acquistano valore giuridico positivo solo con la Costituzione» (*ibid.*, 74), cioè con un atto positivo del potere.

¹⁶ Ed è esattamente riproporre oggi quanto fece Graziano, inventando il diritto canonico, distinguendolo cioè dalla morale e dalla teologia, e compiendo la prima delle grandi rivoluzioni occidentali, la laicizzazione del diritto. Questa, com'è noto, è la tesi di H.J. BERMAN, *Law and Revolution* [1983], trad. it. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna 1998.

lontà del potere sovrano, ma si fonda costitutivamente nell'essere delle cose, ne traduce l'ordine precipitandolo in disposizioni normative¹⁷, secondo l'insegnamento di San Tommaso d'Aquino, ne deriva che la stessa persona umana viene prima degli ordinamenti giuridici, e segnatamente prima delle stesse Costituzioni o *Grundnormen* a base di essi. Infatti l'aporia di questi testi fondamentali è che, se da un lato essi vincolano l'ordinamento a ben precisi valori – e rimanendo nella prospettiva positivistica probabilmente è la scelta logico-formale meglio congegnata – tuttavia, come abbiamo notato, essi spostano il problema dal diritto alla politica, laddove questo *deve rimanere giuridico*, per non esporsi alle mutevoli scelte di maggioranze. È lo stesso motivo per cui le discussioni bioetiche rimangono in una falsa prospettiva fintantoché sono affrontate in un'ottica *non giuridica*, ma politica, cioè ideologica, richiedendo solamente che sia consacrato a lecito civile il possibile tecnico, sul presupposto – infondato – che il diritto sia una tecnica

¹⁷ Questo è il punto per cui, secondo G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite* (cf. nt 9), 88, la concezione cattolica è incompatibile con la democrazia e in generale la concezione moderna del diritto: «Il diritto naturale, in quanto affermazione di un ordine, dato come giusto e incontrovertibile, non sarebbe compatibile con la democrazia nel senso oggi possibile, che è invece legata all'opinabilità e al contrasto tra progetti, dunque alla "relatività"». Infatti la democrazia «porta con sé una conseguenza che impedisce l'affermazione integrale totale di qualsiasi concezione "naturale" del diritto» (*ibid.*, 87-88): non così per San Tommaso, per il quale il diritto naturale è essenzialmente un metodo prudenziale, analogo alla *prudentia iuris* sulla quale molto si sofferma il chiaro Autore, contrapponendola alla *scientia iuris*.

come le altre¹⁸. Il Pontefice, nel discorso proclamato alla Sapienza, ci invita invece a pensare il diritto e la politica in modo che la "sensibilità per la verità" non sia sopraffatta "dalla sensibilità per gli interessi", cioè il "conseguimento di maggioranze" e "gli interessi che promettono di soddisfare". In questo modo, Benedetto XVI propone una vera rivoluzione copernicana: la politica gira attorno al diritto, e non viceversa, ossia il diritto non deve essere pensato in funzione della politica, ma al contrario. In altri termini, la politica deve essere pensata come ancorata alle cose della città e alle esigenze loro inscritte, e non alle prospettive sfalsanti delle ideologie.

Se è particolarmente complesso definire il concetto di "persona" e specificarlo nella storia delle culture umane, tuttavia rimanendo in una prospettiva puramente giuridica, quale è quella che ci interessa, esso rimane relativamente semplice: se infatti per un positivista questo concetto dice solamente colui che è riconosciuto come tale dall'ordinamento, rinviando ai singoli ordinamenti intesi come insieme di comandi del legislatore che storicamente si sono dati per la determinazione del suo contenuto concreto, nella nostra visione giusnaturalistica "persona" dice semplicemente "il diritto ad avere diritti", ossia il diritto personificato. Questo significa asserire che il diritto ad avere diritti è fondante ogni altro diritto, lo precede logicamente e costitutivamente, ed è condizione di pensabilità dell'ordinamento giuridico stesso. Potremmo dire che gli uomini e le donne, dal loro con-

¹⁸ Mi permetto di rinviare a O. DE BERTOLIS, «Limiti e forme del sapere» (cf. nt. 11).

cepimento fino alla morte naturale, sono le “costituzioni viventi” degli ordinamenti giuridici, i limiti oltre i quali e contro i quali le leggi umane sono incostituzionali. L'uomo è colui in relazione al quale il diritto è “vero”. Siamo nella medesima prospettiva aperta da A. Rosmini: «La persona dell'uomo è il diritto umano sussistente: quindi anco l'essenza del diritto»¹⁹.

E questo non è un discorso puramente retorico o persuasivo. Con l'espressione meravigliosa “diritto ad avere diritti”, cioè nell'essere persona, il giudice Brennan nel caso *Furnam vs. Georgia* [1972] non mandò un uomo alla forca perché, obiettava, mentre «un individuo in carcere non perde il diritto ad avere diritti [...] una persona giustiziata ha [invece] veramente perso il diritto di avere diritti [...] è la fine delle nostre relazioni con lui»²⁰. Questo è un esempio di come una

¹⁹ A. ROSMINI, *Filosofia del diritto* (edizione nazionale delle opere edite ed inedite di A. Rosmini-Serbati, diretta da E. Castelli), Padova 1967/1969, I, 191. Non è un caso che il Roveretano abbia per primo, e prima di Kelsen, intuito la necessità di un controllo contenutistico delle leggi in relazione alla loro conformità o meno a una norma superiore, cioè abbia prospettato la necessità di una Corte Costituzionale. La *Grundnorm* è così l'uomo stesso, e non un testo (anche se l'uomo si esprime con dei testi). Cf. A. ROSMINI, *La costituzione secondo la giustizia sociale*, cit. in P. COSTA – D. ZOLO (ed.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2002, 107, con puntuale bibliografia.

²⁰ Cit. in F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna 2006, 126-127. Questo ragionamento è l'unico motivo giuridico che ci permette, senza confondere o frammischiare il diritto con la morale come richiesto nel moderno pluralismo dei valori e secondo le istanze dello Stato laico, di condannare senza appello l'istituto giuridico della pena di morte: cf. O. DE BERTOLIS, «La pena di morte alla luce del diritto naturale secondo san Tommaso», *Gregorianum* 88 (2007) 120-141.

riflessione filosofica e giuridica insieme porti alla ricostruzione di un diritto amichevole, non in contrasto con la libertà e la dignità dell'uomo, proprio come il Papa ci sfida a fare: le idee possono cambiare la realtà, come capì bene quel condannato sfuggito al boia.

Potremmo dire in tal modo e seguendo questa linea di ragionamento che il diritto ad avere diritti, l'essere persona, non è un diritto come gli altri. Esso è la vera norma fondamentale, non posta da alcuno ma presupposta²¹ – e qui sfuggiamo alla deriva politica che le Costituzioni inevitabilmente presentano, in quanto, *ponendo i soggetti* rinviano ad una volontà altrui e non a una pura *ricognizione* della realtà – ma presupposta, proprio secondo quanto Kelsen insegnava. Diversamente da come il giurista praghese insegna, essa è presupposta però *non rimanendo all'interno* del circuito positivo delle leggi, ossia alla “macchina” fabbrica-trice delle leggi dello Stato (altrimenti il carcerato sarebbe finito alla forca alla quale fu *secondo legge* condannato), come “norma sulla produzione”²², ma in un orizzonte di senso ulteriore rispetto all'ordinamento, che è, appunto, l'uomo, o la persona umana. E non potrebbe essere diversamente, pena il ricadere nella ne-

²¹ Proprio come la norma fondamentale secondo H. Kelsen, *Lineamenti* (cf. nt. 8), 99: «essa non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa non è posta, ma presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo».

²² «Dato che per il carattere dinamico del diritto una norma vale perché e in quanto è stata prodotta in una forma determinata, determinata cioè da altra norma, quest'ultima [la *Grund-norm*] rappresenta il fondamento di validità della prima». H. Kelsen, *Lineamenti* (cf. nt. 8), 104.

cessità di giustificarlo, secondo la logica della *probatio ad infinitum* dei logici medievali.

Del resto, nessuna scienza, e quindi nemmeno la giurisprudenza che vuole costruirsi come tale, può essere verificata o falsificata rimanendo all'interno dell'orizzonte nel quale si pone: verifica e falsificazione postulano logicamente la necessità di un riferimento ad altri. La "teoria pura" del diritto si risolve in un insieme di testi non contraddittori: e in effetti «la dottrina pura del diritto è una teoria generale del diritto»²³, non una filosofia del diritto, e non può essere spacciata per tale. E infatti lo stesso Kelsen capì il problema e si vide costretto a fare riferimento all'efficacia, cioè all'effettiva osservanza del diritto, ossia al suo vissuto consenso, *condicio per quam* della sua stessa validità, ossia della tenuta logica delle sue proposizioni²⁴. Il che significa che il diritto, civile e canonico, necessariamente si riferisce a qualche cosa che va fuori di sé, proprio come una ragnatela (qui metafora del procedere deduttivo e intersecantesi delle

²³ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche* (cf. nt. 8), 70. H. KELSEN, *Lineamenti* (cf. nt. 8), 47, dice in effetti con molta onestà che «la dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo. [...] È teoria generale del diritto».

²⁴ «Un ordinamento normativo deve perdere la sua validità di fronte alla realtà che cessa di corrispondergli fino a un certo grado. La validità di un ordinamento giuridico [...] si trova pertanto in un sicuro rapporto di dipendenza col fatto che il comportamento reale di questi uomini corrisponde all'ordinamento giuridico o anche, come si suol dire, alla sua efficacia». H. KELSEN, *Lineamenti* (cf. nt. 8), 101. Ancora, H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1975³, 241, aggiunge: «l'efficacia è condizione nel senso che un ordinamento giuridico, considerato come totalità, ed una singola norma giuridica non possono più considerarsi validi, quando cessano di essere efficaci».

disposizioni normative) ha bisogno di poggiare su punti-forza esterni per reggersi; e questi punti forza non appartengono alla ragnatela come tale, ma ad altre dimensioni, che, nel nostro discorso, sono il consenso della comunità su valori comunemente condivisi, su di un "bene" e un "giusto" previ alle leggi come tali. Dunque semplicemente *non è vero* che la scienza giuridica deve limitarsi a descrivere il diritto così come è, senza interessarsi di come dovrebbe essere. Questa prospettiva non ha senso nemmeno nella teoria generale del diritto intesa kelsenianamente come "geometria totale del fenomeno giuridico", *als eine Geometrie der totalen Rechtserscheinung*: come si spiegano in tal modo fenomeni tanto vari e tanto vasti nella storia dei diritti come la consuetudine, la nuova *lex mercatoria*, le tante forme, in ambito civile e canonico, di giurisprudenza creatrice di diritto o di *judge made Law*?

3. Sapere teoretico e sapere pratico nella scienza del diritto

Accanto ad una possibile interpretazione dell'ordinamento giuridico secondo l'immagine della piramide a gradini, noi proponiamo invece quella della rete, o dell'alveare: il sapere giuridico, e l'interpretazione dei fatti data dalle leggi, si snoda come sapere deduttivo e sillogistico, secondo le forme proprie di una *scientia iuris*, e così intendiamo salvaguardare le acquisizioni "moderne" del diritto come scienza teoretica, e non solo pratica. Tuttavia, questa casella dell'alveare si inserisce tra altre caselle, che sono le scienze proprie degli altri ambiti umani, e segnatamente, oltre all'economia e alla sociologia, il sapere

morale e quello teologico, giacché non vi è dubbio che le concezioni religiose e morali condivise costituiscono un punto di riferimento per il diritto storicamente espresso, sebbene con esso non coincidano, né possano coincidere. L'interdipendenza o il dialogo continuo, la reciproca osmosi tra questi ambiti, costituisce una fonte inesauribile di intelligenza del fatto giuridico, e particolarmente della legge positiva, statale od ecclesiastica, come valore emergente all'interno di altri valori storicamente dati: questo impedisce l'assunzione "totalitaria" del fenomeno giuridico come dato positivamente insuperabile, e dunque l'arroganza del potere politico, riconsegnando alla comunità dei giuristi, e segnatamente alla giurisprudenza, un ruolo guida nell'elaborazione del diritto, sottraendola alla mera sudditanza del legislatore, mentre, al tempo stesso, non lo emargina né sviscila. In questo modo, viene recuperata l'istanza tipica del sapere antico, aristotelico prima e tomista poi, che vede nel diritto una scienza pratica, e non teoretica²⁵: al tempo

²⁵ Per Aristotele e San Tommaso vi sono due modelli di conoscenza, con proprie precipue caratteristiche e leggi strutturali, paralleli ma, per così dire, di verso contrario: un sapere speculativo, il cui modello è costituito dalla geometria, che procede da assiomi, come tali problematicamente 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 primi principi 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». Così, nel *Comm. Eth.*, VII, lect. 8: «Nell'agire, il principio motore è il fine in vista di cui si agisce: questo, nelle azioni, ha dunque

stesso, non abbiamo un mondo ideale di forme pure del diritto costituenti un'unità articolata ed esauriente come dei cerchi concentrici attorno ad un centro²⁶, ma

la stessa funzione delle supposizioni, cioè dei principi, nelle dimostrazioni della matematica». Ancora, I, q. 5, a. 2, ad 2: «Finis est causa causarum».

Aver compreso il fenomeno giuridico nell'ambito del sapere speculativo, e non in quello del sapere pratico, ha determinato la sua trasformazione da *prudentia iuris*, com'era nel mondo romano e medievale, e come rimane, almeno in parte, nell'ordinamento canonico e appieno in quello anglosassone, cioè creazione dottrinale e giurisprudenziale, a semplice *lex*, schema generale ed astratto, proiezione della volontà del legislatore, premessa maggiore del sillogismo giuridico, la *scientia iuris* alla quale abbiamo accennato. In tal modo «la realtà storica di un ordinamento giuridico positivo è ricondotta a concetti generali e sistemata in categorie e istituti i cui nessi rispecchiano il fitto intreccio di rapporti che collegano in varia maniera la realtà del diritto. Il compito che così viene assegnato alla scienza giuridica è quello di fondare un impianto concettuale in grado di dominare la vasta e complessa materia giuridica e un sistema di categorie in cui ogni parte, piccola o grande, della materia trovi la sua appropriata collocazione. La scienza giuridica prende in tal modo il carattere di scienza teoretica, e per questo suo carattere non è più formale di quanto lo siano le altre scienze teoretiche relative al mondo reale. Tale metodo resterà dominante nella pandettistica e, per il campo del diritto privato, troverà in B. Windscheid il suo più completo esponente, mentre avrà nel codice civile tedesco il suo riconoscimento ufficiale di maggiore risonanza attraverso l'assunzione in esso, come libro di apertura, dello *allgemeiner teil* [...] A questo dominante tono teoretico hanno guardato coloro che, facendo valere l'esigenza di dare il giusto peso alla realtà del diritto, hanno definito il metodo dei pandettisti, in tono polemico e non senza ironia, come giurisprudenza concettuale (*Begriffsjurisprudenz*)». A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche* (cf. nt. 8), 74-75.

²⁶ Com'è noto, questa è la concezione di R. STAMMLER che, sulla scia di Kant, volendo cogliere le forme come condizioni

una realtà caratterizzata da una pluralità di centri, una rete con centri diffusi o policentrica²⁷, nella quale l'interscambio reciproco e continuo è tanto essenziale, per il *continuo farsi* del diritto, specialmente a livello *giurisprudenziale*, quanto la posizione a livello *legislativo*, o del diritto *già fatto*. In tale schema il farsi dell'ordinamento giuridico, o del diritto come ordinamento, non avviene più secondo il semplice – e riduttivo – schema del sillogismo giuridico, ma avviene in una rete di rimandi, che non coinvolgono più il solo legislatore e il giudice come interprete-esecutore, ma che, in un circolo virtuoso, si svolgono tra la società o comunità, con il suo sentire diffuso di valori meritevoli di tutela (ordinamento inteso come ordine percepito già esistente), il legislatore o le fonti positive del diritto (ordinamento inteso come insieme di comandi) con le scelte politiche concrete che pongono determinati valori assumendoli come giuridicamente rilevanti, e i giudici, interpreti e custodi di un ordinamento non solamente dato, ma che continuamente si dà e si crea. Abbiamo quindi un'interpretazione *giuridica* e non solo *legale* di fatti concreti che chiedono di essere tra-

di possibilità del pensiero giuridico nel costruire una filosofia del diritto intesa come una dottrina che si può stabilire con universalità incondizionata, utilizza l'immagine del disco a cerchi concentrici, il cui centro immobile sarebbe il concetto del diritto come «volontà vincolante autonoma inviolabile». Cf. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche* (cf. nt. 8), 65-67.

²⁷ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma – Bari 2003, specialmente 21-25, dedica pagine molto interessanti a questa nuova morfologia del diritto basato su organizzazione senza un centro, e quindi non più sulla sovranità ma sulla cooperazione, anche comparandole a figure simili, medievali e moderne.

dotti e compresi nei *valori* che essi stessi esprimono e che le leggi precisano.

Oltre e prima di ogni ordinamento giuridico, e suo vero fondamento costituzionale, troviamo la persona umana, gli uomini e le donne esistenti, materialisticamente intesi come individui appartenenti alla specie umana, dotati di un "diritto ad avere diritti", ossia di personalità giuridica, non conculcabile e non negoziabile, ma fonte di ogni successiva negoziazione e sviluppo. Essi costruiscono l'ordinamento giuridico vivente, cioè il senso e come l'orizzonte insuperabile di ogni ordinamento giuridico: *hominum causa omne ius constitutum est*²⁸. Tanto che ogni suo sviluppo contrario ad essi deve essere cassato, proprio come le leggi contrarie alla Costituzione.

Conclusioni

Se per il giurista positivo, specie il civilista, la riflessione fin qui svolta può apparire semplicemente priva di rilevanza pratica, per il canonista dovrebbe essere di più vitale interesse e immediata applicazione. Infatti non va dimenticato che nell'ordinamento giuridico canonico vige immediatamente, senza alcun bisogno di recezione da parte del legislatore ecclesiastico, il diritto divino e il diritto naturale. La vigenza immediata del diritto divino è precisamente la fonte prima del primato della persona nel nostro ordinamento, e della sua soggettività giuridica come immediatamente garantita da Dio, e non solo da un legislatore umano. Il che ci riconduce alla natura

²⁸ ERMOGENIANO, in *Digesto* 1, 5, 2.

eminentemente pastorale, cioè pratica, del diritto della Chiesa. Inoltre, il diritto divino e quello naturale operano come criteri immediati di azione per il giudice ecclesiastico: possiamo ricordare come storicamente, nella vigenza del Codice pio-benedettino, i Tribunali ecclesiastici abbiano operato andando ben al di là delle disposizioni codiciali in materia di consenso matrimoniale o di capacità di assumere gli impegni matrimoniali, basandosi precisamente sul dato divino e naturale della libertà del consenso e sulla natura del coniugio. Operando secondo quanto la migliore scienza e conoscenza, specie psicologica, insegnava, la giurisprudenza ha oltrepassato le disposizioni risalenti alle fonti, e dunque alla medicina, medievali, per mezzo di un'attività *creatrice* di diritto²⁹ e non meramente *applicativa*. E questo non deve essere ritenuto contrario ai principi dell'ordinamento canonico, che non è costruito secondo gli schemi postulati dai Codici civili. Prova ne sia che detta giurisprudenza venne poi recepita dal Supremo Legislatore, e precipitata nei canoni del nuovo Codice, segnatamente il 1095.

La presenza del diritto divino e la sua posizione sovraordinata rispetto a quello umano permette all'ordinamento giuridico canonico di non conchiudersi in un insieme coerente di norme, ove la loro validità è legata al fatto puramente formale della loro emanazione secondo quanto stabilito dalle norme sulla produzione, come inevitabilmente avviene nei sistemi giuridici positivistici. Del resto nessuna scienza, come insieme di proposizioni sillogistico-deduttive, può es-

²⁹ Cf. S. GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova 1985, 110-125. Più in generale, sulla funzione della giurisprudenza, cf. 29-57.

sere falsificata rimanendo solamente all'interno del proprio presignato orizzonte: in questo ambito, essa potrà solamente essere considerata coerente o no, ma non "vera" o "falsa". Il diritto divino e quello naturale svolgono invece un ruolo epistemologicamente critico della legislazione vigente, e al tempo stesso altamente propositivo. Solo in tal modo possiamo essere di fronte ad un ordinamento inteso non come un insieme di comandi, ma come ordine oggettivo preesistente alla volontà politica. Così, e solo così, detto ordine non è legato indissolubilmente allo Stato, ma alla società ed ai valori condivisi che questa esprime, e, in ultima analisi, alla persona come realtà previa al potere, e non ad un "soggetto di diritto" da lui stesso creato.

E per questo il canonista non può limitarsi alla tutela formalistica di principi ma deve ancorarsi al valore sostanziale delle soluzioni da lui proposte. Qui risiede la profonda raffinatezza dell'ordinamento canonico, che non può accontentarsi, come al limite potrebbe il diritto civile, della sua positività, ma richiede un continuo plasmarsi, anche al di là della previsione normativa. In altri termini, nell'ordinamento canonico, proprio per la supremazia del diritto divino e naturale, e per l'assenza della forma-Stato e per il ruolo subalterno della stessa Autorità della Chiesa ai principi divini che reggono l'ordinamento, il giurista, dottrinario o giudice, non può limitarsi al ruolo secondario di esegeta o di "bocca della legge": è autorità infatti non solo chi pone le leggi, ma anche chi le fa valere, e la sua opera non può, a pena di una deriva positivistica, decadere a quella di mero esecutore. Egli, e l'esempio può essere quello della già citata giurisprudenza rotale *ante Codicem*, è concreatore dell'ordinamento giuridico, attuando quella *prudentia iuris* in cui consiste la vera esperienza giuridica, che

appare così disegnata come uno spazio definito dalla norma ecclesiastica, dall'interpretazione dottrinale o giurisprudenziale, e dal fatto stesso da normare, e non semplicemente nei termini del sillogismo giuridico. Alla struttura della "piramide a gradini" alla quale ci ha abituato la geometria giuridica kelseniana, e dunque al ragionamento "a sillogismo", che di essa è il riflesso, va preferito il ragionamento "a rete", il *network* di un reticolato nel quale le diverse grandezze giuridiche (diritto divino, naturale, positivo, fatto concreto) si rinviano reciprocamente, in una pluralità di rapporti a geometria variabile. Il ragionamento giuridico va ripensato – recuperando del resto quanto avveniva nella tradizione di *ius commune* e nella stessa dottrina canonistica prima della vigenza del Codice pio-benedettino, e come è per molti versi ancora nell'esperienza di *Common Law* – secondo moduli più duttili, una logica polivalente, con una pluralità di centri di interesse giuridicamente rilevanti, e non più secondo i moduli ingessati dello schema "fattispecie legale – fattispecie concreta – sentenza o giudizio".

In questo modo l'ordinamento giuridico viene plasmato sulla realtà della persona, e sulle sue esigenze imprescindibili, sulla sua libertà quale data da Dio e non concessa dal legislatore. Siamo dunque invitati, secondo le parole di Papa Benedetto XVI, a fare del diritto «il presupposto della libertà, e non il suo antagonista»³⁰.

OTTAVIO DE BERTOLIS, S.J.

³⁰ BENEDETTO XVI, *Discorso* inviato all'Università "La Sapienza" il 17 gennaio 2008.