

## DIRITTO E LIBERTÀ\*

di

**Ottavio de Bertolis**

(Pontificia Università Gregoriana – Roma)

### **abstract**

*Dealing with the theme of the relation between law and liberty, the Author means to show that law represents the presupposition and not the opponent of liberty. The first view is the Aquinas' one; the second (beginning from Hobbes) deeply characterizes the modern thought. Through a correct comprehension of the relation between ius and lex, the Author encourages the return to the first view, which is able to assure the primacy of man as subject of rights inside the juridical order.*

Questa riflessione vuole prendere l'avvio da un'affermazione di Papa Benedetto XVI in un discorso inviato all'Università romana «La Sapienza» il 17 gennaio 2008<sup>1</sup>. Nel porsi il problema «della relazione tra prassi e teoria, tra conoscenza e agire nella Facoltà di giurisprudenza» il Pontefice sottolinea che questo implica il «dare giusta forma alla libertà umana, che è sempre libertà nella comunione reciproca: *il diritto è il presupposto della libertà, non il suo antagonista*»<sup>2</sup>. Come la libertà umana può essere indirizzata e guidata alla comunione, quando è evidente che può esserlo anche verso la divisione? Come è possibile conciliare il diritto con la libertà, dal momento che la legge, che è necessariamente coazione, sembrerebbe appunto il suo contrario? Come creare un ordinamento giuridico che rispetti le libertà dei singoli senza votare alla disgregazione il corpo sociale?

Si tratta di problemi che sembrano costituire una sorta di quadratura del cerchio, un'operazione impossibile, un disperato tentativo di conciliare termini opposti, quando non contraddittori, come l'individuo e il gruppo sociale, il privato ed il pubblico, la libertà e il potere. Ancora, è chiaro che questi stessi termini, come «libertà», «diritto» o «legge», sono controversi: possono essere intesi in significati molto diversi, e alcuni di questi sono effettivamente inconciliabili in un discorso unitario. Siamo costretti a muoverci in sentieri caotici, seminasposti e a volte aggrovigliati: alcuni di questi sentieri sono quasi cancellati da una sorta di rimozione culturale<sup>3</sup>, altri sono semplicemente inconsueti. Tutto questo richiede un'attenzione e una disponibilità all'esercizio della ragione in modo privo di tesi precostituite o date per dimostrate: in altri termini, una grande capacità di ascolto, e questo pare abbastanza raro. I «dialoganti» di professione molto facilmente dialogano solo con chi la pensa come loro, proprio come la vicenda della mancata visita del Papa alla Sapienza ha dimostrato una volta di più. Al contrario, la riflessione del Pontefice è un esempio significativo di che cosa voglia dire ragionare sul diritto, cioè sul porsi la domanda del trovare una «forma ragionevole» di esso: in fondo, un'antropologia.

1

---

\* Per gentile concessione della Casa Editrice E.S.I. di Napoli pubblichiamo il primo capitolo della recente monografia O. DE BERTOLIS, *Elementi di antropologia giuridica*, E.S.I., Napoli, 2010.

<sup>1</sup> Il testo è anche riportato in *Civ. Catt.* 2008 I 278-286. Come è noto, il discorso è stato solamente inviato, annullando una sua visita già prevista. Questo capitolo riprende e sviluppa le tematiche che ho trattato nel mio articolo «Il diritto come presupposto della libertà», in *Civ. Catt.* 2008 I 571-584.

<sup>2</sup> I testi citati tra virgolette appartengono al discorso del Papa.

<sup>3</sup> E' interessante osservare, ad esempio, come M. BARBERIS, *Breve storia della filosofia del diritto*, Bologna 2004, dedichi 5 (cinque) pagine su quasi duecento del suo manuale al giusnaturalismo classico, trattando in esse Platone, Aristotele, gli stoici romani, Agostino e San Tommaso. Parrebbe che prima del Cinquecento non ci sia mai stato un pensiero filosofico, tanto meno giuridico, o che comunque a noi niente possa interessare di quanto possa essere stato eventualmente pensato prima.

### *Tempo della libertà e tempo del diritto*

Dobbiamo partire da lontano, e cioè da T. Hobbes, il filosofo inglese che meglio esprime le caratteristiche della moderna concezione dello Stato e del diritto. E' noto che nel suo ragionamento prima dell'istituzione dello Stato attraverso il contratto sociale c'è una situazione invivibile. In quel tempo infatti, ossia nello stato pre-sociale, ognuno è libero di usare il proprio potere a suo arbitrio per la conservazione della propria vita, e conseguentemente di fare ciò che è più idoneo a questo fine<sup>4</sup>. Da questo deriva la ben nota situazione iniziale, o stato, di guerra di tutti contro tutti, il *bellum omnium contra omnes*. Soltanto l'istituzione dello Stato, mediante la quale tutti rinunciano a quella originaria libertà rimettendola ad un sovrano, singolo o assemblea, mediante un patto fiduciario o *trust*, può salvare da questa lotta selvaggia, la legge della giungla, che altrimenti dominerebbe le relazioni umane. Possiamo dire che solo la volontà del sovrano, cioè le leggi, crea quelle invisibili catene attraverso le quali una folla di individui, concepiti come rivali<sup>5</sup>, viene ammansita in un'individualità sociale ricomposta nella pace, a prezzo tuttavia del sacrificio della libertà originaria di ognuno, una sorta di laico "peccato originale": rinuncio alla mia libertà per vivere sicuro<sup>6</sup>. Qui la redenzione, tutta umana, che consiste nella promessa della sicurezza, crea, costituisce e mantiene la non libertà, ponendo le leggi e l'artificialità dello Stato, ma garantisce in compenso la vita terrena.

Ne deriva una visione della libertà in un senso tutto particolare, ossia in chiave individualistica. Infatti, annota il filosofo inglese: "Secondo il significato proprio del termine si intende per libertà l'assenza di impedimenti esterni. Questi impedimenti possono frequentemente diminuire il potere posseduto da una persona per fare ciò che vorrebbe, ma non possono impedirle di usare il potere che le è rimasto nei modi che il suo giudizio e la sua ragione le detteranno"<sup>7</sup>. La libertà si risolve nel rispettare il più possibile l'individuo e nel rinchiuderlo il più possibile all'interno del proprio guscio. Questa concezione della libertà è eminentemente negativa, e non positiva come quella prospettata dai medievali, per i quali certo era necessario che la libertà si declinasse a partire dall'assenza di impedimenti esterni, ma al tempo stesso si potesse proiettare, quasi riempiendosi di contenuti, alla ricerca del bene oggettivo: così "l'uomo veramente libero era colui che, servendosi dell'assenza di costrizioni esteriori, si orientava alla ricerca della verità etica"<sup>8</sup>. Questo orizzonte oggettivo ed etico scolora nel pensiero moderno, mentre si carica di significati sempre più soggettivi: la mia libertà, il mio bene, la mia verità, concepiti in modo sempre più assoluto, cioè sciolti dalla tua libertà, dal tuo bene, dalla tua verità. Dal soggettivismo nasce la vocazione totalizzante (o totalitaria) dei moderni ordinamenti giuridici.

Prosegue Hobbes, "dalla legge di natura, che ci obbliga a trasferire ad altri quei diritti che, se

<sup>4</sup> "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 propria 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", T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, Laterza, 1997, 105, cit. in F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Padova 2009, 176.

<sup>5</sup> Ma proprio qui si annida un nodo teoretico determinante: *perché pensarci rivali?* Hobbes conosce dunque una precisa antropologia, ma dobbiamo ben domandarci se e fino a che punto vada bene, o non sia una coperta troppo corta, per riprendere l'espressione già usata. Essa copre *tutto* l'essere dell'uomo, o ne solo *una* misura, che però non è, almeno sempre, quella *giusta*? E' interessante osservare d'altra parte che il mondo antico conosce una naturale socialità dell'uomo – il ben noto *physei politikón* di Aristotele, un associarsi positivo per realizzare se stessi nel vivere insieme, che è un *eu zéin*, un "ben vivere", non solo in senso utilitaristico, mentre nel mondo moderno l'aggregazione sociale nasce da un sentimento negativo, la paura, della morte violenta, come per Hobbes, o dell'insicurezza delle proprietà, come per Locke. Con questo non intendo negare che la tutela della vita o delle proprietà siano dei beni reali che l'ordinamento persegue, ma solamente che non sono gli unici beni, e che comunque tale concezione appare strutturata intorno al principio della paura. Ma l'uomo non è solo paura e sarebbe necessario riflettere se non si possa dare un principio di maggior respiro.

<sup>6</sup> "La legge non è stata introdotta nel mondo se non per limitare la libertà naturale dei singoli uomini", T. HOBBS, *Leviatano*, cit., 222, cit. in F. TODESCAN, *Compendio*, cit., 180.

<sup>7</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, 105, in F. TODESCAN, *Compendio*, cit., 177.

<sup>8</sup> F. TODESCAN, *Compendio*, cit., 177.

mantenuti, sono d'impedimento alla pace dell'umanità, ne segue una terza [legge]; che è questa: gli uomini debbono mantenere i patti che hanno fatto. [...] In questa legge di natura consiste la fonte e l'origine della giustizia<sup>9</sup>. Ma in tal modo la legge può assumere qualsiasi contenuto e diventa pura forma: il positivismo giuridico, ossia l'istanza filosofica per la quale è "diritto" solo la "legge" posta dal sovrano, ed i due termini sono ormai assolutamente equivalenti<sup>10</sup>, è inestricabilmente legato al formalismo. E' legge ciò che ha la *forma* di essa, ossia che viene approvata con quei procedimenti che fanno di una proposizione qualsiasi una proposizione normativa: se da qui nasce il moderno parlamentarismo, la legittimazione teorica cioè della rappresentanza politica all'interno di un'assemblea sovrana, chiave di volta delle democrazie attuali, non possiamo non notare che questo vantaggio fu conquistato solo facendo coincidere la legge con la volontà di qualcuno. Nasce la "teoria pura del diritto" come definita da H. Kelsen nel secolo scorso, pura perché priva di contaminazioni contenutistiche: il diritto, inteso come legge, è pura forma. Forma della volontà, cioè del potere, e non specchio del mondo (delle cose, della natura) come era invece l'antica *iuris dictio*<sup>11</sup>. Al contrario, secondo la nostra prospettiva, "la teoria politica non può essere una teoria del potere, ma una teoria dell'autorità legittima"<sup>12</sup>: con questo, intendiamo dire che "riconosciamo il potere solo quando si riferisce ad un senso cui noi aderiamo"<sup>13</sup>.

Nell'accezione kelseniana invece, che è quella moderna e comunemente accettata, il diritto, che coincide così con la legge, non è affatto il presupposto della libertà, ma il suo antagonista: nasce infatti dalla rinuncia di quel potere illimitato proprio dello stato di natura. La legge lega la mia libertà,

3

<sup>9</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, 116, in F. TODESCAN, *Compendio*, cit., 179.

<sup>10</sup> E' invece da rilevare che nel pensiero antico e medievale non lo sono affatto. Così per San Tommaso *ius* (come il *dikaion* aristotelico) è qualche cosa di oggettivo, la giusta divisione o ripartizione dei beni di questo mondo, "ipsa res iusta", *Summa Theol.* II II, q. 57, a. 1, ad 1, mentre *lex* è la regola di questa divisione, la ben nota "ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata", *Summa Theol.* I II, q. 90, a. 4. Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Il diritto in San Tommaso d'Aquino. Un'indagine filosofica*, Torino 2000. Ma vedi *infra*.

Se da un lato è vero che, nella storia del diritto occidentale, "il codice rappresenta la fine di un itinerario: dal diritto alla legge", V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino 2006<sup>3</sup>, 124, è anche vero che, a partire dall'introduzione delle Costituzioni, si è verificato un fatto nuovo: ci riferiamo alla "capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *ius*; fuori dalle formule, nella capacità di uscire dall'area del potere e delle fredde parole di un testo scritto per farsi attrarre nella sfera vitale delle convinzioni e delle idee che abbiamo care", G. ZAGREBELSKI, *La legge e la sua giustizia*, cit., 126. Anzi, l'Autore afferma che "la nostra epoca vede la rinascita dell'antica e mai spenta tensione tra *ius* e *lex* e che lo *ius* si manifesta, per l'appunto, attraverso le norme costituzionali indeterminate [...]". Questo diritto materiale trova oggi espressione nella Costituzione, la quale, a sua volta, è un insieme di principi che operano rinvii e ricezioni a un diritto materiale pre-positivo", 380-381. Tali affermazioni sono particolarmente significative in quanto l'Autore è ben persuaso, e giustamente, 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.

<sup>11</sup> Così nel mondo medievale, e, oggi, in quello di *Common Law*, "il diritto è una realtà che il potere non crea, non pretende di creare, non sarebbe in grado di creare; che invece può soltanto dire, dichiarare", P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 135. L'Autore parla, a p. 72, di "reicentrismo", come di un "tentativo di ritrovamento delle dimensioni oggettive di ogni forma giuridica": l'esperienza giuridica medievale infatti nasce delle cose, dalla loro fattualità, dalla loro cogenza, mentre quella moderna, post-napoleonica, è interamente centrata sulla volontà dell'individuo, sul potere dello Stato, in un ordine qualificato come "antropocentrico".

<sup>12</sup> L. DUMONT, *Saggi sull'individualismo. Una prospettiva antropologica sull'ideologia moderna*, Milano 1993, 189, cit. in A. SUPLOT, cit., 55.

<sup>13</sup> A. SUPLOT, cit., 175. Infatti "il potere legittimo [...] è il potere che rende visibile una ragione nella quale crediamo", *ivi*, 176. Corsivi nostri, per sottolineare che il Diritto istituisce la ragione, e si fonda su delle credenze condivise, e quindi sullo statuto antropologico dell'uomo come animale fiduciario. La fiducia che noi diamo alle nostre credenze (siano esse i diritti dell'uomo, un testo sacro, la scienza e le sue asserzioni, oppure le risorse auree come garanzia del valore del denaro) non dimostra ciò a cui crediamo, ma rende possibile il ragionamento a partire da esse: detta fede o fiducia non è quindi irrazionale, ma condizione di pensabilità del ragionamento stesso.

ma solo così rimango vivo, perché sono sottratto all'inevitabile dominio del più forte di me: a pena però che mi sottoponga volontariamente al dominio del più forte di tutti, lo Stato. Siamo dunque in una prospettiva antinomica a quella suggerita dal Pontefice: egli ci invita invece a ripensare il diritto in termini "amichevoli", o, veramente, "miti". Si può ragionevolmente pensare, sembra suggerirci il Papa, che il diritto nasca *altrove*. La ricerca di questo "altrove" segna il passaggio da un diritto antagonista ad una legge amica dell'uomo, che dia appunto giusta forma alla libertà intesa come comunione: è chiaro infatti che nella libertà come prospettata da Hobbes non c'è proprio nulla di comunione, esprimendo essa al contrario il massimo dell'individualismo. E non a caso, in una lucidissima analisi, Marx denunciò i diritti dell'uomo e del cittadino, enunciati dalla notissima Dichiarazione francese del 1791, e consacrati dal *Code* successivo [1804], come "il diritto dell'uomo egoista, isolato dal suo simile e dalla comunità"<sup>14</sup>: la libertà di cui ivi si parla è "la libertà dell'uomo in quanto monade isolata e ripiegata su se stessa [...]; non si basa sul legame dell'uomo con l'uomo, ma piuttosto sull'isolamento dell'uomo dall'uomo"<sup>15</sup>. "Quella libertà individuale [...] lascia che ogni uomo trovi nell'altro uomo non già la realizzazione, ma piuttosto il limite della sua libertà"<sup>16</sup>.

Possiamo pensare il diritto in altro modo, ossia come forma del vivere *comune* (quella "giusta forma alla libertà umana", della quale parla Benedetto XVI), e non semplicemente *insieme*, per lo meno nel senso debole di "giustapposti"? Infatti se partiamo da un'antropologia, quale quella occidentale, della primazia dell'individuo concepito come soggetto "pieno" di diritti e caratterizzato da una capacità totalmente espansiva, in cui ogni uomo incarna l'umanità intera ed è la misura di ogni cosa, i fini della società coincidono con i fini legittimi di ogni uomo. In tal modo la società diventa il mezzo, e il diritto di ciascuno il fine: ma in tal modo la società *ontologicamente* non esiste più e rimane solamente un dato di fatto al quale si chiede di non opporsi alle nostre pretese-diritti<sup>17</sup>. Ma a che cosa ci ricondurrebbe questo nuovo sforzo mentale? E quali nuovi presupposti dovrebbe avere? Ecco la riflessione successiva.

#### *Il diritto come limite: la legge come forma*

Il pensiero giuridico classico, a partire dalla fondamentale esperienza romana fino al suo riuso dopo la riscoperta del *Digesto* verso la fine dell'undicesimo secolo<sup>18</sup>, continuato poi ininterrotto fino alle Codificazioni napoleoniche, conosce invece la distinzione, per noi al contrario desueta, tra *diritto* e *legge* cui abbiamo già accennato in una precedente nota: in particolare, il rapporto tra i due è quello dell'antecedente e del conseguente, dell'originario e del derivato, tra la fattispecie da regolare e la regola della fattispecie. Non è un gioco di parole: in questa prospettiva, si ritiene che qualunque situazione umana rilevante abbia già una regola in sé stessa, una grammatica, almeno fondamentalmente, e che questa regola (oggettiva e indipendente dalla volontà dell'uomo) debba semplicemente essere trovata, dichiarata, chiarita, essere cioè oggetto di discernimento.

<sup>14</sup> K. MARX, *Sulla questione ebraica*, in K. MARX - F. ENGELS, *Opere*, vol. III, Roma 1976, 178, cit. in F. GENTILE, *Intelligenza politica*, cit., 91. Si può ben dire che negli scrittori giuspolitici del contratto sociale si finisca con "l'immaginare che la società tutta intera funzioni di fatto come essi hanno pensato che debba funzionare la sfera *politica* da loro creata", L. DUMONT, *Homo hierarchicus*, cit., 84. Ecco un esempio di ragione misura delle cose, e non viceversa, come dovrebbe essere.

<sup>15</sup> K. MARX, *Sulla questione ebraica*, in K. MARX - F. ENGELS, *Opere*, 176, cit. in F. GENTILE, *Intelligenza politica*, cit., 91

<sup>16</sup> Ivi, 177.

<sup>17</sup> Cfr. L. DUMONT, *Homo hierarchicus*, cit., 82. Nella prospettiva individualistica, la società è concepita invece non come un tutto, ma come un ammasso, cfr. A. SUPLOT, cit., 56.

<sup>18</sup> Il noto "placito di Màrturi", vicino a Siena, nel 1076.



Questo è il "diritto", lo *ius*, della cosa. La legge, invece, o *lex*, è la regola, complementare e in qualche modo attuativa della normatività<sup>19</sup> iscritta nella "natura", che promana dalla volontà dell'uomo. Così il coniugio è qualcosa che è già presente nella "natura" dell'uomo e della donna come esseri sessuati: oggi diremmo nella nostra antropologia costitutiva. La legge umana, consegnata alla volontà dell'uomo, vi darà forma, lo regolerà nel modo migliore, attuerà nel modo si spera più giusto e perspicuo quelle esigenze. Lo stesso dicasi per la figliolanza, il rapporto parentale nelle sue dinamiche psicologiche, la morte e la nascita nella loro radicale indisponibilità e la loro invece possibile cura o accompagnamento.

In tal modo, abbandonando come troppo ristretta e perfino inadeguata *de iure condito* ogni concezione puramente monistica, due sono i polmoni con i quali l'ordinamento giuridico respira: il diritto, come antecedente logico e indisponibile alla volontà umana, come semplice realtà da tradurre in termini normativi, e la legge, prodotto logicamente successivo ma indispensabile della volontà umana, negli stessi termini del positivismo ma in un quadro costituzionale giuridicamente significativo. Per questo i romani dicevano che il diritto non è tratto dalle regole (ossia: le leggi), ma, al contrario, che è la regola (la legge) che deriva dal diritto<sup>20</sup>: il che non ci permette di sottovalutare o dimenticare le leggi umane, come se fossero un prodotto di seconda scelta, ma di ancorarle ad un *significato* sottratto al potere del legislatore. Ed è proprio questo il primo passo da compiere per iniziare a pensare un diritto non antagonista della libertà umana. In questo modo, il termine "ordinamento giuridico" non significa solo l'insieme degli ordini, cioè dei comandi, dati dal legislatore, cioè la totalità delle leggi, ma l'insieme dei fatti o delle cose che assumo come implicitamente già ordinati (l'antico *ius*), cioè dotati di significato, e sui quali si eserciterà poi l'attività del legislatore (*lex*) ovvero del giudice. Infatti è verissimo che "lo Stato laico e secolarizzato vive di presupposti che non può garantire"<sup>21</sup>: il diritto naviga, per così dire, sebbene espresso in modo ancora informe o solo materialmente, nei valori diffusi di una cultura di una determinata società, ed è determinato dal legislatore e quindi dai giudici in detto contesto, a partire dalla norma positiva.

Ci avviamo dunque a una comprensione della fondamentale dualità dell'ordinamento giuridico, che è *ius* e *lex* insieme, giustizia materiale e formale insieme: e questo proprio per il ruolo sovraordinato delle Costituzioni, che precipitano in sé questa "materialità" rendendo l'ordinamento continuamente aperto a questa ulteriore modificazione e plasmazione in modo conforme alle esigenze della giustizia materiale. Siamo ben consapevoli, d'altra parte, che le cose non parlano da sole<sup>22</sup> e sono significanti per l'uomo in relazione al quale si danno: il matrimonio, la proprietà, il contratto, non esistono come idee per così dire eterne oppure innate o trascendenti, essendo il diritto tutto e solo creazione

---

<sup>19</sup> Parola interessante che dice in uno il tipo di esistenza di una cosa, la legge di sviluppo del suo essere, il suo funzionamento ordinario o "normalità di funzionamento", e la normatività, ossia il dover-essere insito in esso. Del resto, la vita umana, individuale e sociale, "si dispiega al tempo stesso sul terreno dell'essere e del dover essere", A. SUPIOT, *Homo juridicus*, cit., 14. Più in generale, non è possibile invocare la "legge di Hume", per la quale non è possibile dedurre da proposizioni descrittive (succede così) proposizioni prescrittive (deve succedere così), il cavallo di Troia del non-cognitivismo etico nel mondo dei valori e il grimaldello per separare il problema del bene dal problema del giusto, per il semplice fatto che "nel campo del diritto non si ha a che fare con «meri fatti», come possono essere quelli oggetto di osservazione delle scienze naturali o delle scienze sociali descrittive (come la sociologia nella sua forma più elementare), analizzabili in termini quantitativi e comprensibili [...] alla stregua delle leggi di causalità: il diritto ha a che fare con «fatti umani», comprensibili in tutt'altro modo, cioè secondo *categorie di senso e valore*", G. ZAGREBELSKI, *La legge e la sua giustizia*, cit., 187.

<sup>20</sup> *Digesto* 50, 17, 1: "Recte iubetur quod non ex regulis ius sumatur, sed potius ex iure quod est regula fiat".

<sup>21</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione: dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. PRETEROSSO, Roma-Bari 2007, 53. Più in generale, possiamo osservare che "non sono scientifici i fondamenti della scienza e non sono politici i fondamenti della politica", M. PERA, *Perché dobbiamo dirci cristiani, Il liberalismo, l'Europa, l'etica*, Milano 2008, 47, proprio perché altrimenti si ripresenterebbe la necessità di provarli scientificamente, in quella che i logici medievali chiamavano la *probatio ad infinitum*. Per questo, possiamo anche dire che non sono legali i fondamenti della legge, e che il diritto non si risolve solo in una teoria della legalità, ma anche della giustizia. Per un'analisi delle tesi di quest'ultimo Autore, rinvio al mio «Dobbiamo dirci cristiani?», in *Civ. Catt.* 2009 II 574-586.

<sup>22</sup> Recepisco così la critica così generosa e amicale mossami da N. IRTI, «In dialogo su "Nichilismo giuridico"», in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 82 (2006) 4, in risposta al mio «Il nichilismo giuridico», in *Civ. Catt.* 2005 III 399-410.

umana e storica. Certamente le cose non stanno mute al di fuori di noi e dinanzi a noi, ma esse parlano proprio perché diventano significative per noi, in relazione all'uomo: l'uomo trova che cosa significhino per sé, e dunque le fa parlare. Il "farle parlare" significa esattamente interpretarle come significative, in mezzo a tante possibili interpretazioni che non significherebbero niente o poco, o meno di quel che potrebbero. Così un cavatappi<sup>23</sup> è significativo solo come cavatappi, e si può usare solo per togliere i tappi: io trovo in quel manufatto un significato, il più "vero", perché per altri scopi esso sarebbe certamente meno adatto. Così non esiste una "natura" del contratto, ma esistono solo i tanti tipi (legali, e non naturali) possibili di contratto, frutto dell'elaborazione della volontà ragionevole umana: ma il significato primo di esso, l'incontro di volontà, e dunque la libertà di quei soggetti, la tendenziale vincolatività dell'accordo, il suo fine attuato nel raggiungimento dello scopo, deriva "dalla natura" (usando un termine oggi non più compreso come in antico<sup>24</sup>), cioè dall'uomo, da qualcosa che lui è, e che non è frutto della volontà umana. Al contrario, la volontà umana sarà ragionevole nella misura in cui attua, traduce, discerne, questo presupposto: una legge che riconoscesse valore vincolante a un contratto non liberamente concluso ci apparirebbe irragionevole e ingiusta proprio per questo. Dunque l'uomo è la fonte di senso dell'ordinamento giuridico, e le regole in esso contenute sono giuste o ingiuste in relazione a lui: non nel senso che siano conformi o meno alla sua volontà, ma a qualcosa che egli non è libero di mutare se non distruggendole. Con questo non intendiamo dire che questo significato antropologico dal quale scaturiscono gli istituti giuridici, e a partire dal quale essi acquistano pensabilità razionale, sia stato sempre infallibilmente colto o, peggio, pensato una volta per tutte. Diciamo solo che questo costituisce una "sensibilità per la verità" che ci invita, secondo le parole del Pontefice, "a restare in cammino", consapevoli che il diritto non è mai interamente o definitivamente attuato. Il diritto ci appare dunque un concetto limite, dove le grandezze che tendono a questo limite, senza mai raggiungerlo definitivamente, sono appunto le leggi; in questo senso, il diritto è, kantianamente, condizione di pensabilità delle norme in quanto norme, cioè non come proposizioni che si limitano ad enunciare poteri di fatto attribuiti e garantiti dal potere<sup>25</sup>, ma come "vere" norme. Qui il termine "vero" non dice l'aggancio a valori metafisici, etici o religiosi, e rispetta così l'autonomia scientifica della giurisprudenza come scienza autonoma<sup>26</sup>, senza naturalmente con questo escluderli a priori come domande insensate o necessariamente non rilevanti per il diritto, rimanendo cioè aperto a un *surplus* di significato. Questo modo di esprimersi indica solamente il termine in relazione al quale il diritto si dà, cioè appunto l'uomo. Siamo nella medesima prospettiva aperta da A. Rosmini: "La persona dell'uomo è il diritto umano sussistente: quindi anco l'essenza del diritto"<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Mantengo questo esempio così singolare perché è quello che fece J. MARITAIN, *Nove lezioni sulla legge naturale*, Milano 1985, 44: "Alle prese con un qualunque aggeggio di cui non si conosca il segreto, sia esso un cavatappi, una trottola o una bomba atomica, tanto i bambini quanto gli scienziati, nel desiderio di scoprire come usarlo, ne cercheranno la legge tipica, e non metteranno certamente in dubbio l'esistenza di una sua legge intrinseca". Questa è stata intesa come la famosa "legge naturale", iscritta nelle cose ma interpretata dall'uomo in quell'esercizio primordiale di *iuris dictio*, di "dire il diritto" di quel che trovo di fronte a me.

<sup>24</sup> Per la comprensione di questo termine mi permetto di rinviare al mio *Il diritto in San Tommaso*, cit., 59-65.

<sup>25</sup> Il che costituisce un capovolgimento di quel concetto tradizionale e acriticamente assunto di "diritto soggettivo", come "costituito da un potere, attribuito alla volontà del soggetto e garantito dall'ordinamento giuridico, di agire per il soddisfacimento dei propri interessi", A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1980<sup>24</sup>, 45.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Padova 1967/1969, I, 191, cit. in M. FERRONATO, *La fondazione del diritto naturale in Rosmini*, Padova 1998, 70. 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, per dirlo in termini attuali, prospettato la necessità di una Corte Costituzionale. La *Grundnorm* è appunto l'uomo stesso, e non un testo (anche se l'uomo si esprime con dei testi). Cfr. A. ROSMINI, *La costituzione secondo la giustizia sociale*, cit. in P. COSTA, «Lo Stato di diritto», in P. COSTA - D. ZOLO (edd.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2002, 107 con puntuale bibliografia.

In questo senso, si impone ragionevolmente la disamina di una prospettiva sull'uomo diversa da quella prospettata da Hobbes e dai suoi seguaci moderni (cioè, praticamente, da tutta la tradizione positivista): l'uomo deve essere pensato come tendenzialmente socievole, come capace di autoregolazione in vista del convivere, e non necessariamente come impegnato in una guerra sfrenata di tutti contro tutti. La qual cosa non è poi affatto nuova, ma solo desueta, essendo la riproposizione del principio aristotelico dell'uomo *physei politikón*, ossia per natura socievole. L'antropologia costitutiva dell'uomo, il suo "chi è", diviene la chiave per la comprensione del diritto in termini davvero "miti" o "amichevoli". Socievole verso di sé, ossia non autodistruttivo, e verso gli altri, ossia comunitario.

### *Socialità dell'uomo, verità del diritto*

Se vogliamo iniziare a pensare un diritto amichevole, presupposto della libertà dell'uomo e non sua negazione, strumento della sua attuazione e tutela e non della sua repressione, il punto di partenza dovrà essere pensare a una libertà che *non si disfi, ma si faccia*. Come farsi liberi, laddove l'esperienza quotidiana è al contrario il suo erodersi, la minaccia e la violenza sempre aperte contro di essa? In termini giuridici: come l'uomo può essere per davvero "soggetto" dell'ordinamento giuridico, e non suo "oggetto", seppure camuffato da soggetto? Come costruire dei veri "diritti soggettivi", che attuino la sovranità dell'uomo sulla legge, e non viceversa? Sembrerebbe *une quête de l'impossible*, ma non lo è. Bisogna come prima cosa uscire dalla prospettiva per la quale i diritti sono attribuiti dalla sovranità politica, lo Stato: infatti la contraddizione logica da superare è che, se i diritti sono attribuiti, prima di questa attribuzione, almeno giuridicamente, non esistono, e dunque non c'è alcun soggetto di essi, perché essi stessi non ci sono. E' il motivo per cui l'art. 2 della Costituzione italiana dice che i diritti inviolabili sono "riconosciuti e garantiti" dalla Repubblica, e non concessi. Naturalmente, ci si potrebbe domandare: a chi? A chi la volontà politica ha deciso di riconoscere qualcosa, o a chi, veramente, li ha, 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 la grande esperienza inglese insegna affermando il *Rule of Law*? La domanda non è senza significato, e vorrebbe costituire un esempio di quella "sensibilità alla verità" di cui parla il Pontefice: non può essere rimossa, pena l'arroccarsi in un dogmatismo sterile, per il quale non c'è niente da cambiare. Chi sono i soggetti ai quali i diritti sono riconosciuti? Il che implica la domanda: ci sono forse alcuni soggetti non riconosciuti come tali? Potrebbe essere l'inizio di un nuovo *sapere aude*, "osa sapere"<sup>28</sup>, laico e kantiano: quali sono i soggetti che la politica<sup>29</sup> 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 siamo in un terreno previo al diritto, cioè la politica: la sfida aperta dal Pontefice è quella di ripensare il rapporto tra la politica ed il diritto, e la politica stessa in senso oggettivo, e non soggettivo<sup>30</sup>, affinché "la sensibilità per la verità" non sia sopraffatta "dalla sensibilità per gli interessi", vale a dire il "conseguimento di maggioranze" e "gli interessi che promettono di soddisfare". In questo modo, il Pontefice propone una vera rivoluzione copernicana rispetto alla mentalità corrente, che confonde ormai quasi abitualmente la politica con l'ideologia, ossia la "misura" con la "giusta misura", misconoscendo la realtà dei fatti ed il loro significato. L'errore fondamentale, come abbiamo già osservato, è stato infatti, fin dai tempi dei primi scrittori giuspolitici moderni, aver confuso la società vera, ossia l'uomo con i suoi bisogni e fini reali, con le sue rappresentazioni, ossia con la politica intesa come ragionamento e spiegazione ideologica. Il problema sociale è stato inteso e interpretato come

<sup>28</sup> E' la sfida con la quale si qualifica l'illuminismo, il trionfo della ragione, cosa alla quale tutti siamo molto favorevoli, ossia come l'uscita dell'uomo dallo stato di minorità: cfr. I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung* [1783].

<sup>29</sup> Che i positivisti puri ritengono fondativa del diritto e suo presupposto, nel senso che le leggi (l'insieme delle quali viene concepito *tout court* come "il diritto") traducono e attuano la politica del potere; per noi avviene invece il contrario, poiché pensiamo che il diritto, nel senso ampio da noi ritenuto, fonda la politica, secondo il modello del *Rule of Law*.

<sup>30</sup> Sul punto, cfr. F. GENTILE, *Intelligenza politica*, cit., 3-6.

problema politico, quando, al contrario, il problema politico è innanzi tutto un problema sociale<sup>31</sup>. La società viene prima dello Stato, e non viceversa, e gli uomini prima delle "leggi" che li regolano: la politica gira attorno al diritto, ne è debitrice, e non viceversa, ossia il diritto non è in funzione di un determinato disegno politico, ma viceversa. In altri termini, la politica deve essere pensata come ancorata alle cose della città e alle esigenze loro inscritte, e non alle prospettive sfalsanti dei diversi punti di vista, assunti come assoluti.

Scendendo poi al livello giuridico, primo passo di questa rivoluzione sarà avere il coraggio di assumere l'ordinamento giuridico nel senso più ampio già enunciato, comprensivo di diritto e legge: anche qui, niente di nuovo, perché si tratta praticamente di accostarsi con maggiore disponibilità al modello giuridico di *Common Law*, una dimensione cioè più marcatamente processuale e dottrinale della giurisprudenza, quale del resto appartenne anche al mondo romano, e più libera dalle pastoie dell'unicità della legge<sup>32</sup> come fonte del diritto. Ritornare dunque alla persona umana come diritto sussistente, secondo la sfida aperta da Rosmini. Questa, e quindi il suo bene oggettivo e personale, è previa alla legge, ne è il criterio di giudizio ed il metro di verità: infatti non un'astratta ragione è misura delle cose, ma le cose stesse sono misura e metro delle ragioni da noi utilizzate, verificandole o falsificandole<sup>33</sup>. Questo è l'inizio di un tentativo di risposta alla domanda del Pontefice sul "come possa essere trovata una normativa giuridica che costituisca un ordinamento della libertà, della dignità umana e dei diritti dell'uomo": in una parola, perché i diritti siano veramente dell'uomo, occorre che l'uomo ed i suoi diritti vengano prima dell'ordinamento giuridico. Altrimenti è giocoforza che i diritti siano i diritti dell'uomo-soggetto di diritto, ossia assoggettato dal potere, ossia fatto schiavo: l'unico veramente libero è, in questa prospettiva, il sovrano, proprio come per Hobbes.

Bisogna dunque chiarire che cosa sia il "diritto ad avere diritti": con questa stupenda espressione il giudice Brennan nel caso *Furnam v. 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"<sup>34</sup>. Ecco un esempio di come una 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 che il diritto ad avere diritti in fondo è l'essere persona, e non è un diritto come gli altri: esso è la vera *Grundnorm*, o norma fondamentale, non posta ma presupposta, proprio secondo quanto Kelsen insegnava. Essa è presupposta non rimanendo all'interno del circuito positivo delle leggi, ossia alla "macchina" fabbricatrice delle leggi dello Stato (altrimenti il carcerato sarebbe finito alla forca alla quale fu *legalmente condannato*), ma in un orizzonte di senso che è appunto l'uomo: e non potrebbe

<sup>31</sup> L. DUMONT, *Homo hierarchicus*, cit., 84.

<sup>32</sup> Anche non di origine puramente statutale, ma comprendendo in essa anche le fonti infrastatali (leggi regionali) e soprastatali (Comunità europea). Qualcosa di analogo a quanto propongo accade nella formazione della nuova *lex mercatoria* ad opera della comunità dei giuristi e degli usi accolti nel commercio.

<sup>33</sup> Cfr. *Summa Theol.*, I II, q. 91, a. 3. Qui Tommaso riprende un'affermazione già aristotelica, cioè pagana e dunque laica, che misura le nostre idee a partire dalla terra, dalla stessa realtà delle cose.

<sup>34</sup> Cit. in F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, il Mulino, 2006, 126-127. Una critica molto acuta all'operato del giudice Brennan è in M.A. GLENDON, *Tradizioni in subbuglio*, a cura di P.G. CAROZZA e M. CARTABIA, Soveria Mannelli 2007, 175-190.



essere altrimenti, pena il ricadere nella necessità di giustificarlo, secondo la logica della *probatio diabolica* dei logici medievali<sup>35</sup>. Ed è significativo che il giudice Brennan poté fare quel che fece perché il suo sistema giuridico era di *Common Law*: un sistema in cui la legge non è l'unica fonte del diritto.

Potremmo anche dire che accade per il diritto quel che accade per il linguaggio: tutti noi impariamo ad esprimerci entrando in quell'orizzonte di senso costituito dalle regole della grammatica che tutti usiamo, e non perché ci siamo costretti, ma perché le sentiamo vincolanti<sup>36</sup>. "E' un uomo alienato chi, ingabbiato nella propria visione del mondo, risulta estraneo al senso che gli altri uomini conferiscono al mondo stesso, ed è incapace di comunicare questa visione. Per accedere all'universo del senso, l'uomo deve rinunciare alla pretesa di imporre il proprio senso all'universo"<sup>37</sup>: perché la nostra parola sia compresa e comunicata, deve possedere il senso che tutti le conferiscono. Altrimenti sarebbe compresa solo da chi la pronuncia: la parola apre alla comunicazione oppure al delirio, la folle comunicazione solo con sé stessi<sup>38</sup>. Posso usare il linguaggio anche per criticare il senso che tutti conferiamo alle parole, e per sostituirvi un altro senso, ma lo posso fare solo, sempre ed inevitabilmente, presupponendo un senso condiviso, delle regole comunemente sentite, dei significati comuni. Detto in altri termini: il senso del gioco giuridico è la condizione o presupposto delle regole, e non una regola del gioco; proprio come il senso del linguaggio viene prima delle singole parole, che io posso usare anche per demolire ogni senso solo presupponendo quel senso dei termini che uso e quelle leggi della grammatica, e mantenendo fermi entrambi. Questo senso è

<sup>35</sup> Del resto, nessuna scienza può essere verificata o falsificata rimanendo all'interno dell'orizzonte nel quale si pone: verificazione e falsificazione postulano logicamente la necessità di un riferimento ad altro. La "teoria pura" del diritto si risolve in un solipsismo letale, in un insieme di testi non contraddittori. E infatti lo stesso Kelsen, che capì il problema, 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 proposizioni. Il che significa che il diritto necessariamente si riferisce a qualche cosa che va fuori di sé, proprio come una ragnatela (qui metafora del procedere deduttivo e intersecantesi delle 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 un "bene" e su un "giusto" previ alle leggi come tali.

<sup>36</sup> Cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2003, 25-29: per questo il diritto si qualifica come osservanza di regole da tutti percepite come tali, e non come obbedienza a degli ordini. Anche qui è evidente il parallelismo con la lingua, notato dall'Autore stesso: come tutti noi impariamo a usare il congiuntivo perché sentiamo che si usa così, e desideriamo farci capire dalla comunità dei parlanti, aderendo così all'uso comune, così avviene per la disposizione all'osservanza di regole comuni, in quanto ne percepiamo la loro giustizia e l'uso condiviso: "chi parla in un certo modo idoneo e corretto, non lo fa per obbedire a una regola ma per la convinzione di instaurare in tal guisa un efficace rapporto comunicativo con i suoi simili", P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., 27. Questo comportamento avviene anche in assenza di regole giuridiche positive, ed è proprio ad esempio degli usi commerciali: si è liberi di non osservarli, ma, se lo si facesse, si verrebbe esclusi dal circuito dei commercianti, il che è la massima sanzione possibile. In questo senso, A. SUPLOT, *Homo juridicus*, cit., 178, osserva "la norma giuridica [...] trae la propria forza dalla fede condivisa in un dover essere che essa cerca di tradurre in pratica".

<sup>37</sup> A. SUPLOT, *Homo juridicus*, cit., 26.

<sup>38</sup> A. SUPLOT, *Homo juridicus*, cit., 12: "L'accesso alla parola, che costituisce la caratteristica propria dell'umanità, rappresenta al tempo stesso la minaccia di una porta aperta sul delirio". Di qui la necessità di alcune risorse dogmatiche, qui quelle linguistiche, al fine di permettere la reciproca comunicazione: condividiamo infatti, come abbiamo accennato nell'*Introduzione*, il senso logico della grammatica e la comunicazione interumana. Il diritto, a sua volta, dovrà garantire la personalità giuridica degli individui, che essi peraltro non possiedono in quanto individui empirici, essendo essa piuttosto una costruzione culturale e non naturale: questo significa che deve attuare e tutelare la loro non comprimibilità o utilizzabilità a oggetti. In tal modo è delineato il legame antropologico tra diritto e linguaggio, che è una delle tesi sostenute in questo libro, sulla scia del pensiero di questo Autore, il quale infatti, a p. 12, prosegue: "Come la libertà di parola e la possibilità di comunicare non sarebbero possibili senza la dogmaticità insita nella lingua, così gli uomini non potrebbero vivere liberamente e di comune accordo senza la dogmaticità propria del Diritto. L'Autore francese parla di "Diritto", con la maiuscola, e non di "diritto", con la minuscola, come a noi forse parrebbe più normale, perché ritiene che i vari diritti soggettivi si debbano inserire in questo "orizzonte comune universalmente riconosciuto" (p. 17), che non coincide con la legge statale, ma ne è condizione di pensabilità, suo orizzonte antropologico. In tal senso, le sue tesi, da noi evidentemente sostenute, ripropongono molto ragionevolmente e in modo adeguato alla nostra cultura contemporanea il vero significato dell'antico diritto, o legge, naturale, e del suo rapporto con la legge positiva.

appunto l'uomo. Il diritto dunque è un'istanza garante dello stato della persona: non costitutiva o fondativa, ma solamente ricettiva e tutrice. Altrimenti, di nuovo, saremmo di fronte non a soggetti di diritto, ma ad oggetti: e nella storia del diritto uomini-oggetto sono solo gli schiavi. Fin qui, il primo passo: il secondo sarà l'istituzione del soggetto.

### *L'istituzione del soggetto giuridico*

Il senso del gioco giuridico, secondo quanto abbiamo fin qui cercato di dimostrare, è l'uomo: esso non è negoziabile, ma viene prima di ogni negoziazione. Non è materia possibile di accordo o votazione, pena il ricadere nella sua oggettivazione, cioè la negazione di quanto abbiamo dovuto postulare. In questo senso, nessuno può istituire il soggetto in quanto tale: e perciò abbiamo parlato di istituzione del soggetto giuridico, unendo il sostantivo e l'aggettivo nell'endiadi di un unico significato. In tal modo, per istituzione del soggetto giuridico intendiamo precisamente il necessario riconoscimento della persona nella sfera normativa, e la necessaria traduzione di questo in termini giuridici. Ancora, niente di particolarmente nuovo, ma profondamente inserito nella migliore tradizione, anche positivista: infatti è quanto cercarono di fare le tante Dichiarazioni dei diritti, e, più recentemente, numerose Costituzioni del secondo dopoguerra, tra le quali segnatamente quella tedesca e italiana, dato lo scotto del periodo precedente, nelle loro prime parti. I diritti civili, politici, sociali, economici ne sono esempi.

Nel nostro tempo si ripresenta, di fronte alle possibilità di istituire ancora uomini-oggetto (cioè, come ho già detto, schiavi e vittime di una nuova *shoah*) delle biotecnologie e di fronte ad una nuova ingegneria, non solo genetica, ma anche giuridica, la necessità di istituire con forza il soggetto giuridico anche in questi nuovi settori dell'umana potenzialità. E' necessaria una più decisa e vigilante volontà giuridica. E questa volontà, proprio perché giuridica nel senso che noi diamo a questo aggettivo, postula un'antropologia, il cui punto di partenza è un'affermazione molto significativa: "Tutti dobbiamo imparare a inscrivere nell'universo del senso il triplice limite che circoscrive la nostra esistenza biologica: la nascita, il sesso e la morte. L'apprendimento di questi tre limiti è al tempo stesso l'apprendimento della ragione"<sup>39</sup>. *Non hanno ragione*, anche nel significato debole del termine, coloro che ne prescindono. *Non esiste l'autopoiesi*: e il bambino diviene adulto quando impara a rapportarsi al mondo esistente, non alle proprie fantasie, anche giuridiche. Questo è il motivo per cui il bambino<sup>40</sup> può certo – e guai se non lo facesse, proprio perché è un bambino – giocare sulla spiaggia del mare, costruire un castello, popolarlo di soldati, immaginare di guidarli in guerre contro draghi o mostri: la sua fantasia imprime un significato alle cose, costruisce un mondo incantato, appunto *di fantasia*. Ma la fantasia non può, per un adulto sostituire la realtà: e per questo chi si dedica all'alcool o alla pornografia virtuale o alla droga o semplicemente allo sballo del sabato sera, è un infelice con forti problemi psicologici, e va aiutato a rientrare e a vivere la sua vita reale. Queste esperienze infatti dicono sempre una fuga, un profondissimo disagio, cioè la perdita del senso del vivere, il bisogno continuamente frustrato di essere accolti e amati come in realtà si è: la tragedia che si consuma in molte vite è che queste fughe non solo sono illusioni, ma spostano continuamente i bisogni, non permettendone mai l'appagamento, come un continuo inseguire l'arcobaleno. Il minimo comune denominatore di tutto questo è che la fantasia del soggetto non è misurata alla realtà: quest'ultima deve invece essere introiettata, pacificando il soggetto con se stesso e col mondo a lui esterno.

Ma è così anche per la fantasia del ricercatore, che non permette alla realtà di verificare il senso dei propri sogni, resi tecnicamente possibili, ovvero per quella del legislatore, che ricrea un mondo con un significato che capisce solo lui, coerente alle sue idee, ma non alle cose come esse sono. Bisognerebbe avere il coraggio, anche andando controcorrente, di ribadire che alle *ideologie*, il corrispettivo per adulti delle fantasie e dei capricci puerili, va opposto, laicamente, il *realismo*. Il mondo (e con questo intendo dire, per esempio, un malato terminale, un feto, un bambino con la

<sup>39</sup> A. SUPIOT, *Homo juridicus*, cit., 28.

<sup>40</sup> Parto da questa immagine di A. SUPIOT, *Homo juridicus*, cit., 25.

sua realtà fisica e psicologica di discendenza, fino a comprendere me stesso) non è una *play station*, e confondere le cose può creare effetti decisamente devastanti, un nuovo incanto del mondo che è però solo un'illusione. Lo spirito umano infatti è illimitato, e può creare infiniti mondi: ma deve rimanere nel mondo, se vuole rimanere spirito incarnato, cioè uomo vero, in grado di distinguere "ciò che pertiene all'immaginario e ciò che invece pertiene alla realtà"<sup>41</sup>, imparando a far uso delle proprie facoltà mentali: altrimenti, abbiamo solo la disumanizzazione o l'idiozia, nel senso etimologico già accennato.

Conferire un senso alla nascita significa conferire senso alla nostra storia, significa coglierci, come siamo, all'interno di una catena di trasmissione culturale, e capire quindi che dar significato alla nostra vita significa recuperarlo: significa comprendere, non solo logicamente ma esistenzialmente, l'idea di *causalità*, "ciò da cui" provengo, le mie radici, poiché non ha presente né futuro chi non ha passato. Riconoscere la nostra sessualità significa imparare quel primo principio logico per cui il singolo, cioè la parte, non è il tutto, significa "comprendere che abbiamo bisogno dell'altro [ed è altro in senso forte colui che è *sessualmente* diverso da me] e, attraverso ciò comprendere l'idea di *differenza*. Introiettare [infine] l'idea della *morte* significa riconoscere che il mondo continuerà ad esistere dopo di noi, che la nostra vita è sottoposta ad un'istanza che va al di là di noi, e attraverso ciò comprendere l'idea di *norma*"<sup>42</sup>. Anche se pochi credono alla legge naturale, tutti però dovranno ammettere che questa significa almeno che tutti moriamo, quando e come non sappiamo: ma anche che nasciamo, non volendolo e senza scegliere i nostri genitori, ai quali piuttosto dobbiamo imparare a rapportarci; inoltre, questa significa che non siamo padroni della nostra sessualità, ma è lei padrona di noi, fin nelle fibre più profonde del nostro essere, e imparare a viverla né da castrati né da soggiogati è una fatica che dura una vita, per tutti quanti.

Ridurre la nascita ai giochi tecnici con il genoma (che si rivelano così autentiche sperimentazioni con gli uomini, né più né meno del dottor Mengele), il legame genitoriale alla pretesa di un figlio, che sarà vezzeggiato proprio come un cucciolo al quale non si farà mancare nulla salvo un legame vero e non mimetico (le sperimentazioni sullo stato civile delle persone)<sup>43</sup>, la sessualità ed il suo significato a pura fruizione edonistica, a un funzionamento di organi ed alla massimizzazione dei risultati con la minimizzazione dei rischi, la morte ad uno "staccare la spina", sono altrettanti esempi del sonno della ragione, che genera sempre mostri. Qui "mostro" è l'uomo cosificato, il soggetto di diritto divenuto oggetto, come inevitabilmente accade se si concepisce da un lato il diritto come ancella dell'ideologia (e della politica così intesa), e al tempo stesso come ancella della tecnologia, laddove al contrario sono la scienza e la politica ancelle del diritto, poiché il compito del diritto è, ragionevolmente e perciò laicamente, quello di costruire un mondo più vivibile, non quello di sostituire a persone libere individui soggiogati alle decisioni altrui. Solo così si può impedire che sotto l'egida delle leggi l'umanità venga ad essere divisa tra esseri umani ed esseri umani- prodotto: solo così si può impedire a nuovi potentati di togliere agli uomini il diritto di avere diritti. Prendere posizione contro tutto questo significa tutelare l'essenza stessa dello Stato di diritto, come laicamente concepito dalla nostra civiltà giuridica. Altrimenti, lo Stato di diritto o *Rechtsstaat*, coinciderebbe con il diritto dello Stato, o *Staatsrecht*. Un gioco di parole piuttosto pericoloso, perché era quanto desiderava Hitler quando scandiva: "Non è lo Stato che ci comanda, ma siamo noi che

<sup>41</sup> A. SUPLOT, *Homo juridicus*, cit., 26.

<sup>42</sup> A. SUPLOT, *Homo juridicus*, cit., 28.

<sup>43</sup> Com'è noto, il Codice Civile del Québec ha da poco autorizzato il diritto all'omogenitorialità femminile, con l'ausilio di *apporti genetici* di un'altra persona. In base all'art. 538.2 dello stesso Codice è vietato al figlio stabilire un legame di filiazione con il responsabile di tali apporti genetici: il che significa incontrovertibilmente che per quel figlio non vige il *diritto all'uguaglianza* con gli altri figli. Non è un mistero, d'altra parte, che i c.d. "diritti riproduttivi" sponsorizzati dall'ONU e da molte organizzazioni internazionali, governative e no, siano pesantemente condizionati dal principio di libertà *dalla maternità*, e non diritto *alla maternità* e paternità. Il che significa che la donna (e l'uomo, del quale sempre poco si parla) sono tutelati contro la genitorialità, non perché possano invece goderne, sul presupposto ideologico che questa sia una dannazione. Cfr. A. SUPLOT, *Homo juridicus*, cit., 235, nota 55. Bisogna dunque laicamente chiedersi in base a quale antropologia o idea dell'uomo e della donna concreti si sia sviluppato tutto ciò.

comandiamo lo Stato"<sup>44</sup>.

In altri termini, l'uomo deve rimanere soggetto di diritto, causa di effetti e non effetto di cause situate fuori di lui e a disposizione di altri. E tuttavia diviene soggetto solo se rimane assoggettato a una realtà di cui non può disporre, la propria antropologia costitutiva in uomo e donna, padre e madre, figlio e figlia, con la sua storia e la sua fine: "soggetto" in questa prospettiva significa sia il "soggetto di diritto" sia "assoggettato" ad una legge che lo riconosce tale, proprio come suggerisce l'etimologia della parola tedesca *Gesetz*, "legge".

La legge positiva si pone dunque come garante della persona e del suo stato: in questo senso, la legge, proprio perché anche coazione e divieto, è istanza forte di tutela dell'integrità dell'uomo di fronte alle spinte (ideologiche, tecnologiche, economiche) disgregatrici della sua integrità personale. Ancorata alla sua antropologia costitutiva, la precipita in disposizioni vincolanti, tanto più necessarie quanto più esistono poteri di fatto forti ed insidiosi. Come un bambino impara a parlare, a divenire soggetto di linguaggio, inserendosi nel linguaggio comune e nel senso proprio e comune a tutti dei termini e delle leggi della grammatica, così "l'essere umano accede alla qualità di soggetto di diritto attraverso la legge"<sup>45</sup>: nel ragionamento giuridico perveniamo così al concetto di *autonomia* o soggettività giuridica attraverso l'*eteronomia*. In altri termini, il diritto crea soggetti proprio quando comanda alla politica prima e alla scienza poi: l'*eteronomia*, non dell'uomo (con buona pace di Kant) ma di quei particolari *linguaggi* che sono le scienze e la politica, si rivela *condicio per quam* del darsi della soggettività dell'uomo rispetto ad esse.

### Conclusione

La riflessione del Pontefice ci ha spinto ad un'analisi del fondamento del diritto. Questo non può essere pensato concluso in se stesso, come del resto nessuna scienza lo può essere, pena l'autoreferenzialità, e dunque l'impossibilità della sua verifica o falsificazione. Non esiste un sapere giuridico se non inserito tra altri saperi, i quali stanno tra di loro come le caselle esagonali di un alveare: si appoggiano le une alle altre, e in qualche modo si rinviano reciprocamente. E così non esistono nemmeno saperi conclusi in sé, come una spirale di ragionamenti che si avvolga su se stessa, ma solo saperi aperti alla verifica e falsificazione, cioè ad una realtà esterna significativa. Sulla scia della riflessione del Pontefice, siamo così sfidati a reinserire "il concetto di verità nel dibattito filosofico e in quello politico", andando oltre l'irragionevolezza di una pretesa "pura" ragione senza intelligenza: infatti ragione è strutturare il discorso all'interno delle singole caselle, intelligenza è cogliere queste interdipendenze senza chiudersi all'interno dei singoli saperi, e sapienza sarà il cogliere tutto questo in un orizzonte di senso mai definitivamente incasellabile, che è appunto l'uomo, la domanda "per la quale bisogna sempre di nuovo affaticarsi e che non è mai posta e risolta definitivamente". La ragione costituisce così la struttura epistemologica propria della legge come proposizione deduttiva e sillogistica<sup>46</sup>; l'intelligenza è cogliere la necessità logica del reciproco rinvio delle interdipendenze tra i saperi che "dicono" le cose, e tra i saperi e le cose stesse, poiché essi non possono verificarsi o falsificarsi rimanendo nel loro orizzonte proprio<sup>47</sup>; sapienza è continuamente reinserire questo sapere nell'orizzonte antropologico del diritto, che è la persona umana. In questa visione le leggi costituiscono la norma positiva; il diritto, inteso come "cosa" da normare o *res*, è la norma presupposta; la persona è il termine a partire dal quale e nel quale il diritto,

<sup>44</sup> Cit. in H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit. in A. SUPLOT, *Homo juridicus*, cit., 80.

<sup>45</sup> A. SUPLOT, *Homo juridicus*, cit., 42.

<sup>46</sup> Secondo l'assunto già di San Tommaso, *Summa theol.* I II, q. 90, a. 4: "lex est *ordinatio rationis* ad bonum commune ab eo qui curam habet *communitatis* promulgata".

<sup>47</sup> Abbiamo già visto che lo stesso San Tommaso, *Summa theol.* I II, q. 57, a. 1, ad 1, definisce il *ius* come *ipsa res iusta*. Le cose, secondo questa dottrina che in questo articolo abbiamo cercato di riproporre, vengono prima della legge, che ne devono esprimere o tradurre le esigenze. Il *ius* a sua volta pertiene ad una facoltà distinta dalla *ratio*, l'*intellectus*: cfr. il mio *Il diritto in San Tommaso*, cit., 91-92. A partire dal discorso del Pontefice siamo invitati a un profondo ripensamento non solo giuridico, ma anche epistemologico: non si tratta solo di recuperare la centralità del *ius* superando l'eshaustività della *lex*, ma anche di riscoprire l'*intellectus* oltre e accanto alla *ratio*, per esaltarla e non per sminuirla.



e dunque le leggi, trovano significato, poiché certo le cose significano qualcosa solo in relazione ad un soggetto significativo.

In fondo, il paradosso della condizione umana, e dell'umana conoscenza che ne è riflesso, è proprio questo: io non posso conoscere che per mezzo di modelli di conoscenza, o rappresentazioni delle cose, ma non posso confondere i miei modelli o rappresentazioni con ciò che conosco, le mie idee con le cose che vedo e che cerco di spiegare, proprio perché così non penserei più alle cose, ma alle mie idee su di esse. La scienza, ogni scienza, è come una fotografia, che però, sebbene nasca per fotografare le cose, disgraziatamente, può finire col fotografare se stessa; ancora, è proprio come il linguaggio, che nasce per comunicare, ma può risolversi nel parlarsi addosso.