

“Nuovi licei: l’avventura della conoscenza”

Seminario: Liceo Classico

Napoli, 03 marzo 2011

In collaborazione con l’Istituto per gli Studi Filosofici di Napoli

ANDREA SIMONCINI

“Lo studio del diritto nella formazione umanistica”

1. Le domande cui cercherò di rispondere

Il diritto è una materia diffusa come insegnamento curricolare specifico nella scuola come materia tecnica; la mia impressione è che questa riduzione del diritto da una “tecnica” lo renda una materia poco interessante ed, al fondo, poco utile.

Qui proporrò alcune riflessioni in base alle quali, invece, il diritto come “tema” o argomento da trattare all’interno delle materie che ordinariamente compongono il curriculum del liceo classico – laddove non esiste, com’è noto, una materia “diritto” – può, viceversa, risultare un argomento particolarmente utile, soprattutto in chiave multidisciplinare.

Il punto di partenza è che il diritto oggi, anche se trasversalmente, tocca tantissime materie e molteplici discipline. È, infatti, un tema ricorrente, ancorché non espressamente oggetto di insegnamento.

Nei tempi più recenti, poi, le questioni della cittadinanza, della costituzione e molti altri temi che hanno a che fare con questioni *lato sensu* giuridiche, stanno sempre più premendo per un riconoscimento curricolare anche di questa materia.

È indubbiamente un profilo che ne tocca tanti altri avendo a che fare – diciamo genericamente - con l’evoluzione della cultura.

Suggerisco, quindi, la prima osservazione di natura metodologica, iniziando ad affrontare il tema: Perché il diritto oggi ha questa propensione a diffondersi in maniera trasversale tra i diversi campi della conoscenza? Come mai il diritto ha così tanto a che fare con l’educazione?

E, poi, un secondo aspetto, che tratterò in maniera molto rapida: Cos’è questo fenomeno che noi chiamiamo *diritto*?

Spesso, nell’affronto di questo argomento (ma è una conseguenza della premessa che cercherò di svolgere), noi scontiamo una serie di pregiudizi. Proporrò perciò una rapida periodizzazione che

consenta di segnalare quantomeno quali siano le grandi stagioni dell'evoluzione storica attraverso cui il diritto ha preso una certa forma.

2. Perché oggi ci occupiamo (tanto) di diritto? Ragioni strutturali.

Due sono le ragioni "strutturali" per cui ci occupiamo di diritto.

La prima è che il diritto è un fenomeno tipicamente *umano* e non conosciamo strutture di organizzazione sociale di forme viventi diverse dall'essere umano che abbiamo assunto caratteri simili a quelli del *diritto*. Questa riflessione può sembrare banale, però è un fatto interessante da rilevare. Esistono scienze, come l'etologia, che studiano il comportamento degli animali e rilevano che il comportamento degli animali tende ad organizzarsi, tant'è vero che per definire le organizzazioni tipiche di tante formazioni animali si utilizza una terminologia di tipo giuridico (l'ape *regina*, il lupo capo branco, eccetera). Il punto discriminante però è che rispetto a queste forme di organizzazione sociale, in cui si stabiliscono relazioni stabili e costanti tra vari soggetti all'interno del mondo animale, nessuno ha mai pensato di qualificarle come un *ordinamento giuridico*. Se l'ape *operaia* ha un problema con l'ape *regina* non esiste un tribunale cui può sottomettere una specifica istanza e un avvocato da coinvolgere...e questo è un primo fenomeno interessante.

Cosa distingue queste relazioni stabili, questa tendenza dei diversi soggetti viventi a stabilire relazioni e a stabilizzarle, cosa distingue fenomeni del genere nel mondo animale rispetto allo specifico dell'ordinamento giuridico?

Sono due i fattori che caratterizzano le relazioni sociali umane e che poi diventano diritto: *ragione* e *libertà*. Ragione e libertà sono i due fattori che distinguono l'esistenza di un ordinamento giuridico da qualsiasi altra forma di organizzazione sociale. Il motivo per cui l'ape operaia risponde o si comporta in un certo modo, ovvero la ragione per cui le anatre che migrano a sud si dispongono in un certo modo è di tipo biochimico-ormonale; sono pulsioni alle quali nessuno dei soggetti stessi può pensare di sottrarsi. Non c'è libertà nell'adesione a queste forme sociali e, soprattutto, non c'è *ragione*, ovvero sia consapevolezza critica di quanto accade.

Il diritto, invece, presuppone che la persona si appropri della ragione per cui il diritto stesso esiste. È dunque un fenomeno *tipico* degli esseri umani, tipico della civiltà umana.

La seconda ragione per cui ci occupiamo di diritto, è che è un fenomeno tipicamente *sociale*, che non riguarda il singolo, ma sempre e soltanto le relazioni tra più soggetti. Si pensi all'uomo solo sull'isola, tipico delle barzellette oppure - se si vuole fare una citazione più bella ed evocativa - si pensi al famoso ultimo uomo che Don Giussani ricordava sempre leggendo *Sul monte Mario* di Carducci.[1] Se pensiamo un mondo in cui rimane una sola persona, questa persona avrà certamente ancora obblighi di tipo morale, obblighi di tipo intellettuale, avrà ancora obblighi religiosi nei confronti di Dio, ma certo non avrà più obbligazioni di tipo *giuridico*. Nell'ordinamento giuridico il singolo si considera sempre all'interno di una relazione effettiva esistente.

Se mettiamo insieme queste due considerazioni (il diritto è un fenomeno tipicamente *umano* ed è un fenomeno tipicamente *sociale*), emerge chiaramente il motivo per cui il diritto ha questa grande utilità nel comprendere come si evolve la storia e la civiltà. Il diritto è chiaramente un indicatore, una cartina di tornasole di come si definiscono le relazioni sociali. Il diritto e lo studio dei fenomeni giuridici è utile proprio perché sono elementi inevitabilmente legati all'idea di *umanità* - cioè a come si usano la ragione e la libertà - e all'idea di relazione "io-te", presenti in una data società. Laddove c'è una relazione sociale prima o poi si sviluppa un ordinamento di tipo giuridico e questo è legato al modo con cui, antropologicamente, si concepiscono ragione e libertà.

Questo è il motivo per cui la questione su come debbano essere strutturate le relazioni tra le persone è una delle questioni più antiche che esistano, è una delle questioni che connota l'avvio stesso della riflessione su di sé e sulla realtà. In questo senso, più propriamente, non è soltanto un fenomeno sociale, ma un fenomeno di tipo *politico*, intendendo per *politica* il problema della *polis* ovvero della origine e della giustizia nei rapporti sociali.

Il diritto non è un fenomeno che nasce con lo Stato, come purtroppo oggi spesso si afferma. I primi grandi dibattiti sul diritto li animano, con i loro dialoghi, Platone e Aristotele.

Con questa mia premessa intendo smontare il pregiudizio - diffusissimo - che il diritto sia qualcosa di esclusivamente legato allo stato. Secondo questa tesi il diritto altro non è che un fenomeno, una forma di regolazione sociale che dipende da chi ha il potere politico in una certa società . Indubbiamente questa è una forma del fenomeno giuridico che è esistita e che esiste ancora, ma non ne è l'essenza, non è quello che il diritto ha rappresentato da sempre.

Il diritto, infatti, esisteva quando ancora non esisteva lo Stato - in senso moderno -, era una forma di organizzazione della società anche quando non esisteva quel particolare modo di pensare al potere

pubblico che è lo stato moderno liberale, che nasce dopo le grandi rivoluzioni liberali del '700 di qua e di là d'oceano.

Quella del diritto "prodotto" dello Statè è una certa idea di *diritto* ma non è tutto il diritto, soprattutto non è quel modo di concepire il fenomeno giuridico che io penso sia davvero utile a chi insegna, a chi ha il problema dell'educazione.

Se, invece, concepiamo il diritto in maniera più estesa e più completa, diventa estremamente interessante studiarlo e la conoscenza dei fenomeni delle organizzazioni giuridiche diventa un buon modo, una semplificazione, attraverso la quale riusciamo a cogliere l'idea di ragione, di libertà e di organizzazione sociale che aveva un certo popolo.

Uno dei fenomeni che mi ha sempre affascinato studiando questi temi (e che poi è stato uno dei motivi per cui mi sono messo a studiarli anche dopo aver finito la facoltà di giurisprudenza) è proprio questa idea della *strutturalità*, per dir così, cioè di quanto il problema di come darsi un'organizzazione giusta, proporzionata, sia veramente una delle domande che ci consente di andare indietro nel tempo e di leggere l'evoluzione della civiltà.

A questo proposito mi ha colpito una cosa che di recente mi ha suggerito il professor Bersanelli[2]. Bersanelli mi ha segnalato una pagina dell'Iliade, precisamente il canto diciottesimo, in cui si pone il problema di Achille a cui è stato ucciso Patroclo. Non solo ucciso, gli hanno rubato tutte le armi, tutta l'armatura e lo scudo. Achille ovviamente prende molto male questa vicenda e la madre Teti, per rimetterlo in gioco, va da Vulcano e gli chiede di ricostruire lo scudo. In questo capitolo dell'Iliade, c'è una descrizione molto lunga, molto accurata di questo scudo (e tra gli astrofili questo è particolarmente sentito perché c'è una delle prime descrizioni conosciute delle Pleiadi, è quindi una delle prime mappe del cielo che si conoscano).

In realtà, però, al centro di questo scudo vengono rappresentate due città: due belle e popolose città. In una di queste due città è rappresentata una scena di guerra, con l'assedio e l'agguato, nell'altra è rappresentata una scena di pace, con il corteo nuziale e un giudizio. Non c'è un tribunale, ci sono due persone che litigano (perché uno aveva probabilmente ucciso il parente dell'altro) che vanno a chiedere di trasformare la pena, che allora era la vendetta privata, in un pagamento.

Questa immagine sullo scudo di Achille è interessante perché descrive uno dei primi casi di procedura penale attica, cioè di procedura penale del diritto greco antico. È descritta molto accuratamente la scena in cui i due vanno di fronte a questi sapienti perché uno dei due vuole trasformare la vendetta in una multa.

Questo è il primo segnale di un'organizzazione sociale che evolve in maniera chiara perché, fino a quel momento, se una persona aveva fatto qualcosa di errato o di sbagliato, secondo la convenzione sociale, semplicemente esisteva il diritto di vendicarsi, si poteva prendere un altro della famiglia dell'uccisore e ucciderlo a sua volta. Sullo scudo, invece, è raffigurato un gruppo di saggi che deve prendere una decisione, vicino ad un matrimonio.

Dall'altra parte c'è la stessa città, stavolta in guerra. Questo episodio, ben conosciuto, è una dimostrazione molto interessante di come la definizione della *polis*, cioè la definizione di che cosa sia una città, abbia, da un lato, in sé l'idea del legame naturale della famiglia (non esiste una *polis* senza una struttura naturale così), ma, dall'altra, c'è il bisogno di un *dispute settlement* – diremmo oggi - cioè di qualcuno che sistemi le liti che nascono tra gli uomini. Stiamo parlando di Omero e quello che raccontava Omero apparteneva alla tradizione a lui ancora precedente, per cui, stiamo parlando di migliaia di anni avanti Cristo. Dico sempre ai miei studenti che, se riportassimo su una riga lunga un metro tutta la storia della civiltà, ci accorgeremmo che il diritto, come fenomeno prodotto dallo stato, occuperebbe meno degli ultimi dieci centimetri di questo segmento. Il diritto, invece, esiste come fenomeno da migliaia di anni prima dello Stato moderno, da quando, cioè, un soggetto ha affermato la pretesa di monopolizzare la produzione del diritto e dunque dei diritti.

L'idea della *polis* (e, ovviamente, la radice della questione *politica*) che è alle origini di quanto stiamo dicendo, paradossalmente spiega una delle concezioni più moderne del diritto, uno dei problemi che oggi catalizza maggiormente i teorici del fenomeno giuridico. E cioè: il diritto nasce sempre come problema di coordinazione. Il diritto – abbuiano detto - nasce quando ci sono più persone, ma, di per sé, alcune persone insieme possono anche produrre solo l'*embrione* del diritto, che è lo scambio. Io ho bisogno: questo è il punto di partenza dell'essere umano. Tu hai qualcosa che può venire incontro al mio bisogno e , se io ho qualcosa che può venire incontro al tuo, ci scambiamo queste utilità. E' l'idea dello scambio giuridico, della compravendita.

L'idea della *polis* è un'evoluzione rilevantissima di questo rapporto di scambio, è un'evoluzione e un approfondimento, ma è anche un salto evolutivo, perché dietro l'idea della *polis* c'è l'idea che oltre ai beni che posso ottenere in scambio da *qualcuno* dei miei vicini, esistono dei beni che io posso avere solo se ci mettiamo insieme; ovverosia, beni che non mi dai tu o un altro, ma che ottengo per il fatto di partecipare a una *comunità*. Il più semplice da immaginare è la difesa, la sicurezza. La sicurezza non me la dà uno scambio uno a uno, ma la ottengo per la partecipazione ad una comunità.

Ma, a ben riflettere, lo scudo di Achille ci dice che c'è una ulteriore e fondamentale esigenza che non posso ottenere dai singoli, ma solo dalla polis: la giustizia (la decisione dei saggi sottrarre la controversia alla decisione tra i singoli – vendetta -)

Ci sono dei beni di cui un individuo ha bisogno ma cui può rispondere solo l'idea della polis (è la famosa immagine di Aristotele della nave, sulla quale ognuno – marinai, mozzi, timonieri - fa cose diverse e in modo tale che ognuno potrebbe essere totalmente disinteressato a quello che fa l'altro; sulla nave ognuno fa quello che fa non perché obbedisce ad un altro come singolo, al fondo lo fa perché se non lo facesse, la nave affonda e per un bene comune che obbedisce anche al singolo) il bene comune nasce da una relazione tra gli individui che è di più della somma della mera utilità individuale. Questo è il motivo per cui si può dire che il diritto è un indicatore sicuramente interessante, per cui rispondere alla domanda su com'era il diritto in un certo periodo è una buona strada per capire com'erano l'uomo e la società in quel periodo.

3. Perché oggi ci occupiamo (tanto) di diritto? Ragioni contingenti.

Ma esistono anche ragioni contingenti per cui oggi la conoscenza del diritto presenta un interesse particolare.

Le ragioni contingenti riguardano il contesto di fortissimo individualismo e relativismo sul piano morale, quello che il professor Botturi ha altrove definito “un contesto tecno nichilista”. [3]

Dal punto di vista di chi studia il diritto, mi sembra di poter dire che, nel momento in cui i contesti sociali perdono coesione dal punto di vista morale e non esistono più valori per cui valga la pena fare sacrifici (e mi pare che questo sia il contesto in cui viviamo), il diritto subisce una trasformazione “genetica”.

Quelle regole, infatti, che erano nate per risolvere problemi di coordinazione *esterni* - cioè problemi di coordinazione di fronte ad attacchi o ad esigenze che derivano dall'esterno della polis, dall'esterno della comunità – quelle stesse regole stanno sempre più diventando l'unico metodo e criterio di risoluzione dei conflitti che attengono invece a sfere di questioni *interne* rispetto alla persona, questioni che mai prima d'ora erano state oggetto di *dispute settlement* e che restavano – “naturalmente” - all'interno di ordini normativi morali, religiosi, sociali che guidavano queste decisioni.

L'esempio più banale è quello dei rapporti tra i figli e i genitori all'interno della famiglia. La famiglia è un ordinamento di tipo sociale. Come diceva già lo scudo di Achille, c'è la famiglia e a fianco c'è il tribunale, perché, ai tempi di Achille, non erano la stessa cosa. Oggi c'è una progressiva giurisdizionalizzazione di tutti i rapporti all'interno della famiglia.

Oltre al diritto di famiglia, si pensi che nella carta dei diritti più evoluta tra le odierne carte giuridiche, (la *Carta di Nizza* o *Carta fondamentale dei diritti europei*[4], che, dal dicembre del 2009, ha acquisito la stessa efficacia legale del Trattato europeo), quando si parla di famiglia, questa realtà viene divisa – “esplosa” – in una serie di rapporti bilaterali “uno a uno”. Non è più un ente, una formazione sociale, come la chiama la nostra Costituzione. Diventa un fascio di relazioni biunivoche: i rapporti tra i genitori, ma anche tra i genitori ed i figli (si postula, ad esempio, un diritto dei figli ad avere relazioni regolari e stabili con i genitori, ed immaginiamo così dei figli che citino dinanzi ad un giudice i babbo per condannarlo a dar loro retta...)

In un intervento di qualche anno fa di Don Luigi Giussani ad Assago sulla politica[5], si diceva che c'è una relazione di inversa proporzionalità: quanto più cresce l'impotenza dei singoli, cioè la capacità di definire le proprie relazioni, tanto più cresce il potere, che conquista nuovi terreni, terreni inconcepibili.

Lo stesso principio di sussidiarietà ha poco da dire rispetto a questo fenomeno. Un punto chiarissimo che è emerso nella *Caritas in veritate*, l'ultima enciclica del Papa, è che ciò che davvero si contrappone al potere è la *carità*, prima ancora che la sussidiarietà. La carità è un principio costitutivo della società, la sussidiarietà è un principio strumentale.

La sussidiarietà infatti ci dice che, quando c'è una società attiva che risponde ai suoi bisogni, lo stato non deve intromettersi indebitamente. Ma se la società attiva non c'è? Lo stato – a questo punto – *deve* intervenire. Dunque il vero punto è cosa rende attiva, vitale una società; cosa fa sì che di fronte al bisogno io mi senta interpellato e tenti una risposta (e non mi limiti ad aspettare la risposta “statale”); e questo principio che attiva la responsabilità è proprio la carità.

Se c'è carità allora la sussidiarietà funziona, altrimenti è un autogoal!

Se l'uomo si rapporta all'uomo come nell'immagine più comune, quella dei *lupi*, allora diviene necessaria l'autorità suprema, il Leviatano, per usare la famosa immagine di Hobbs, che comandi come comportarsi.

La ragione contingente per cui oggi il diritto sta prendendo tutto questo rilievo è che il diritto sta occupando il posto della morale. Ed è, questa, una singolarissima eterogenesi dei fini o una

stranissima ironia della storia, perché, oggi, chi sostiene che il diritto sia l'unico possibile ordine morale capace di risolvere i conflitti che, per esempio, la globalizzazione pone (in termini di diverse culture, religioni), sono gli stessi che hanno sostenuto con forza che il diritto deve emanciparsi dalla morale, che le autorità morali non debbono avere nessun influsso sul diritto e viceversa.

È il grande dibattito odierno – ad esempio - se la Chiesa abbia il diritto o no di entrare nelle valutazioni sul diritto. "Assolutamente no!" è la risposta generale, salvo poi assegnare al diritto il compito di essere la nuova morale costituzionale, come con il patriottismo costituzionale di Habermas, ovvero la *moral reading of constitution* di Dworkin, tanto per citare autori che, in questo momento, rappresentano le *stars* tra i filosofi del diritto mondiale.

È proprio Ronald Dworkin che sostiene la *moral reading of constitution*, cioè che la costituzione va letta "moralmente", come un insieme di principi morali in modo tale che possa influenzare i giudici e le loro riflessioni.

4. Cos'è il diritto?

Dopo questa premessa metodologica, vengo rapidamente alla domanda su che cos'è il diritto.

Oggi il vero problema è che, come di fronte a qualsiasi domanda di tipo conoscitivo, si pone il rischio di un pregiudizio.

Il pregiudizio in questo momento più deviante, più deformante nel guardare questo fenomeno particolare mi pare che sia la "statualità" del diritto. C'è un manuale di diritto privato scritto nel '29, la cui prima pagina si apriva così: "il diritto presuppone lo stato" [6]. Era chiaro il contesto ideologico in cui ci trovavamo: un contesto totalitario, com'era il fascismo, e quindi, certamente, iperstatalista. Il vero peccato originale del fascismo è la sua struttura ontologicamente statalista, quasi una metafisica statalista, in cui tutto ciò che esiste, esiste dentro lo stato, dalla culla alla tomba, dai "balilla" in giù, fino allo sport, l'economia, la società.

C'è ancora oggi sicuramente questo pregiudizio: il diritto è una forma di regolazione sociale prodotta dal soggetto dotato di potere su una certa società. L'autorità "pubblica", infatti, tende a darsi un'organizzazione ed il diritto non è nient'altro che una forma di questa organizzazione.

C'è un altro modo di guardare il fenomeno, partendo dall'osservazione della realtà.

L'osservazione della realtà ci suggerisce che sicuramente i comportamenti umani, ad una prima osservazione, sembrano caotici, dopo di che, però, se l'osservazione prosegue per un po' di tempo -

perché il fattore tempo è decisivo per comprendere il fenomeno giuridico - ci si rende conto che è invece esattamente il contrario. I comportamenti degli uomini tendono a essere estremamente regolari. È difficilissimo che uno la mattina si alzi e riesca davvero a fare una cosa del tutto inaspettata rispetto a quello che ha fatto nei giorni precedenti.

Detto altrimenti: esiste una *normalità* (da *norma*).

Bisogna fare una distinzione tra l'idea di norma e l'idea di diritto.

Esiste infatti un'esperienza *normativa*. Il termine è di Norberto Bobbio, famoso come filosofo della politica, ma in realtà, in partenza, fondamentalmente, un grandissimo filosofo del diritto. È il primo che tenta una sintesi tra l'ipotesi formalista kelseniana e l'istituzionalismo, provando a mettere insieme questi due archetipi. È nei testi di Bobbio che si trova una pagina molto bella in cui si dice:

“La nostra vita si svolge in un mondo di norme. (...) La maggior parte di queste regole sono diventate ormai tanto consuete che non ci accorgiamo più della loro presenza. Ma se osserviamo un po' dall'esterno lo sviluppo della vita di un uomo attraverso l'attività educatrice compiuta su di lui dai suoi genitori, dai suoi maestri e via discorrendo, ci rendiamo conto che egli si sviluppa sotto la guida di regole di condotta. Per quel che riguarda l'assoggettamento a sempre nuove regole, è stato giustamente detto che la vita intera e non solo l'adolescenza, è un continuo processo educativo.

Possiamo paragonare il nostro procedere nella vita al cammino di un pedone in una grande città: qua la direzione è proibita, là la direzione è obbligatoria; e anche laddove è libera, la parte della strada su cui egli deve tenersi, è in genere rigorosamente segnata.

Tutta la nostra vita è cosparsa di cartelli indicatori (...) molti di questi cartelli sono costituiti dalle regole del diritto (...) [7]

È vero che l'uomo tende, trovandosi nella stessa situazione, a fare esperienza di quello che è già successo e questo fa sì che la possibilità di scelte, ogni volta teoricamente infinita, poi diventi in realtà molto più concentrata.

Il diritto è una delle possibili ragioni di queste regolarità, è una delle spiegazioni del perché l'uomo si comporta costantemente in un certo modo.

Può essere ovviamente molto banale e anche molto discutibile come posizione perché ci sono dei problemi fra prescrittività e descrittività. Quello che dico è che, partendo dall'osservazione, ci si rende conto che in realtà il diritto nasce come la scoperta di una certa ragione.

Perché le automobili tendono tutte a viaggiare sulla destra - qui da noi - e invece sulla sinistra in Inghilterra, creando dei cospicui problemi di adattamento, nei primi giorni, a chi si sposta dall'uno

all'altro paese? Perché se uno entra in autostrada, a qualsiasi velocità stia andando, se nello specchietto vede un'auto della polizia, rallenta?

Qui stiamo evocando Paolo Grossi, un grande professore che adesso è alla corte costituzionale, che ha scritto un libro molto bello: *Prima lezione di diritto*, Laterza, 2006,[8] che suggerisco come lettura generale.

In questo libro inizia dicendo che il diritto appartiene al novero dei fenomeni *invisibili*. Quando vedi la polizia scatta un meccanismo che finisce per influire sul tuo comportamento e questo è il diritto. Se, per un esperimento mentale, togliessimo il diritto, questa reazione sarebbe spiegabile. Se si guarda così il fenomeno, la questione diventa molto più interessante, perché non si tratta più - e soltanto - di guardare il diritto come una serie di regole.

Penso al modo con cui cittadinanza, costituzione e legalità vengono normalmente presentate. Vengono presentate come una serie di regole, soprattutto vengono presentate assumendo implicitamente che oggi, soprattutto nei giovani, ma anche, molto spesso, a chi parla in quel momento ai giovani, ci sia una scarsa volontà o capacità di obbedire alle regole.

Se non c'è una ragione l'uomo non obbedisce alle regole e se non c'è la libertà, cioè la possibilità di far diverso, l'uomo non obbedisce alle regole, tant'è vero che - sempre Grossi - tende a sostituire il termine "obbedire" al diritto con quello di "osservare" il diritto, che ha dentro questa duplice natura dell'osservare come obbedire, ma anche dell'osservare come *observo*, cioè seguire l'evidenza che ho davanti.

È riduttivo concepire il diritto solo come regole rispetto alle quali ci si pone il problema dell'obbedienza. Diventa molto più interessante se proviamo ad affrontarlo come la spiegazione di certe regolarità costanti che i gruppi sociali si danno.

Le leggi fisiche si distinguono da quelle giuridiche proprio per questo: non è possibile violarle. Se io decido con tutto me stesso di non rispettare una legge della natura fisica, mi butto da un aereo per fare il paracadutista e non voglio cadere verso il centro della terra, tutta la mia volontà non basta a sottrarmi alla legge fisica naturale. Nel diritto, invece, l'adesione, la volontà deve seguire e la volontà suppone la ragione.

5. Evoluzione del diritto: periodi.

Propongo una periodizzazione molto rapida su come questa idea di fondo si è sviluppata.

Ho individuato cinque periodi, intendendo per periodi dei tornanti, dal punto di vista della storia della civiltà, in cui si afferma una certa idea del diritto.

Punto di partenza è l'ordine giuridico medievale e il riferimento fondamentale sono gli studi del prof. Grossi. L'ordine giuridico medievale è interessantissimo perché è un ordine in cui manca un soggetto monopolista della produzione delle regole come è lo stato. Questa è la definizione di Grossi. Ci sono due grandi assenti: lo stato e l'individuo.

L'individuo nel medioevo non è concepibile. Il medioevo nasce con la crisi del mega ordinamento romano che c'era prima (non c'è bisogno di dire quanto fosse rilevante fosse la strutturazione giuridica nella stessa esistenza di Roma e di come si è evoluta). Questa frattura pone l'esigenza fondamentale di protezione e sicurezza e questa esigenza produce essenzialmente uno scambio.

L'idea di *foedus*, cioè di feudo, feudalesimo, è esattamente questo. Da un lato c'è un'esigenza di protezione, di sicurezza, dall'altra c'è qualcuno che si prende carico di questo. Il rapporto che c'è tra la comunità e chi si prende in carico questa sicurezza non ha niente a che vedere con le forme astratte della sovranità che nasceranno con il periodo moderno, è esattamente uno scambio. È il ruolo della *polis* alla sua origine.

Il feudatario dunque ha un potere. Se si legge il bellissimo *San Luigi* di Le Goff [9] su San Luigi dei francesi, è impressionante osservare la figura di Re Luigi, che in realtà è tardo rispetto a questo periodo, perché, giustamente, nel modo con cui costruisce il regno di Francia si vedono i prodromi dello sviluppo successivo. Ogni volta che Re Luigi entrava in una città, tutti i suoi vassalli, i baroni si prostravano e prestavano omaggio al re che entrava. L'atto di obbedienza rispetto al re era *fisico*, doveva essere *visibile*, la sovranità non era *assoluta*, sciolta, non c'è nessuna monarchia *assoluta*, ma era "relativa a", cioè riconosciuta espressamente dai suoi sudditi.

La monarchia che comincia a costruirsi già in epoca medievale è sempre una *relazione*, un rapporto riconosciuto. Tanto è vero che i valori giuridici fondamentali di un periodo come il medioevo sono diversi. Si pensi a chiesa e impero, papato e impero. La battaglia, fino a San Gregorio Magno, è per stabilire chi ha l'ultima parola. Ed effettivamente non ce l'ha nessuno, perché sono due ordini giuridici che competono. È analogamente le corporazioni, gli statuti municipali, le città. È una grande concorrenza di forme, di regolazioni, per cui nessuno può dire che è assoluto, *ab solutus*; perfino la

chiesa e il papato. Lo stesso *Dictatus papae*, comunque non si sottrae dal riconoscere una parte della potestà all'impero.

Interessantissima è la prevalenza data alla coordinazione rispetto alla subordinazione. Il culmine di questa idea del diritto nel medioevo è la definizione di *lex* di San Tommaso. Quando si pone il problema di che cosa sia il diritto, il grande filosofo santo dà questa definizione: *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata*, cioè l'idea che il diritto è un certo ordinamento della ragione che viene *promulgato* da chi ha la cura della comunità. Non viene *prodotto*; promulgazione è l'atto formale di chi sigla qualcosa che già c'è.

Il compendio di quelle caratteristiche è che, se esiste il diritto nel medioevo, esiste innanzitutto perché è la capacità di riconoscere queste regolarità che la vita sociale pone. Non solo la vita sociale, ma anche la vita naturale. Nel medioevo c'è questa bellissima indistinzione tra il regno natural, il motivo per cui si succedono le stagioni e le rotazioni nei campi, e le regole giuridiche (il diritto privato medioevale è quasi tutto diritto agrario ed è quasi tutto consuetudinario).

L'altra bellissima definizione, sempre di S. Tommaso nella *Summa*, è: *lex respicit ordinem ad bonum commune*, cioè la legge *rispecchia* l'ordine.

A questo proposito rinvio al commento all'affresco di Siena *Il buon governo* di Mariella Carlotti[10]. (Carlotti M., *Il bene di tutti, Gli affreschi del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti nel Palazzo Pubblico di Siena*, Sef Editrice, 2010)

Fino al '700, questo affresco veniva chiamato *La pace e la guerra*. È interessante che nel '700 diventi *Il buon governo e Il mal governo*. Nel '700, quando comincia l'astrazione, non c'è più il problema del bene e del male come condizioni dell'uomo concreto, ma si pone il problema, in astratto, di qual è la condizione della bontà o della cattiveria.

È un passaggio sottile, ma decisivo in tutta questa vicenda. Nella parte dell'affresco che descrive cos'è il buon governo, la Giustizia non tiene la bilancia - come diverrà un luogo comune iconografico dalla rivoluzione francese in poi - la bilancia è retta dalla Sapienza e la stessa Giustizia guarda verso l'alto, verso la Sapienza, che regge i due piatti della bilancia.

Da una parte la giustizia distributiva, dall'altra quella commutativa. La cosa interessante è che, da qui, partono due corde che vanno a finire nelle mani della "Concordia" (è una falsa etimologia, ma usata per dire "colei che tiene le corde") e questa corda passa dentro tutto il popolo, lega tutti i cittadini per congiungerli al bene Comune (che è il Comune di Siena)

La cosa strepitosa di questa idea medioevale è che il primo degli effetti del buon governo è una città, che, guardata nei dettagli, è bellissima, è l'ordine. L'effetto e la causa del diritto è che esso rispecchia un *ordine*.

Ma se guardiamo il Mal governo la scena è opposta ed infernale: armigeri che entrano ed escono, la Giustizia è legata, tutto è cadente, distrutto; il panorama è brullo e, poi, come è evidente, manca il popolo, nessuno riesce a vivere nella città mal governata.

Nei medioevali mi sembra sia chiara questa preoccupazione per cui il fenomeno giuridico esprime un *ordine, respicit ordinem*.

Quando nasce lo stato assoluto (e quindi nasce lo stato, perché tutti i tentativi storiografici di interpretare il medioevo in termini di *stato* medioevale sono estremamente discutibili), si evolve la struttura sociale, la società inizia ad articolarsi, emergono i ceti dentro la società, iniziano a distinguersi, soprattutto si distingue il ceto mercantile, il quale inizia ad avere molto forte l'esigenza della stabilità.

Uno dei grandi inconvenienti della società medioevale era quella della assoluta incertezza nelle relazioni (ovviamente sto proponendo una schematizzazione quasi parodistica). Quando il rapporto di relazione orizzontale comincia a strutturarsi, emerge il *rex*; e il *rex* diventa quello che non riconosce nessuno superiore. La monarchia assoluta nasce dall'idea di sganciarsi da queste relazioni e nasce l'idea di sovrano *absolutus*, di sovranità.

Il diritto torna ad essere (perché questa definizione è tardo imperiale, è una definizione contenuta nel *Digesto* della Roma tarda) la volontà del principe.

S. Tommaso si trova a commentare questa frase (già conosciuta ai medioevali): *lex est voluntas principis*: la legge è volontà di chi ha il potere.

Il filosofo certamente parte da questa definizione ammettendola come possibile - perché i medioevali partivano da un istintivo ossequio per i romani, e per tutto ciò che c'era stato prima - però, aggiunge S. Tommaso, - e questa precisazione è illuminante! - questa volontà del principe è necessario che sia *aliqua ratione regulata* (cioè *regolata dalla ragione*) perché se la volontà del principe non è regolata dalla ragione tale la volontà *magis iniquitas quam lex* (è più iniquità che legge).

Quindi, anche il soggetto che produce la volontà, nel medioevo, aveva un legame (non era *absolutus*) che era la ragione, intesa come capacità di *inter-legere*, intendere, cogliere l'ordine.

Nello stato assoluto il potere giuridico si svincola, rimane solo l'aspetto volontaristico. La produzione del diritto diventa una prerogativa del re, il *rex facit legem*. L'applicazione del diritto, il diritto stesso, inizia a coincidere con il potere.

C'è un'eccezione importante in questa storia, ed è l'Inghilterra, che non sperimenta la monarchia assoluta ma permane in una condizione in cui il re deve fare i conti con la borghesia e non diventa assoluto (non a caso nel Regno Unito continua ad applicarsi lo *ius commune* il *common law*)

Come finisce questo periodo di uscita dal medioevo? Finisce con un re che assorbe tutti i poteri, ma una classe che inizia prepotentemente ad emergere: la borghesia; una classe economicamente attiva che non ci sta ad accettare che le regole di tutti siano stabilite da uno solo o da pochi privilegiati.

Le rivoluzioni liberali alla fine del '700 sono il grande colpo di stato della borghesia che decide di prendere il potere.

Lo strumento tecnico di tipo giuridico di tale conquista è l'idea dello stato di diritto o di legalità e da qui nasce qui l'enfasi della legalità. Un'enfasi liberale che affonda la sua origine culturale nelle rivoluzioni borghesi. Ed è singolare che oggi sia diventata invece patrimonio della parte progressista, sembra una battaglia di chi è progressista.

Nella formazione del diritto - e qui il passaggio cruciale è ovviamente Rousseau - il contributo più importante diventa la volontà generale, intesa però come volontà dei rappresentanti della nazione. Non è più *rex facit legem*, ma *lex facit regem*, è la legge che definisce anche chi è il re e questo è il passaggio fondamentale. Il re non è più *absolutus* ma deve rispettare una regola; il diritto comincia a definire le regole in base al quale il potere si costituisce.

Lo stato liberale, come sappiamo finisce molto male, con i totalitarismi a cavallo delle due guerre.

Dire che il diritto è la volontà della nazione, o la volontà dei rappresentanti, o che il diritto è tutto e solo la legge, come ancora oggi viene presentato, è clamorosamente, drammaticamente, smentito dai totalitarismi delle due guerre. I totalitarismi sono una forma di stato non diversa da quello liberale, ma una degenerazione dello stato liberale.

Storicamente il fascismo si afferma in Italia senza la necessità di abrogare lo Statuto Albertino. Il fascismo si afferma come una modificazione di fatto, svuotando il parlamento, imponendo un partito unico, introducendo le corporazioni.

Tanto è vero che, quando si è trattato di cacciare Mussolini, si è tornati allo Statuto.

Tanti sarebbero i profili rilevanti dello Stato totalitario che, lo dico per i programmi scolastici, rappresenta davvero una delle cifre cruciali del 900.

Quello che interessa di più è quello che si realizza, è quello che non sarebbe mai stato pensabile, cioè che, *attraverso la legge lo stato violi dei diritti dell'uomo*.

Questo è il tema su cui nasce lo stato come lo vediamo oggi. Il diritto come lo vediamo oggi nasce sullo *shock* dell'idea che nella Germania nazista esistesse un ministero (persone uffici pratiche e procedure) dedicato allo "*smaltimento*" degli ebrei.

Il riferimento inevitabile è Hannah Arendt, *La banalità del male*[11]. Questo reportage che la Arendt fece sul processo ad Eichmann, che nella sua linea difensiva affermava: "non ero cattivo, io mi limitavo ad obbedire agli ordini".

La legge diventa una forma della relazione tra le persone totalmente sganciata dall'esperienza e da quel che esiste, completamente estranea alla realtà al punto da diventare la proiezione di una ideologia.

L'analisi di Hannah Arendt, cruciale per capire questo passaggio, spiega benissimo che l'origine del totalitarismo è l'ideologia che sostituisce uno schema alla realtà. Il diritto diventa la forma dell'ideologia.

Gli anni '50 post bellici sono la svolta, il tentativo di uscire da tutto questo attraverso due forme: da un lato, a livello nazionale, con le costituzioni nazionali. Le costituzioni nazionali, ('46 Francia, '48 Italia, '49 Germania) sono il tentativo di scrivere un nuovo patto sottraendo una serie di diritti alla legge.

Le costituzioni contemporanee nascono sul presupposto che la legge può sbagliare. Nascono quindi su un presupposto totalmente anti-liberale ed anti-legalista.

Si induce un equivoco clamoroso nell'enfatizzare l'educazione alla *legalità* senza capire che cosa è successo con la *Costituzione*.

Perché, dal momento che esiste una Costituzione, è bene abituare i ragazzi (e gli adulti altrettanto) a porsi questa domanda: ma questa legge è giusta?

E questa è una domanda che è possibile porsi, nel nostro contesto, che è bene porsi.

Non bisogna obbedire a qualsiasi legge, comunque; siccome c'è, bisogna obbedire; occorre invece usare la ragione.

Questo non è un invito alla disobbedienza alle leggi, ma alla valutazione critica di quello che viene proposto.

Questo mi pare un problema fondamentale, altrimenti non si capisce perché, se tutti protestano con il cosiddetto "lodo Alfano bis", questo vuol dire che non tutte le leggi sono giuste.

Sarebbe interessante, ad esempio, capire come mai oggi spesso le stesse persone, da un lato, chiedano una sorta di adorazione della legalità e dall'altro dicano questa legge non va bene.

È un problema adorare una divinità che non funziona...

L'idea dello stato costituzionale prova a sottrarre una parte del diritto alla disponibilità della politica, della legge; dunque, negli stessi anni ('48 Dichiarazione Universale dei diritti, '50 Convenzione europea dei diritti dell'uomo), dalla stessa radice nascono due grandi rami: da una parte il ramo delle costituzioni nazionali, dall'altro quello delle costituzioni internazionali o sovranazionali. È un ramo che, all'inizio, è piccolo e un po' macilento, perché il ramo delle costituzioni nazionali prende piede e definisce la base delle nuove nazioni, però, sul lungo periodo, si consolida sempre più il ramo internazionale.

Questo è il periodo che stiamo vivendo oggi: la vera sfida è la dimensione sovranazionale, cioè oltre la dimensione nazionale, che sta divenendo sempre di più decisiva per quella risoluzione dei conflitti che è all'origine del fenomeno giuridico. Oggi è sempre più evidente che una serie di questioni non possono più essere giocate a livello interno, ma si ha bisogno di un livello superiore (una nuova *polis*, una *cosmo-polis*)

Da un certo punto di vista, il futuro del diritto, della sfida della questione giuridica, si sta trasferendo sul livello sovranazionale e, a questo riguardo, è necessario, come è accaduto in altri momenti in cui sono cambiati gli scenari, che rapidamente si strutturino un pensiero e una prassi in grado di affrontare questi nuovi problemi.

In questo un ruolo del tutto peculiare continua ad essere giocato dall'educazione. Perché non esisteranno mai regole sufficienti a far rispettare un valore. L'unico fattore che rende consapevole di un valore è l'educazione. Perciò è decisivo il ruolo di chi insegna e di chi nella scuola affronta questi temi. Il diritto arriva solo fino ad un certo punto. Perché la società tenga, il passo in avanti può farlo solo un'educazione che abbia la statura di questi bisogni.

Non c'è dunque solo una ragione contingente per occuparsi di diritto. Esiste una responsabilità di chi insegna, della scuola, perché quello è l'unico punto di difesa di riproposizione di questi valori, di questi beni che sono stati faticosamente conquistati.

- [1] Intervista di Gian Guido Vecchi a Luigi Giussani pubblicata sul Corriere della Sera il 15 ottobre 2004 per i cinquant'anni della nascita di Comunione e Liberazione.
- [2] Marco Rinaldo Fedele Bersanelli (Milano, 1960), fisico italiano e docente di astrofisica all'Università degli Studi di Milano.
- [3] F.Botturi, I quaderni della Sussidiarietà n.11, Fondazione Sussidiarietà, 2010
- [4] Carta cui il Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009, ha dato efficacia legale
- [5] Assemblea della Democrazia Cristiana della Lombardia, Assago 1987.
- [6] Simoncelli V., Istituzioni di diritto privato italiano, Atheneum, Roma, 1929, p. 1
- [7] Bobbio N., Teoria generale del diritto, Torino, 1993, pp. 5 e 6
- [8] P.Grossi, Prima lezione di diritto, Laterza, 2006
- [9] J.Le Goff, San Luigi, Einaudi 2007.
- [10] Carlotti M., Il bene di tutti, Gli affreschi del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti nel Palazzo Pubblico di Siena, Sef Editrice, 2010
- [11] H.Arendt, La banalità del male, Milano, Feltrinelli, 1999.