

14 settembre 2008

## Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico

di Gianni Ferrara

1. Soggettivo ... oggettivo. Sono queste le specificazioni che designano i due massimi denotati possibili del diritto positivo. Riflettono, in realtà, la condizione umana. Se è vero che la specie umana si segnala per la coscienza della propria esistenza acquisita dagli individui della specie mediante la consapevolezza dei propri bisogni, è dai primordi che, con ogni probabilità, fu avvertito il conflitto tra le pulsioni che emergono dalle sterminate e irripetibili individualità<sup>[1]</sup> e le ragioni imprescrittibili della specie. Da una parte, le istanze dei singoli che rivendicano libertà prima e poi anche autonomia, dall'altra, l'esigenza di riproduzione e di conservazione della specie che impone cooperazione. A cominciare da quelle iniziali tra i due generi di procreare e di procurarsi alimenti e difesa, perciò convivenza, socialità e, con esse, l'ordine e la sicurezza, individuale e di gruppo, sicurezza via via più ampia ed intensa per gruppi tendenzialmente più estesi. È da quando gli umani sono entrati nell'età del giuridico quindi che il "soggettivo", avrà designato la pretesa di dedurre dalle norme motivi, argomenti per ottenere difesa, riconoscimento, incremento, lasciando all'"oggettivo" il significato di comando, obbligo, limite. Nel linguaggio dei giuristi però è dal XVIII secolo che i termini "soggettivo" ed "oggettivo" hanno indicato le due raffigurazioni apicali del giuridico. <sup>[2]</sup>

Ma a metà del secolo scorso un saggio insuperato di scienza giuridica<sup>[3]</sup> confrontò il diritto soggettivo non al diritto oggettivo, ma al potere, al potere giuridico. Diritto soggettivo come predicato di un soggetto giuridicamente individuato e configurato, potere come fattispecie normativa dinamica, (perciò Gewalt) come fattore già immesso, inquadrato, tradotto in oggetto giuridicamente definito di determinazione del dover essere giuridico rilevante per i destinatari dell'ordinamento giuridico, così come rispetto al diritto soggettivo si pongono anche la facoltà e il comportamento prescritto. E, per di più, perché il potere può costituire anche il contenuto del dovere, ne deriva la dimostrazione irrefutabile della sua autonomia. Ma l'importanza del saggio non fu solo quella di soddisfare un'esigenza tassonomica ricavando e riferendo comparativamente i tratti che accomunavano e quelli che distinguevano le due figure del diritto soggettivo e del potere, della loro pertinenza al soggetto o all'atto, e neanche solo quello di individuare e di delineare, nelle loro specificità, le figure tipiche corrispondenti all'uno o all'altro descrivendo la posizione dell'uno o le forme dinamiche, operative dell'altro.

Fu quella di suggerire, oggi, a più di mezzo secolo, una domanda cruciale che si può provare a formulare

in questi termini: in quale rapporto diritto soggettivo e potere si collocano nei confronti del diritto oggettivo? Si tratta di due mere accezioni del termine diritto, di due diverse dimensioni del giuridico, a loro volta, parallele o confluenti, e, se parallele, finite o distanti, se confluenti, in che modo e a quale stadio confluiscono? Dire diritto soggettivo e dire diritto oggettivo, in ultima istanza, è o non è la stessa cosa? O il diritto soggettivo esprime una visione, una pulsione, al limite, irriducibile alle sole ragioni costitutive del diritto oggettivo? Che, a sua volta, resta refrattario, inidoneo a riconoscersi solo come limite, solo come ausiliare e come garante dei diritti soggettivi, benché produttore iniziale di ciascuno di essi?

È da questo stadio della teoria giuridica che partono le riflessioni che seguono e che, ovviamente, non hanno carattere definitivo, ma solo il fine di indicare qualche traccia, sperando di poterla tradurre in uno stimolo per continuare a studiare.

2. Sostenere che "potere è una nozione che attiene all'atto e diritto è nozione che attiene al soggetto" [4], ribadire che "il potere non si identifica col diritto soggettivo nemmeno quando ne costituisce il contenuto" perché "è fattispecie dinamica che contempla un comportamento mentre il diritto è una situazione giuridica, nella quale la stessa fattispecie dinamica entra come termine del rapporto", [5] intanto è possibile in quanto sia il diritto soggettivo che il potere giuridico sono concepiti come fattispecie normative, l'uno perché "è solo in virtù della norma che la situazione esiste" [6], l'altro perché è fattispecie "di un genere di atti i cui tipi si chiamano negozi, provvedimenti, leggi" [7]. Non è di poco rilievo il rapporto di derivazione legislativa delle fattispecie normative. Si consideri, infatti, che se a) è dalle fattispecie normative che derivano le situazioni giuridiche soggettive, b) se i diritti soggettivi sono tipi, specie (e non possono che esserlo) di situazioni giuridiche soggettive, c) se le fattispecie normative formano nel loro complesso il diritto oggettivo, d) sembrerebbe che dal diritto oggettivo e solo dal diritto oggettivo possano derivare i diritti soggettivi.

3. Ma lo si può dire? Non si incorre, dicendolo, nella critica, vittoriosa, rivolta allo statalismo dei diritti pubblici soggettivi, lo si può dire senza temere che dicendolo si evoca qualche rimembranza, o peggio, si impianti qualche ritrovato cespo della teoria degli "effetti riflessi" di gerberiana memoria? Non è che si finisca col proporre la restaurazione della "libertà tedesca"? [8] Credo di no. Per una ragione del tutto evidente. La critica allo statalismo dei diritti pubblici soggettivi e dei diritti soggettivi tout court era ben fondata e ben mirata in quanto intimamente connessa a quel tipo di stato, a quel tipo di formulazione normativa, a quel tipo di apparato statale nei confronti del quale i diritti pubblici soggettivi venivano ritenuti opponibili ma tali, tuttavia, da ammettere sospensioni dell'efficacia delle norme che li prevedevano e compressioni dei loro contenuti. Lo stato liberale non aveva sanzionato giuridicamente l'indisponibilità dei diritti soggettivi di libertà, civili, e politici per la discrezionalità politica esercitata in via legislativa. Infatti, non ebbe remore nell'usare in Italia, ma non solo, le dichiarazioni di stato d'assedio per fini di ordine pubblico interno, con buona pace delle libertà statutarie. Ma quelle realtà ordinamentali, secondo le Costituzioni della seconda metà del secolo scorso, sono state superate fin dalle fondamenta dal tipo di stato disegnato con la vittoria nella guerra rivoluzionaria democratica ed antifascista. Vittoria che disegnò altre configurazioni per gli ordinamenti statali conformandole secondo principi di libertà e di eguaglianza sanciti in termini tali e con forza adeguata a renderli intangibili dalle stesse leggi. Queste, a loro volta, avrebbero dovuto essere deliberate sempre e solo da rappresentanti eletti dai titolari dei diritti di libertà già riconosciuti come tali dalle stesse Costituzioni. E non avrebbero più goduto del privilegio della efficacia incontrollata ma sarebbero state sottoposte al giudizio di validità di un organo terzo, dotato di autonomia ed a carattere giurisdizionale.

Un celebre e fiero avversario della nozione di diritto soggettivo, Hans Kelsen [9], è costretto a riconoscerlo come tale "quando l'individuo ha il potere giuridico di causare l'annullamento individuale o generale di una legge il cui contenuto violi l'eguaglianza e la libertà garantite dalla costituzione". Scriverà che solo allora "il cosiddetto diritto o libertà fondamentale è un diritto soggettivo dell'individuo." [10] Altra la fonte rispetto a quelle precedenti dello stato liberalborghese, altro il

contenuto del diritto oggettivo, altro il tipo di riconoscimento e di garanzia per le situazioni giuridiche soggettive definite costituzionalmente come diritti soggettivi. E non sembra che, in un quadro istituzionale di questo tipo e a questo punto della elaborazione concettuale dei diritti soggettivi, possa rilevare granché il carattere di riconoscimento del “primato della persona umana”, cioè di qualcosa che precedesse e “naturalmente” legittimasse [11] la dichiarazione-determinazione normativa dei diritti o, invece, l’essere la dichiarazione-determinazione normativa conseguente a un principio politico impostosi come primigenio fondamento dell’ordinamento costituzionale [12], principio che inizia a dispiegarsi nell’ordinamento proprio con la posizione del catalogo dei diritti soggettivi sanciti costituzionalmente.

4. Va rilevato che fu proprio l’acquisizione dottrinale della disponibilità del potere giuridico a porsi come fattispecie dinamica delle situazioni giuridiche soggettive attive a rendere credibile il diritto soggettivo. Gli forniva, infatti, sia lo strumento di produzione degli atti che sostanziano la realtà dell’ordinamento, come i negozi giuridici, sia quello di garanzia della sua intangibilità. Lo configurava come azione e lo offriva così ai moderni “come già l’antica provocatio ad populum serviva ai Romani” come “unicum praesidium libertatis” [13]. Va rilevato anche che non diversamente il potere giuridico si pone nel diritto pubblico, sia rispetto all’attribuzione di competenza amministrativa nel produrre un provvedimento, sia rispetto all’attribuzione della competenza legislativa nel produrre una legge.

A questo punto vanno tratte dalla teoria guariniana alcune risultanze che trascendono lo stesso pur fondamentale tema del diritto soggettivo e del potere giuridico e che attingono alla teoria generale del diritto e della politica. Vediamole.

Il titolare della situazione giuridica soggettiva, se la situazione giuridica soggettiva è attiva e di vantaggio, come attivo e di vantaggio è il diritto soggettivo, risulta collocato nella stessa posizione, alla stessa altezza, del titolare della situazione giuridica soggettiva derivante dall’attribuzione di competenza legislativa. L’uno e l’altro dispongono del potere giuridico come strumento unico della loro azione, della loro dinamica nella realtà dell’ordinamento. Il potere giuridico li ha omologati.

Ha cioè omologato il soggetto individuale, la persona, il soggetto umano, al produttore del diritto oggettivo, allo stato. Questa omologazione ha implicato una trasmutazione riduttiva e qualificante insieme: la cattura del potere nella sfera del diritto, nella disponibilità del diritto, nell’ambito della manipolazione della forza da parte della ragione giuridica (da Macht in Gewalt). Ha anche operato più in profondità offrendo strumenti giuridici adeguati ai contenuti dei diritti, che sono poi le ragioni materiali per le quali essi vengono riconosciuti, i bisogni, munendoli dei mezzi perché siano soddisfatti.

Non è poco. Non è casuale il raggiungimento di questa conquista del pensiero giuridico. Si compie tre anni dopo [14] la vittoria nella guerra contro il fascismo, il nazismo e la teocrazia militare nipponica, nell’anno primo di vigenza della Costituzione repubblicana, cioè con l’avvento in Italia della democrazia costituzionale, che era già stata sancita in Francia con la Costituzione del 27 ottobre 1946 e che sarà poi acquisita in tutta l’Europa. Si compì quindi allorché il costituzionalismo raggiunse la soglia più alta della sua storia.

Guarino aveva colto lo Zeitgeist profondendolo nel giuridico.

5. La riflessione può ora espandersi su tutto il corso del rapporto ininterrotto tra diritto e potere, ininterrotto perché indissolubile, e indissolubile perché è lo stesso che intercorre tra ragione e forza, le due componenti del diritto, l’una cui tende ogni enunciato normativo per trovare una base sufficiente di esecuzione spontanea, l’altra che è la sola idonea a tradurre l’ἦτος in νόμος. Del tutto evidente è che la ragione cui potrebbe tendere un enunciato normativo, se non vuole essere solo rivestimento di un potere arbitrario, è la ragione storica. Quella considerata tale sulla base dello stadio di sviluppo di una società

aggregata giuridicamente, cioè l'ideologia dominante che è esattamente quella della classe dominante. Ovvero quella che, mediando tra ideologie diverse e magari alternative, risulta essere il criterio condiviso di riconoscimento di interessi sociali diversi, di modulazioni del sistema economico accettabili, di ideali politici non contraddittori. Un criterio che consenta la convivenza giuridica affidando, per questo fine, a strumenti procedurali la soluzione dei conflitti sociali, sia se in atto, sia se mediabili nel breve, medio o lungo periodo, e fino a quando i rapporti di forza economica, sociale, culturale e politica non muteranno la struttura fondante dell'aggregazione organizzata nella forma stato. Del pari evidente è la necessità che la forza sia quella regolabile e regolata, munita di stabilità di impiego e di consenso, che sia cioè la forza del potere disposto ad essere regolato normativamente, ad essere ridefinito come potere giuridico.

6. La definizione del potere come giuridico ne richiama la radice che è identica per la raffigurazione del diritto sia quando si manifesta come soggettivo sia quando lo si assume come oggettivo. Ma questa radice non è rivelata dalla parola diritto. Che è usata in ambedue i significati nelle lingue neo-latine e in quelle germaniche (*droit, derecio, Recht*) non lo è però in inglese, che denomina *rights* i diritti soggettivi e usa per il diritto oggettivo il termine *law*. È nella profondità di qualche anfratto del denotato *ius*, che si annida infatti la radice del diritto soggettivo ed oggettivo e anche del potere giuridico. Ed è quella stessa di *iustitia*, ma anche quella di *iubere*. *Iubere iustitiam*, certo, *iubere quia iustitiam*, ma quale *iustitia*? Come determinarla, e da parte di chi?

E qui si toccano strati portanti delle accezioni del termine su cui stiamo riflettendo. Accezioni che, a rigore, non si distinguono dal punto di vista lessicale. Si confronti infatti l'enunciato del primo comma dell'articolo 13 della Costituzione e quello dell'articolo 70 della Costituzione stessa. È del tutto evidente che il sancire l'inviolabilità della libertà personale, la doppia riserva, legislativa e giurisdizionale, per i casi e le forme che ne permettono la restrizione, nel determinare la tutela più estesa ed intensa di un interesse umano essenziale, nel riconoscere cioè un diritto soggettivo, detta anche un comando, un obbligo al legislatore, agli apparati dell'esecutivo, agli appartenenti all'ordine giudiziario. Ma non è diverso, ha le stesse valenze ed estensioni significative il sancire l'attribuzione della funzione legislativa solo alle due Camere, da esercitare nelle forme procedurali prestabilite e solo in quelle, con la possibilità di delegarla solo alle condizioni contestualmente fissate e di decidere la sorte degli eventuali atti del governo che pretendono di averne la forza, imponendo agli apparati dell'esecutivo ed a quelli giudiziari di applicare le norme giuridiche deducibili dagli atti normativi posti in essere in tal modo. Riconoscendo ai cittadini il diritto di non essere vincolati se non da quelle norme giuridiche e solo da quelle. È stato infatti notato che i due significati della parola diritto indicano "un dato oggettivo, elemento di una realtà per così dire esterna al pensiero che la pensa, mentre nel secondo significato la stessa parola indica una realtà interna, un modo di atteggiarsi di un pensiero e di una volontà personali e soggettivi".<sup>[15]</sup>

Posta in questi termini, questa distinzione-congiunzione richiama immediatamente un rapporto che è alla base dell'esperienza giuridica, e lo è perché è quella stessa dell'esperienza umana. Il rapporto, cioè, tra individuo e specie, l'individuo della specie umana e, appunto, la specie cui appartiene, come già si notava all'inizio di queste riflessioni. Che cosa mai rende l'individualità, la singolarità, l'irripetibilità delle singole entità, soggettività, persone umane, inseparabili, inscindibili dalla, e identificabili con la, specie? Certo, la coscienza di esserci, il linguaggio, la capacità di creare ed usare utensili, la cooperazione, il pensiero, ma, insieme e perché stimolanti ciascuna e tutte queste qualità, si stagliano, con inflessibile ed ineludibile imperiosità, i bisogni. Sono intanto i bisogni che restituiscono gli individui della specie umana alla natura e, come vedremo in seguito, sulla base e ad opera della cultura. Ed è la consapevolezza di avere e di dover soddisfare bisogni, che qualifica la qualità umana della specie di appartenenza. Il "dato della realtà esterna al pensiero che pensa il diritto" è l'oggettività della specie e dei bisogni della specie, l'atteggiarsi "di un pensiero e di una volontà personali e soggettivi" è la posizione degli individui nei confronti della specie e dei bisogni della specie. Posizione che, appunto

perché singolare, si individualizza. Lo può essere e lo è stata in vari modi. A determinarla può esserlo e lo è stata la qualità dei bisogni. Sia chiaro però che emergendo come forma primigenia della autocoscienza individuale e di specie, la consapevolezza dei bisogni non si colloca nel rapporto individuo-specie in termini di dialettica di opposti, ma di distinti. L'esito di questo rapporto non è il superamento (Aufhebung) di ambedue i termini, ma al contrario di quanto scaturisce dalla dialettica degli opposti, la garanzia della loro perpetuazione.

7. Una garanzia necessaria ma sempre in bilico. La peculiarità della dialettica dei due distinti individuo-specie è nel tipo di confronto, che è sempre interindividuale, non implicante la specie come tale, ma sempre come dispiegata nella molteplicità degli individui della specie, l'hegeliana "quantità infinita delle singolarità". Anche quando potrebbe implicare la specie intera, ma solo in estrema istanza, cioè in caso di catastrofe. Ma nel suo dispiegarsi consueto, il confronto tende a fare emergere la comunanza di specie nell'offrire molteplici occasioni di sperimentare la cooperazione, che consente la moltiplicazione di efficacia nella soddisfazione dei bisogni. A meno che il confronto non determini il conflitto più estremo, quello che conduce alla comune rovina. La cui causa è la penuria dei beni o il terrore, penuria non rimediabile, terrore di non potersi procurare mezzi di soddisfazione dei bisogni.

Nasce così la coscienza del rapporto tra bisogni e beni. Nasce così l'interesse come tensione ai beni per soddisfare bisogni. Lo scatto successivo, nella primigenia coscienza umana, che è scatto cronologico e logico insieme, e che compie il bisogno, divenuto interesse, è quello di trasformare la tensione in possibilità di soddisfare il bisogno-interesse. La tensione a ... qualcosa che diventa potere di ... far qualcosa ... per ottenere qualcosa. E cioè: nutrirsi, dormire, coprirsi, riprodursi, comunicare, giocare, usare le tecniche necessarie per procurarsi nutrimento, per la difesa da fattori esterni di disagio, per indicare cose ed azioni, per svolgerle insieme, per cooperare. Potere di ... . Ed è il potere la parola, il nucleo, la sintesi dell'esperienza giuridica. Lo è dei diritti soggettivi e del diritto oggettivo. Lo è appunto perché divenuto giuridico, lo si è sottratto alla bruta naturalità, all'irrazionalità, alla casualità, e lo si è attratto invece nell'ambito, se non del razionale, almeno del motivabile, cioè in un ambito di senso, di una qualche logica, non identificabile nel potere stesso; in una parola, lo si è come civilizzato[16].

8. È opportuno, a questo punto, esprimere alcuni avvertimenti. Dalla teoria dei bisogni va ricavata non soltanto la serie materiale di quelli connessi ai bisogni naturali (natürliche Bedürfnisse) specificandoli, come nelle righe precedenti, ma anche di quelli che possono essere chiamati sociali (gesellschaftliche) o anche immateriali. Questi secondi si consolidano generandosi dalle idee che si formano appena si acquista la coscienza dei bisogni materiali e delle loro consistenza, estensione, condivisione, implicazione e soprattutto quando la coscienza di sé, e del proprio essere al mondo e nella società, si eleva dagli strati primordiali. Va soprattutto sottolineata la dipendenza dei bisogni dalla formazione economico sociale, dallo stadio di sviluppo che questa attraversa e che determina la peculiare titolarità e la forma specifica dell'esercizio del potere.

9. Titolarietà individuata e forma specifica di esercizio del potere suggeriscono un intermezzo nell'esposizione. È dovuto all'associazione spontanea, professionalmente condizionata, che il giurista opera collegando il termine "potere" a quello di potestà, perciò anche alla potestà, al potere legislativo, alla legge, al simbolo emblematico del diritto oggettivo.

Non poteva che essere un diritto, quello, alto e nobile, angoscioso, intensissimo, irresistibile che rivendicava, implorava Antigone: di poter seppellire il fratello, reo certo, e del crimine massimo quello di tradimento della patria, crimine che era stato già pagato. Non poteva non essere il più "naturale" dei diritti, visto che le derivava dal legame di sangue, naturale come solo può essere quello di esser nata dalla stessa madre e che concretizza, specifica in individui reali, in vite vissute, la riproduzione della specie. Hegel avrebbe scritto che "tra fratello e sorella ha luogo la relazione pura. Essi sono il medesimo sangue che peraltro per essi è giunto alla sua quiete ed all'equilibrio ... " da cui "l'elemento femminile ha, come sorella, il più alto sentore dell'essenza etica ..." cui "è legato il femminile che ... intuisce, da

una parte, la sua universale sostanza, ma d'altra parte, la sua singolarità ... “ [17]. Ma non è affatto nei termini di un diritto che si esprime Antigone. Reclama e rivendica l'esistenza di leggi, di quelle non scritte su pietre né su rotoli di papiri, non oggettivate, quindi, non estraniare, né sorde alle grida, al lamento sororale, al dolore del mondo. Certo, a Tebe, come in tutta la Grecia antica, erano sconosciuti i diritti soggettivi, non esistevano né come tali, né altrimenti. Poteva esserci però un diritto oggettivo rispondente ai bisogni umani. Era quel che invocava Antigone, preconizzandone l'avvento, l'avvento dei diritti soggettivi. Sia chiaro, constatandolo, non intendo proporre di recuperare la teoria dei diritti pubblici soggettivi in edizione riveduta e raffigurandoli come tramandate conquiste già in nuce agli albori della civiltà europea.

Conto di proporre un altro tipo di deduzione dei diritti soggettivi. Da ricavare dalla storia del diritto, intesa come storia di una dialettica storica, quella stessa che vede il diritto trasformarsi, quanto a significato, dall'oggettività del potere alla soggettività dell'esigenza, dal precetto alla pretesa, dall'oggettivo assoluto, concentrato, addensato, al soggettivo specificato, individualizzato e pluralizzato, lasciando all'oggettivo tutta la forza del prescritto e del prescrivibile laico, ma articolandone l'attribuzione legittima, la titolarità, l'esercizio e, con essi, la dislocazione dei poteri come concrete dinamiche acquisitive di beni e di soddisfazione di bisogni.

10. Da dove parte e come si sviluppa la storia del potere? Nelle società primitive la titolarità del potere è riconosciuta a forze magiche e/o trascendenti. Certo, che c'era sempre qualcuno che si collocava dietro o accanto a queste forze magiche e trascendenti. Ma gli astratti, immaginari e trascendenti soggetti con astrazioni e tipizzazioni provvedevano a regolare azioni, prefigurandole e descrivendole con espressioni generalizzanti volte tutte ad uniformare i comportamenti, i più vari purché rilevanti, degli aggregati umani.

Vennero dopo, ma a descrivere fenomeni sociali da secoli consolidati, le formule come “ordo ordinans”. A che servivano queste formule se non a costruire e a consolidare l'ideologia dell'ubbidienza descrivendo e prescrivendo insieme? L'obbedienza agli dei, alle forze magiche che presiedevano alle vicende naturali e che reagivano alle disobbedienze, alle sedizioni, ai libertinaggi. L'obbedienza ai dettami del dio di Abramo, di Isacco e di Giacobbe, o di Solone e di Licurgo, e poi dei patres romani, degli imperatori divinizzati, degli unti del Signore incoronati dal Vescovo di Roma. Non era stato Paolo di Tarso, nella lettera ai romani, a scrivere che omnis potestas a Deo, cioè: tutte le potestates a Deo ordinatae sunt? E poi ancora l'obbedienza ai re cristianissimi e poi allo stato, definito addirittura come spirito assoluto, e più brutalmente alla “ragion di stato”, al valore della Ragione teorizzato come incorporato nelle norme e dichiarato, volta a volta, da una qualche Corte [18].

Si può continuare, insistendo su cosa mai abbia significato il termine ius. Ce lo dice Ulpiano, a proposito della familia, definendo il pater come “qui in domo dominium habet” e che è “sui iuris” con le donne sottoposte alla sua “manus” e i figli e i nipoti “in potestate”, oltre gli schiavi e tutto quanto fosse “in domo” [19]. Qui è del tutto evidente che non è a iustitia ma a iubere che ius si richiami nel denominarsi, anche se, e forse perché nessuna giustizia è garantita “sine potestate”. La verità, come si diceva fin dall'inizio, è che il potere, la potestas incombe. È più che noto “che la «giustizia» non fu per i romani (almeno fin quando non importarono dalla Grecia l'idea del ius naturale) un complesso di regole astratte, bensì un concreto tipico equilibrio tra gli iura di ciascuno” [20] dei vari titolari. A Roma si aveva cioè una visione solo distributiva della giustizia, distributiva degli spazi propri delle potestates dei patres, cioè dei patrizi. Erano queste le basi fondanti della convivenza repubblicana e della stessa immagine della repubblica. Cui sopravvissero come solo avrebbero potuto.

L'imperium, anzi, l'imperialis potestas, non fu forse l'assolutizzazione monopolistica delle potestates patrum? Il pluralismo delle potestà irrigidendosi nel sostanziale oligarchismo della Roma repubblicana, se vinse la secolare lotta di classe che lo oppose al movimento rivoluzionario che improntò la storia della repubblica dai Gracchi a Mario e a Spartaco, finì col risolversi nella concentrazione augustea [21]

delle pubbliche potestates, inaugurando così il lungo periodo della oggettivizzazione del ius e della concentrazione del potere in un uomo solo. Con Roma imperiale prima e poi con la trasmutazione delle potestà monopolizzate nella sovranità medievale, quella della monarchia di diritto divino[22] e con il cristianesimo divenuto religione dello stato. Dal messaggio cristiano, il potere riuscì ad estrarre tutto quanto poteva dalla visione monoteistica che detto messaggio propugnava in opposizione al politeismo pagano, e provò per secoli a respingere quanto invece si riferiva all'esigenza di conformare il ius alla lex divina, quella che proclamando tutti gli uomini figli di Dio li riconosceva come eguali e come titolari di diritti.

Ma parlare di titolarità dei diritti soggettivi è già richiamarsi a Marsilio e ad Occam. A Marsilio che concepiva i principati - nel nostro linguaggio: gli ordinamenti giuridici statali - come prodotti dell'umana volontà e, considerandoli come tali, confessava la sensazione della loro artificiosità ed il preannuncio, almeno, della loro permeabilità all'intervento umano, quanto alle loro dinamiche concrete, oltre che quanto alle deliberazioni costituenti [23]. E che, dopo aver osservato che ius è praeceptum legis, rilevava che "soliti sumus dicere: hoc ius alicuius esse, cum rem aliquam iuri primo modo dicto conformiter vult aut tractat". Ad Occam secondo cui "i diritti umani non furono solo dei tiranni e dei re ma anche dei popoli e dagli altri che dai popoli ricevettero il potere di istituire diritti" [24]. Ma come lo divennero, come lo sono diventati diritti soggettivi?

11. Ce lo dicono i testi, i testi normativi perché è da essi che emergono sempre le verità storiche, basta volerli e saperli leggere. Che cosa fossero, in che cosa consistessero, come fossero concepite e definite le libertà della "Magna Charta" di Enrico III, del 1225, la Charta che modificò quella del 1215 di Giovanni Senzaterra correggendone i termini scritti in "latino rozzo e pieno di parole francesi ed inglesi latinizzate" [25] si concludeva così: (60) Pro hac autem concessione et donatione libertatum istarum et aliarum libertatum contentatum in charta nostra de libertatibus forestae, archiepiscopi, episcopi, abbates, priores, comites, barones, milites, liber tenentes, et omnes de regno nostro dederunt nobis quintam decimam partem omnium mobilium suorum. Concessimus etiam eisdem pro nobis et haeredibus nostri quod nec nos nec haeredes nostri aliquid perquiremus per quod libertates in hac charta contentae infringantur vel infirmentur, et si ab aliquo aliquid contra hoc perquisitum fuerit, nihil valeat, et pro nullo habeatur.[26]

Di questa dichiarazione, composta da due proposizioni coordinate, rilevano, ed al massimo, le due espressioni, quella iniziale "per questa concessione e donazione" e quella conclusiva "ci hanno dato" perché integrano un sinallagma, rivelandone il compimento, che è poi il compimento di un contratto. Perché potesse essere tale è del tutto evidente che il possidente di quanto veniva "concesso e donato" era il monarca, così come possidenti della "quindicesima parte di tutti i loro (beni) mobili" erano gli arcivescovi, i vescovi, gli abati, i priori, i conti, i baroni, eccetera. Ma mentre si comprendeva bene quale fosse il contenuto della controprestazione fornita dagli arcivescovi, dai vescovi, dagli abati, dai priori, dai conti e dai baroni e via via enumerando i possessori di danaro, credo che scarsa attenzione sia stata riservata dalla dottrina su quel che veniva "donato e concesso". Venivano indicati come libertà e diritti, specificati come terre e rendite, perpetuità dei feudi, immunità da ammende (a meno che non fossero comminate da pari), luoghi e modi di esercizio del commercio, possibilità di attraversare ponti e fiumi, esclusione dagli arresti che non fossero previsti da leggi antecedenti e comminati da giudici ("... nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae"[27]).

Ma terre e rendite, modalità e limiti di pagamento dei debiti, luoghi e modi di esercizio del commercio, attraversamenti di ponti e di fiumi, piena disponibilità ed uso esclusivo del proprio corpo, libertà di espatrio e di rientro oltre che di soggiorno nel territorio del regno per i mercanti, amministrazione statale della giustizia corrispondevano, certo, a bisogni diversamente graduati dei sudditi, tali da poter essere anche qualificati come diritti alla proprietà individuale al suo godimento ed al suo esercizio, alla circolazione. al commercio. alla libertà personale. alla giustizia. ma erano considerati anche come forme.

quote, frazioni del potere del monarca sui propri sudditi. Non erano trattenute, negate, queste libertà, possibilità, facoltà di soddisfare bisogni umani immediati o mediati, nell'ambito della sovranità regale e perciò sarebbero state oggetto di sinallagma, come quello contratto tra Enrico III e i suoi sudditi, fossero ecclesiastici, o nobili, o mercanti, o uomini d'arme o liberi livellari, eccetera?

Si potrà dire che molte di tali libertà, possibilità legali, liceità, erano da secoli nella disponibilità dei singoli, o almeno di alcune categorie di singoli, addirittura come iura. Si potrebbe infatti eccepire che Isidoro di Siviglia, scrivendo dal 624 al 636 d. C. le famose *Etymologiae*, abbia elencato rispettivamente 35 e 37 definizioni di iura, sub “*De instrumentis legalibus*” e sub “*De rebus*”, considerando detti iura come espressioni di volontà giuridicamente valide ed efficaci.<sup>[28]</sup> Si trattava, in verità, di definizioni tutte relative a diritti privati, dalle varie forme di testamento, alle donazioni, alle obbligazioni, al possesso legale dei beni, al comodato, al mutuo, al deposito, al pegno, alla cessione fiduciaria, all'ipoteca, all'usucapione, al mandato per la realizzazione di un negozio giuridico, eccetera. Ma al di là della improbabile vigenza, nel regno di Enrico III e dei suoi predecessori, da Edoardo, a Guglielmo il Conquistatore, a Enrico I e a Giovanni Senzaterra, di un diritto privato ispirato, almeno in parte, al codice di Giustiniano, per far sì che tanti istituti giuridici potessero vigere e consentire il dispiegarsi di un ordinamento, era pur necessario che fosse assicurato quanto fu poi concesso con l'articolo 8 della Charta. E cioè che né la Corona, né i balivi della Corona, si sarebbero impadroniti delle rendite e delle terre di chiunque a causa dei debiti da questi contratti, sempre e fino a che i beni mobili del debitore fossero risultati sufficienti a pagare il debito, direttamente o per il tramite dei suoi garanti. E se seicento anni dopo la dottissima elencazione di Isidoro di Siviglia era stato richiesto ed ottenuto, dietro pagamento, il riconoscimento di quei diritti e di quelle libertà, evidentemente, nel corso di sei secoli si era determinata una tale regressione della civiltà giuridica da far riemergere la rivendicazione almeno di alcune di quelle libertà, l'esigenza di un recupero, di una restaurazione dell'efficacia di quei diritti. O anche, e forse più probabilmente, quelle situazioni giuridiche soggettive che appaiono ed erano tanto somiglianti ai diritti avevano perduto il loro necessario collegamento con le fattispecie dinamiche, con i relativi poteri giuridici che ne avrebbero dovuto assicurare l'esercizio, la loro traduzione in atti. Riemerge così il nesso che connette i diritti soggettivi e il diritto oggettivo, e il nesso è costituito dal potere giuridico. E questo potere veniva strappato a chi lo deteneva nella sua massima interezza e frantumato nelle singole parti corrispondenti alle singole *facultates*, *libertates*, *potestates*. Frantumato in corrispondenza dei bisogni sottesi alle *facultates*, *libertates*, *potestates*, di chi (arcivescovi, vescovi, abati, priori, conti, baroni eccetera) aveva la forza di rivendicarle, di ottenerle e di mantenerle.

12. Si può desumere che il diritto soggettivo (i termini con i quali li si denominavano, non erano certo questi, ma *facultas*, *libertas*, *potestas*) non perdeva e non rinnegava la sua derivazione lessico-giuridica, che era, appunto, la *potestas* romana. E dopo che tale *potestas* si era aggrumata, trasferendosi dai patres ed oggettivandosi nell'imperium dei successori del primo princeps che aveva monopolizzato le varie *potestates* pubbliche, tornava ad articolarsi distribuendosi tra gli arcivescovi, i vescovi, gli abati, i baroni eccetera. Per legittimarsi però nei termini nuovi, una volta che addirittura la produzione secolare accumulatasi mediante l'esercizio diretto o mediato delle *potestates* e formalizzatasi nel Codex, aveva necessità di tradursi in *ius*. Visto che questo era il nome assunto da quanto si era andato accumulando. Che questo nome fosse di significato duplice fu avvertito in ritardo. *Facultas*, *libertas*, *potestas* erano parole che ben potevano essere ancora utilizzate dai giuristi, dai dotti, e non solo. La distanza tra il latino e i volgari non era insuperabile, a colmarla comunque provvedevano gli ecclesiastici.

Fu sicuramente Hobbes ad avvertire la doppiezza del significato di *ius* partendo dalla “*libertas naturalis, quam quisque habet facultatibus naturalibus secundum rectam rationem utendi*, ma osservando che “*qui propter libertatem suam omnia agit arbitrio suo, propter libertatem aliorum omnia patitur arbitrio alieno*”. Con la conseguenza del “*bellum omnium contra omnes*” dal quale scaturiva la necessità di uscire per entrare nello stato civile ove “*unusquisque finito iure secure fruitur*”<sup>[29]</sup>. Ed è evidente dedurre quale *ius* offrirebbe la sicurezza di poterne usufruire.

Rousseau, partendo dall'esatta individuazione dei termini che configurano l'irrimediabile dualismo, e che non soltanto sono insiti in ius, ma corrispondono alle ragioni stesse della bipolarità che in ius si riflettono, provò ad immaginare la possibilità di far scaturire la creazione di un diritto oggettivo dalla stessa pluralità dei soggetti su cui esso incombe nel quale confluissero i diritti soggettivi di volerlo creare. E, com'è più che noto, usò questa espressione per indicare come raggiungere l'obiettivo: "Trovare una forma di associazione che difenda e protegga con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, per la quale ciascuno, unendosi a tutti, non obbedisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima". [30] Era l'isonomia come fattore costituente e come progetto e ragione del costituito. Era l'ideale della democrazia che da due secoli l'Occidente prova a inverare nelle fasi di più alta creatività della sua storia. E non lo realizza. Ma non a caso.

La proposta rousseauiana ha un limite insuperabile. È nel suo volontarismo. A rilevarlo fu nientemeno che Hegel[31]. E non tanto, come gli obiettava, perché Rousseau intendeva la volontà "nella forma determinata di volontà singola ... così che l'associazione dei singoli nello stato diventa un contratto che, quindi ha per base il loro arbitrio, la loro opinione e il loro qualsivoglia consenso espresso", ma perché non teneva conto della volontà delle generazioni successive a quella della prima volizione associativa e poi perché precarie erano di per sé le volizioni individuali. Altro limite quindi che rendeva inerme e perdente il modello associativo di Rousseau rispetto all'ordo ordinatus da, ed attraverso, un processo storico. Processo grandioso. Produceva il dispiegarsi dell'esercizio del potere e, con questo dispiegarsi, l'emergere del rapporto dialettico tra volontà soggettive, quelle individuali, e l'oggettiva soggettività dello stato: oggettiva questa soggettività perché impersonante nientemeno che l'accumulazione dell'eticità storicamente realizzata, quindi come stadio dello spirito oggettivo che diventa, proprio con lo stato, spirito assoluto. [32]

La verità è che il progetto di Rousseau mancava di un fondamento materiale. Quello che soltanto i bisogni avrebbero potuto offrirgli, i bisogni umani. Il fondamento che costituisce "fin dalle origini un legame materiale tra gli uomini", legame che infatti "è condizionato dai bisogni e dal modo di produzione ed è antico, quanto gli stessi uomini". Lo avrebbe individuato Marx[33] il legame materiale sul quale costruire la forma di associazione immaginata da Rousseau.

13. È del tutto evidente che l'impostazione che sto proponendo, pur derivando dalla eticità hegeliana[34] teorizzata in paragrafi non criticati da Marx[35], mai scelta però dalla dottrina giuridica,[36] se si eccettua chi [37] tenne la prima cattedra di diritto costituzionale in Europa (e non ebbe discepoli), comporti una riflessione ampia e intensa. Credo che la piattaforma da assumere per costruire una teoria dei diritti soggettivi giuridicamente rigorosa e materialmente fondata, a fronte del diritto oggettivo, debba essere, appunto, la teoria dei bisogni di Marx. Che partiva da una constatazione, quella secondo cui gli stessi "bisogni naturali, come nutrimento, vestiario, riscaldamento, alloggio eccetera, sono differenti di volta in volta a seconda delle peculiarità climatiche e delle altre peculiarità dei vari paesi. D'altra parte, il volume dei cosiddetti bisogni necessari, come pure il modo di soddisfarli, è anch'esso un prodotto della storia, dipende in gran parte dal grado di incivilimento di un paese.. "[38]. E dire incivilimento di un Paese è lo stesso che dire grado di evoluzione dell'etica giuspolitica di un paese. Quel grado di evoluzione che lungi da recepire qualsivoglia desiderio, qualunque pretesa, ogni pulsione come bisogno meritevole di riconoscimento giuridico, opera le necessarie selezioni, distinguendo, selezionando, graduando sulla base di criteri tratti dall'ideologia dominante filtrata in modo da porsi come etica storicamente affermatasi. Di questa teoria importa soprattutto è il suo nucleo centrale, e cioè l'inerenza dei bisogni al modo di produzione e alle fasi dello sviluppo raggiunto. Con la conseguenza (e la previsione) che solo il controllo efficace da parte della società sulla produzione possa (potrà) consentire la corrispondenza della misura del tempo di lavoro sociale dedicato a produrre un determinato articolo con l'estensione del bisogno sociale che tale articolo deve soddisfare.[39] La realizzazione di tale controllo determinerebbe, com'è evidente, la soppressione dell'appropriazione del plusvalore da parte di chi non lo produce, anzi la eliminazione dello stesso plusvalore e, con esso, della fonte della

dualità del diritto soggettivo ed oggettivo.

C'è da studiare non poco, da controllare, ovviamente, la validità della stessa ipotesi di ricerca per poi trarne tutte le conseguenze, anche quelle di politica del diritto. E potrebbe non bastare. La verità di una teoria, in ultima analisi, è rivelata dalla sua corrispondenza allo stadio del divenire storico, dal quale non può estraniarsi la scienza giuridica.

14. Una prima risposta, molto confortante, in verità, circa l'attitudine euristica della teoria marxiana ci perviene dall'ultimo decennio del secolo scorso e dai primi anni del secolo che stiamo vivendo. Ci perviene dall'invenzione e dalla diffusione dei computers e dalla loro connessione in reti che nel 1990 ha originato il www (word wide web), l'avvento cioè dell'informatizzazione elettronica globale che ha incrementato in misura mai prima immaginabile produzione, prodotti, bisogni. Un tale grandioso risultato sta per convergere con quelli di altre branche della tecnoscienza quali la nanotecnologia, con la biotecnologia e le neuroscienze. Le conseguenze, peraltro ancora ignote ed anche per molti versi allarmanti[40], portano a ritenere che stiamo entrando e forse già siamo nella fase di sviluppo denominata economia della conoscenza. Questa fase si fonda sulla produzione di merci non a mezzo di merci, come ha insegnato Sraffa per tutto il secolo scorso, individuando il tratto saliente dell'economia fordista, ma a mezzo di idee, di informazioni, di conoscenze. La forma che è imposta ai prodotti di tutte le tecnoscienze resta quella, specificamente capitalistica, di merce. La forma cioè che si collega alla proprietà privata come normativizzata dai codici civili dell'Occidente (e non solo, stante l'evoluzione .... giustiniana del diritto privato in Cina). Ne deriva una contraddizione ulteriore e lampante. Nel mentre si va affermando una economia che si fonda su idee e le idee, in quanto tali, non sono ad appropriazione esclusiva (lo aveva osservato un grande costituzionalista "militante", Thomas Jefferson scrivendo che "Colui che riceve un'idea da me, riceve istruzione, senza diminuire la mia"[41]), si pretende di mantenere e sfruttare al massimo l'istituto della proprietà privata configurato nel Code Napoleon del 1804. Non c'è limite alle pretese del "terribile diritto", come dimostra la corsa delle multinazionali ai brevetti con gli effetti perversi che ne conseguono per i miliardi di esseri umani esclusi dal benessere del quinto privilegiato dell'umanità.

Ma c'è un rimedio. Una recente e brillante dottrina[42] ha osservato che funzione sociale non può averla la proprietà ma i beni. Su questa base reinterpretata sia il concetto di funzione sociale sia il principio della sua accessibilità a tutti in termini che ne consentano sviluppi che possono benissimo comprendere il godimento e la diffusione dei prodotti di alta tecnologia e ad alta densità di conoscenza. E anche a precludere i rischi enormi[43] che corre il genere umano a causa della irresponsabilità sociale delle corporations, come di ogni impresa capitalistica.[44]

15. Nella società della conoscenza non mi sembra presente ... la conoscenza del diritto, forse perché ce ne è poco di diritto o ce ne è di obsoleto (ed è tale e comunque inadeguato, checché se ne pensi, quello della lex mercatoria). È tempo perciò che il diritto la invada sia nella sua accezione soggettiva sia in quella oggettiva. Ma è di questa seconda accezione che si dovrà ora trattare.

16. Nelle prime righe di questo scritto ci si domandava se il diritto soggettivo esprima una pulsione, una visione, al limite, irriducibile alle sole ragioni costitutive del diritto oggettivo e se questo si rifiutasse di riconoscersi solo come ausiliare, garante dei diritti soggettivi pur essendo il produttore di ciascuno di essi. Da Marx del terzo libro del Capitale si deduceva che solo il controllo efficace della società sulla produzione avrebbe potuto consentire la corrispondenza della misura del tempo di lavoro sociale dedicato a produrre un determinato articolo con l'estensione del bisogno sociale che tale articolo deve soddisfare. Se ci si sofferma sia su quel che sottende il quesito, sia su quel che è implicato rapportando la "società" alla produzione, si possono cogliere non pochi tratti dell'essenza e del ruolo del diritto oggettivo. Partendo però dalla premessa dalla quale ci si è mossi. Quella cioè dell'inerenza di ambedue i significati del diritto alla condizione umana, identificabile com'è nel dover esprimere, ad un tempo, la singolarità irripetibile degli individui che solo nella libertà può realizzarsi e l'ininterrotta incombenza

della specie che a tutti gli individui detta inesorabilmente il dover essere.

17. Ci si può intanto liberare dalle suggestioni teocratiche, da quelle giusnaturalistiche e da quelle giusrazionalistiche. Almeno nel senso che né la teocrazia, né il giusnaturalismo, né il giusrazionalismo possono fornire basi razionalmente appaganti del fenomeno giuridico che l'esperienza umana incontra come diritto oggettivo. E visto che dal diritto oggettivo si è constatato che derivino le percezioni che si razionalizzano nel linguaggio e nella prassi della dinamica giuridica come diritti soggettivi, si può dedurre che non da quelle suggestioni si potrà mai desumere il senso ultimo del diritto tout court. Con il che non si vuole negare né minimizzare il ruolo e l'efficacia dei modi attraverso i quali la teocrazia, il giusnaturalismo e il giusrazionalismo abbiano raffigurato la presenza del diritto, la sua necessità, nella storia umana, motivandola. Varranno alcuni esempi a dimostrare quanta vasta, diversificata, incessante e penetrante nelle coscienze umane sia stata, e continui ad essere, la forza persuasiva impiegata per affermare l'ineluttabilità del diritto. Forza quanto mai coattiva della psicologia delle genti perché originata, provvista ed incrementata da teorie ed ideologie sulle origini e sui fondamenti del diritto, soprattutto, sulla condizione indefettibile che il diritto richiede per la sua stessa esistenza che è nell'effettività delle prescrizioni, realizzabile e realizzata soprattutto con la spontanea adesione alla regolazione giuridica ed ai precetti che la compongono.

18. Primo esempio. Nessun gesto o discorso avrebbe potuto inculcare negli individui della specie umana lo spirito di obbedienza più e meglio del racconto denominato "tentazione di Abramo" (Genesi, 24) [45]. E non soltanto perché a chiedere un sacrificio umano di tale crudeltà e arbitrarietà era il Dio stesso di Abramo e di Isacco, non soltanto perché a tale crudeltà ed arbitrarietà del suo Dio Abramo non aveva reagito neanche con un lamento, un grido di dolore, né con l'invocazione di un atto di misericordia, ma perché solo dopo aver constatato obbedienza, sottomissione, asservimento, condotta esecutoria del comando, il Dio di Israele si era ritenuto soddisfatto e si era deciso a far dire ad Abramo "di non stendere la mano contro il fanciullo, e non fargli alcun male... " perché aveva ormai constatato che, non avendogli rifiutato il figlio unigenito, aveva timore di Dio. Il messaggio era chiaro. Si compendia in due sole parole: "si deve ubbidire". Diecine e diecine di secoli dopo sarebbe stato Hans Kelsen a riaffermare questo enunciato [46] pur senza saper indicare, di questo enunciato, la ragione, il senso, il perché. Perché mai l'ubbidienza, la sottomissione, il vincolo devono definire la condizione umana in via esclusiva ed assoluta.

Tremore, timore e terrore sono usati infatti nella narrazione di quel che possiamo considerare l'inizio del giuridico ebraico-cristiano. Nella Bibbia si legge: "Disse il Signore a Mosè: «Va' al popolo e santificalo oggi e domani; e fa' che lavino le proprie vesti. Così siano preparati per il terzo giorno; poiché al terzo giorno il Signore scenderà sul monte Sinai, in presenza di tutto il popolo. E fisserai dattorno un limite al popolo dicendo: Guardatevi dal salire il monte, né toccarne la falda; chiunque toccherà il monte sarà ucciso» ... Al terzo giorno, sul far del mattino, ecco tuoni e lampi sul monte, e una nuvola greve, e un suon di tromba fortissimo; e tutto il popolo, che era nel campo, tremava. Mosè fece uscire il popolo fuori del campo incontro a Dio; e ristettero appiè del monte. Ora il Sinai era tutto in fumo, poiché sovr'esso era sceso il Signore in fuoco; e saliva quel fumo come fumo di fornace; tutto il monte tremava molto. E il suono della tromba si faceva via via assai più forte; Mosè parlava e Iddio gli rispondeva con un tuono...". A che cosa erano destinati i tre giorni di preparazione, a che cosa miravano i tuoni e i lampi, il fumo e il fuoco e la nuvola greve e il tremore del monte e quello di tutto il popolo e il suono di tromba che si faceva sempre più forte lo spiegò Mosè dicendo: «Non temete, perché Dio è venuto solo per provarvi e perché il timore di lui sia sempre presente in voi, onde non pecciate». [47] Se la ragione del divieto di salire sul monte è tanto intuibile da non dover essere esplicitata, per rispetto dell'intelligenza del lettore, del tutto evidente è anche la tecnica pervasiva delle coscienze che caratterizza il racconto biblico della dettatura dei dieci comandamenti. È quella dell'imposizione mediante minaccia, la minaccia del "castigo di Dio" per gli inosservanti, i devianti, i contravventori, i ribelli alle prescrizioni.

19. Ma di eguale interesse, se non maggiore, è il contenuto degli enunciati del Decalogo. Che sono

certamente diversificati quanto a significato singolo e quanto a denotato specifico, ma che si connettono ad un fine dalla forza intensissima. I primi due comandamenti rilevano soprattutto per l'autoqualificazione del Legislatore. Che è lo stesso Dio che trasse il popolo d'Israele "dal paese d'Egitto, dalla casa di schiavi", e che non ammette altro Dio oltre sé. È un "Dio geloso" che punisce l'iniquità dei padri nei figli e fino alla terza e quarta generazione di quanti lo odiano, ma che usa clemenza per coloro che lo amano e osservano i suoi precetti. C'è, in queste parole, sia il richiamo forte alla gratitudine che si deve a chi ha tratto un popolo dalla schiavitù, sia, soprattutto, l'indicazione dei caratteri che identificano il legislatore: la sua deità, quindi la disponibilità esclusiva della potenza divina, la severità inflessibile, mista all'attitudine a perseguire l'iniquità oltre i limiti della vita individuale del reo, la clemenza infinita per quanti lo amano e ne "osservano i precetti", il che vuol dire: se, e a condizione che, ne osservino i precetti. Del diritto oggettivo non c'è soltanto l'implicazione sanzionatoria, ma, già prima, nella deità esclusiva e perciò nel potere sovrumano, l'ineluttabilità esecutoria. Quella derivante da un Dio che punisce chi lo nomina "senza ragione, riverenza", chi lo nomina "sconsideratamente" [48]. Un Dio quindi che non ammette condiscendenza, clemenza, umanizzazione dell'immagine propria e dell'idea di deità.

Il terzo comandamento declina l'attenzione, il rispetto, la devozione all'opera di quello stesso Dio, cioè al creato in quanto tale, in quanto prodotto divino. Ma non soltanto. Immagina ed instaura un rapporto già ricco ed elevato tra il divino e l'umano. A mediarlo è, appunto, il creato, da santificare ogni sette giorni, quanti furono quelli impiegati per la produzione dell'universo. Ma è la forma della santificazione che impressiona. Imita quella divina, imponendo agli umani il riposo, qualcosa cioè di molto, molto simile a quel che Dio si concesse per aver completato il creato. Evoca in tal modo, nientemeno, che il lavoro, da sospendere, certo, ma lo evoca. È così che il discorso normativo dettato dal Dio d'Israele plana sulla condizione umana. Ma prima ancora di considerare la condizione dei singoli, si volge alla specie umana, cioè a chi prima e meglio di ogni altro la raffigura. Il quarto comandamento impone, infatti, di onorare il padre e la madre, gli antecedenti più prossimi, immediati della specie per ognuno degli umani.

Gli altri enunciati possono essere considerati come ruotanti intorno ad uno solo, funzionali al quinto, dal significato lampante, netto, univoco: non ammazzare. Ed è infatti per precludere che la pulsione omicida si scateni che si proibisce l'adulterio, il furto, la falsa testimonianza contro il proprio prossimo, addirittura il solo desiderio della "casa del ... prossimo, della donna del ... prossimo, del suo servo, della sua serva, ... del suo bue ... del suo asino e di cosa alcuna che appartenga al ... prossimo". [49]

Sembra difficilmente contestabile che, all'origine della vicenda umana, come fu raffigurata dalla narrazione operata dalla cultura ebraico-cristiana, l'oggetto del diritto oggettivo sia dunque la specie umana come tale, e come fine dello stesso diritto oggettivo la sua tutela, la sua integrità nell'arco vitale che designa il destino di ciascun individuo della specie, la sua riproduzione mediante quella di ogni individuo della specie. Non perché le leggi che Mosè fu incaricato di proporre al popolo per comporre il "codice dell'alleanza" tra Dio ed Israele non avrebbero riguardato i singoli, ma perché i singoli non rilevavano come tali, ma come acquirenti o venditori o padroni di servi, come responsabili di lesioni, come omicidi, preterintenzionali, colposi o volontari, come implicati in risse con conseguenti danni alle persone o a cose, come ladri o incendiari, come titolari di rapporti di deposito, come prestatori di denaro, come testimoni. Nel Levitico, il libro che traduce i principi e la ratio del Decalogo in norme giuridiche, è lungo e puntuale l'elenco delle leggi specifiche dettate a Mosè ed attinenti a varie materie, da quella dei sacrifici, a quella dell'onestà dei costumi, all'alimentazione, alle tecniche della produzione agricola (precludendo il supersfruttamento dei terreni, ma consentendo la spigolatura) ai reati ed alle pene, all'igiene, alle feste, al giubileo, con il quale si restituivano le terre alienate nei cinquanta anni precedenti ai primitivi proprietari, al fine evidente di realizzare una qualche consistente forma di eguaglianza, all'anno sabbatico, che ogni sette anni ridava la libertà agli schiavi, al trattamento degli stranieri, ai processi, alla proprietà privata. Discipline che certamente riconoscevano bisogni ed esigenze

dei singoli e si ispiravano, in verità anche a principi che si potrebbero definire di eguaglianza, ma sempre e solo come riflessi, conseguenze, ricadute di imposizioni, divieti, obblighi.

20. Il secondo esempio di tecnica pervasiva delle coscienze al fine di incuneare la recezione dell'ineludibilità del diritto oggettivo è quello che i giusnaturalisti da secoli e secoli hanno adottato come episteme: le leggi di Antigone. Quelle "... non scritte, inalterabili, fisse degli dei: quelle che non da oggi, non da ieri vivono, ma eterne: quelle che nessuno sa da quando comparvero" (vv. 455-457)[50]. Va aggiunto però che non si sa come e dove comparvero e ad opera di chi. Certo, sono leggi, se lo sono, che toccano profondamente la sensibilità umana. In Grecia, a Tebe, non è la potenza di un dio che incombe, la sua imperscrutabile volontà, la sua sete inesausta di venerazione e di sottomissione. Le leggi che si invocano da parte di Antigone sono quelle stesse che le impongono di commettere un "delitto" pur se "santo" (v.74), un delitto che resta tale e che ella stessa sa e riconosce che è tale all'inizio della vicenda riprodotta dalla tragedia[51] e che crede le sia, tuttavia, imposto dagli dei ai quali dovrà essere "cara per un tempo più lungo che [agli dei] di quassù: perché laggiù star[à] per sempre". E ribadisce almeno altre due volte, confidandosi con Ismene, nel ripetere di voler "piacere a quelli che più dev[e] amare" e qualificando onorevole la morte che le sarà comminata[52]. Solo quando (secondo episodio della tragedia) sarà al cospetto di Creonte ed invoca le leggi non scritte e che vivono da sempre, afferma che non credeva che i divieti di Creonte fossero tanto forti da permettere a un mortale di sovvertire le leggi non scritte, solleva ... una sorta di eccezione di legittimità per norme emanate da un re che solo una legge imposta da Zeus o da Dike che "siede ... tra gli dei sotterranei" avrebbe potuto invece dettare. Ma non trae le conseguenze da questa contestazione. Non chiama la città, i tebani tutti a ribellarsi, pur credendo che non condividano il decreto di Creonte volto a discriminare Polinice rispetto ad Eteocle e lo direbbero "se la paura non li obbligasse al silenzio". [53] Né chiede a Creonte di rivedere il suo decreto. Volgendosi ad Ismene, insiste nel confrontare a quella della sorella la propria scelta, quella di morire [54], "per avere, pietosa, onorato la pietà" (v. 943) [55]. La pietà per un fratello, reo, ma morto. Obbedisce, Antigone, ad una legge che crede più antica, una legge che risponde ad un obbligo che potremmo denominare di rispetto della dignità della specie, attraverso la pietà per i resti mortali degli individui della specie.

Ma che dire del deuteragonista? Creonte era un re; a raffigurarlo quanto a ruolo, a poteri, a modi di svolgere l'uno e ad esercitare gli altri provvedeva la mitologia greca. Come re detta ed esegue la legge che detta. Lo dichiara immediatamente assumendo "ogni potere del trono e il trono stesso", chiamando "Zeus ... perché "oda questo: se in luogo della salvezza io vedessi la rovina sovrastare ai cittadini, non tacerei; né amico sarei giammai di un uomo nemico della mia patria, perché nella patria risiede la salvezza". Da questo principio trasse la decisione per cui: "Eteocle, morto avanti a tutti col ferro in pugno, da prode, per la sua terra, sia chiuso nella tomba; e a lui si facciano offerte, quelle sacre che laggiù discendono, ai morti buoni. Il fratello suo, Polinice ... l'esule ritornato, che tentò di sverdere la terra dei padri, e i divini aviti simulacri, e volle abbeverarsi del sangue comune, e noi tutti piegare a servitù, non abbia né sepolcro né pianto ...". [56] Un re che tetragono di fronte al figlio, sposo promesso di Antigone, che al padre chiede di ringraziarla dicendogli che il popolo di Tebe la reputava "come la più innocente delle donne, che muore nell'infamia per un'azione degna piuttosto di gloria" risponde che non "sarà il popolo a dettar[gli] ciò che egli deve ... comandare ... " [57] Meritando però proprio dal figlio, la più alta e convincente replica, quella per cui "non esiste lo stato se appartiene ad uno solo"[58]. Non vide la rovina della città ma della sua famiglia con la morte di Emone e di Euridice non avendo raggiunto in tempo Antigone cui aveva, troppo tardi, revocato la pena.

Per Hegel Creonte personifica il diritto pubblico, la legge statale,[59] quella che sicuramente nasce assieme al processo del superamento della solidarietà di specie come fonte, se non unica, certamente prioritaria dell'obbligo giuridico normativaamene fissato. La tragedia sofoclea è allora quella dell'emergere di due fonti del diritto oggettivo, incompatibili, opposte, imperiose ambedue, ambedue inflessibili, inderogabili. Antigone è schiacciata da due imperativi che si contraddicono, si

sovrappongono ma per ricongiungersi nel richiedere ed ottenere obbedienza. Uno è l'imperativo delle leggi non scritte dettate dalla specie ai singoli perché impediscano che si faccia strame degli individui della specie. L'altro imperativo si richiama ad un altro interesse della specie, quello che impone ai singoli di cooperare, di associarsi, di rendere stabile e coesa l'aggregazione umana che integra una città. E c'è un imperativo in più cui deve sottostare, quello che le deriva dal destino che pesa sui figli di Edipo cui lei stessa allude definendolo "orrendo, materno talamo"[\[60\]](#). Ma in questa figura, pur oppressa dagli obblighi derivanti da tutte le fonti normative del suo tempo, si possono intravedere, incerte ed esili, le linee che la specie, evolvendosi dalla primigenia coscienza individuale, un giorno potrà utilizzare per disegnare la trama del diritto soggettivo come bisogno umano a riconoscere, in ogni suo singolo, la dignità umana[\[61\]](#).

21. Terzo esempio. È paradossale, ma la forza persuasiva del giusrazionalismo è esemplificata nientemeno che da un abbaglio, quello capitato ad uno dei più grandi filosofi della storia dell'Occidente. Fu Hegel, infatti, a scrivere che un "cittadino ateniese faceva quasi per istinto quel che gli spettava"[\[62\]](#). Ma non era vero. A rivelarlo è lo stesso Hegel, quando annota [\[63\]](#) che in "Atene i cittadini ricchi" in quanto tali "venivano abitualmente spogliati di una parte del patrimonio" e che ci si serviva a tal fine di uno strumento onorevole, quello del conferimento "di un ufficio che comportava spese enormi", conferimento che poteva essere però rifiutato mediante l'indicazione di un altro cittadino più ricco il cui rifiuto gli imponeva però di scambiare il suo patrimonio con quello del primo designato. Dal che si deduce facilmente che non tanto per istinto il cittadino ateniese facesse quel che gli spettava fare. Anche, e soprattutto, perché permanendo il contrasto tra i due più ricchi, a decidere sarebbe stato l'oracolo.[\[64\]](#) Questa contraddizione negli scritti di Hegel dimostra ben altro che la spontaneità della conformazione comportamentale degli ateniesi ai doveri loro prescritti. Testimonia invece il fascino esercitato dall'isonomia che si pretendeva realizzata con Pericle ad Atene in un immaginario anche così avvertito come era sicuramente quello di Hegel [\[65\]](#). Quel fascino che aveva trascinato già Otane [\[66\]](#) e che mai si è appannato.

È perciò che va riconosciuta l'enorme attitudine sottilmente ma efficacemente prescrittiva delle narrazioni relative alle fonti originarie del diritto e dei grandi legislatori. Si pensi a Solone. Ad Atene, era "antico il contrasto per il governo della città, e la cittadinanza era divisa in tanti partiti quante erano le varietà del territorio. Le genti dei Diacri erano fautrici convinti della democrazia, quelle dei Pedieci dell'oligarchia, i Parali ... sostenendo una forma di governo in certo qual modo intermedia e mista... erano di ostacolo e impedivano all'una o all'altra parte di prevalere. Poiché allora la disparità tra i poveri e i ricchi aveva raggiunto il culmine... la città era in una condizione affatto critica, ... tutto il popolo era indebitato verso i ricchi: o coltivavano la terra, versando ad essi la sesta parte del prodotto ... oppure contraendo debiti con garanzia della propria persona erano alla mercè dei creditori, alcun servendoli come schiavi, altri venduti all'estero... Allora appunto i più assennati degli ateniesi, vedendo che Solone, lui solo, o più d'ogni altro, era estraneo a quelle colpe... lo pregarono di interessarsi dei pubblici affari e di porre fine ai dissensi." [\[67\]](#). Il quadro entro il quale emergeva la necessità che qualcuno dettasse diritto oggettivo risulta ben delineato: divisione irrimediabile sulla forma di governo, frattura abissale tra le classi sociali, uomini liberi schiavizzati all'interno o all'esterno. Questi due esempi mostrano l'uso di tecniche persuasive che fanno leva su suggestioni riconducibili a motivazioni in qualche modo razionali. Si riferiscono a quando l'umanità aveva superato la soglia che la ammetteva nella storia, alla Grecia del V e del IV secolo.

Ma a proposito di motivazioni ritenute o affermate come razionali, c'è molto altro su cui riflettere quanto a forza suggestiva della ragione e dell'uso che se ne può fare, e se ne fa, oltre a quanto potrebbe dedursi dall'abbaglio cui si è accennato esemplificando sulle lusinghe dei modelli razionali. Ce lo fa rilevare quel grande giurista dell'antichità romana (e non solo) che è stato Riccardo Orestano. Soffermandosi sulla proclamazione del credo giusrazionalista fatta da Leibniz che glorificava il diritto romano come *ratio scripta* (*Dixi saepius post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum*

Romanorum iuriscunsultorum scriptis comparari possit, tantum nervi inest, tantum profunditatis) innanzitutto ricorda che “con le lodi non si fa storiografia” e rileva poi che il procedimento deduttivo da “un nucleo di principi fondamentali posti assiomaticamente e sviluppato sino alle ultime conseguenze .... non ha nulla a che fare con gli effettivi metodi della giurisprudenza romana” ma che è quello stesso di cui Leibniz fu “seguace, artefice e propugnatore”[68].

Sarà iniziata così la fallacia da astrazione-generalizzazione del razionalismo che si sradica dalla storia. Ma, forza enorme di una ideologia, la non corrispondenza delle metodologie effettive della giurisprudenza romana con la “ragione” leibniziana non ostacolò per nulla il prestigio esercitato da tale giurisprudenza, pur dopo che la Scuola storica savigniana aveva adottato il metodo induttivo nell’indagine e nella ricostruzione degli istituti, “nel gran solco tracciato dal Vico”. [69] Quel Vico, studioso sommo di diritto e di storia e grande filosofo, che, quanto alla ragione, avrebbe scritto che gli “uomini prima sentono senz’avvertire, dappoi avvertiscono con animo perturbato e commosso, finalmente riflettono con mente pura” [70], avendo rilevato che la “filosofia considera l’uomo quale dev’essere ...” laddove la “legislazione considera l’uomo qual è, per farne buoni usi nell’umana società ...”. [71] Quel Vico che considera non l’astratta ragione, ma le “umane necessità e utilità ...” come “... i due fonti del diritto natural delle genti ... del quale le nazioni si accertano con intendere l’unità sostanziali di cotal diritto, nelle quali con diverse modificazioni tutte convengono”. Diritto che “nacque privatamente appo i popoli senza saper nulla gli uni dagli altri ...” secondo Vico, che ribadisce tale convinzione affermando che “il diritto natural delle genti è uscito dai costumi delle nazioni, tra loro conformi in un senso comune, senza alcuna riflessione e senza prendere esempio l’una dall’altra”[72]. Comunque le “umane necessità e utilità” furono da Vico scoperte come le fonti del diritto e quindi il loro modificarsi come fattori dell’evoluzione del diritto tale da cadenzare le varie epoche ed età, in concomitanza dello sviluppo della ragione umana, quella storicamente determinata ed evoluta[73].

Ma individuare nelle “necessità ed utilità umane” le fonti, o, meglio, la ragion d’essere del diritto non è lo stesso che ritenere i bisogni come fondamento del diritto? [74] E non fu, tra questi, in primo luogo il bisogno di sicurezza quello sul quale fecero leva le grandi narrazioni per ottenere consenso, subordinazione, obbedienza al diritto perché o dettato da dio, o generato dalla natura o dedotto dalla ragione, quella sicurezza che Hobbes pose a fondamento dello stato? Per contribuire a rendere del tutto “retoriche” tali domande, la riflessione va proseguita.

22. A fare “l’uomo quale dev’essere”, secondo la filosofia “per farne buoni usi” come scriveva Vico, sarebbe stato proprio il secolo che, almeno per la prima metà fu suo, malgrè lui, il secolo dell’Illuminismo. Si usa dire, sulle orme di Jellinek, che fu la Rivoluzione americana a trasformare la filosofia della libertà in legislazione della libertà[75]. Non è questa la sede per discutere la tesi del grande teorico dei diritti pubblici soggettivi, quel che invece interessa è il ruolo decisivo che la filosofia politica ebbe ad esercitare nel determinare le condizioni storiche complessive dalle quali quella legislazione emerse e si affermò rivoluzionando il diritto, dopo aver rivoluzionato le forme della politica, rivoluzionando la società e consolidando il modo di produzione che si andava diffondendo o che, addirittura, provvedeva ad instaurare. Interessa soprattutto far rilevare che Dichiarazioni dei diritti e Bills of Rights venivano alla luce nella forma di corpi, di sistemi normativi, quindi di diritto oggettivo.

Ma in quali forme si esprimeva la filosofia politica, quale istanza manifestava, richiamava o reclamava? La risposta è sicura: la filosofia politica richiamava, elaborava, reclamava il “diritto naturale”. Il *De jure belli ac pacis* di Grozio è del 1625; i due trattati sul governo di Locke furono editi, contemporaneamente al “Saggio sull’intelligenza umana”, nel 1690, ma scritti verosimilmente prima e ancor prima fu scritto l’*Essays on the Law of Nature*; i *De jure naturae et gentium libri octo* di S. Pufendorf furono pubblicati nel 1672. A queste opere, alle esigenze umane che denunciavano e cui promettevano soddisfazione e protezione si riferiva, con ogni probabilità Vico, ben sapendo d’altronde, che di diritto naturale si è discusso dai tempi di Aristotele, che ne trattava Cicerone, che lo definiva Ulpiano, lo teorizzava

Tommaso d'Aquino e che non c'è stato giurista o filosofo medievale che lo abbia ignorato. Ma quale significato aveva assunto la dizione "diritto naturale" nel Sei-Settecento, quale contenuto? Lo rivela Locke scrivendo "che essendo tutti gli uomini uguali e indipendenti, nessuno deve ledere gli altri nella vita, nella salute, nella libertà o negli averi"[76]. Lo scrive S. Pufendorf secondo cui "Humana porro natura, cum omnibus hominibus aequae competat, neque socialem cum isto homine vitam degere quis possit; abs quo non saltem ut homo aestimatur; inde consequitur, jure naturali praeceptum esse, ut quisque alterum homine aestimet atque tractet, tamquam naturaliter sibi aequalem, seu ut aequae hominem"[77]. A rigore, con Locke e con Pufendorf, il giusnaturalismo è già divenuto giusrazionalismo e come tale ha assunto un enorme ruolo storico, determinato e ben netto. Ad individuarlo furono sia Passerin d'Entrèves[78] che Bobbio[79]: quello volto "alla fondazione di ogni teoria favorevole ai limiti del potere statale"[80], limiti che ritenevano giustamente come condizioni necessarie per soddisfare il bisogno di libertà (quelle negative e quelle positive di chi poteva esercitare i diritti compresi nell'autonomia privata).

23. Non a caso, quindi, a seguito dell'affermazione dei principi del costituzionalismo, a seguito cioè della sconfitta dell'assolutismo, del sovranismo monarchico, dello stato di polizia e del totalitarismo, esaurendosi così la funzione del diritto naturale ed emergendo via via la sua insostenibilità teorica[81], si è assistito all'avvento ed ai trionfi del positivismo giuridico. Non pretendo, in questa sede, ripercorrere la storia del confronto tra giusnaturalisti (intendendo però per tali i giusrazionalisti, visto che neanche come tentazione è più presente in dottrina il riferimento ad uno stato di natura immaginato come giusto, felice, riproducibile) e positivisti, distinguendoli tra quelli che usano il positivismo come metodo di studio del diritto, quelli che lo teorizzano e quelli che lo ideologizzano,[82] posizioni che possono ovviamente coincidere, spesso le prime due, ma ambedue non necessariamente con la terza. Quel che intendo enunciare è un punto di vista consolidatosi sulla base di un'esperienza di studi prevalentemente costituzionalistici. Da cui traggio la convinzione che la storia del diritto sia la storia della lotta per il diritto e che proprio questa lotta può rivelare l'essenza del diritto. In quanto lotta è ovviamente intessuta di vittorie e di sconfitte. Sconfitte che riescono talvolta a far regredire il processo storico al punto da travolgere conquiste pregresse anche se mai definitivamente. Si pensi alla sconfitta subita dal costituzionalismo con l'avvento del fascismo e del nazismo. Si pensi alla crisi attuale che colpisce lo stato sociale a seguito della globalizzazione di stampo capitalistico. Finora però, considerando il lungo periodo che dal Medioevo approda alla contemporaneità, la lotta per il diritto ha prodotta risultati complessivamente positivi per la condizione umana.

A muoverla, infatti, è la tensione a scopi dettati volta a volta da un'etica che storicamente si determina come costruzione culturale idealizzante bisogni materiali e immateriali. Un'etica che si definisce quindi via via, e definendosi acquisisce contenuti nuovi e più alti[83]. È la lotta per il diritto che rivela infatti il rapporto concreto tra diritto e giustizia, e cioè di quanti e quali specifici principi di giustizia sono assunti come contenuti in norme giuridiche valide ed efficaci. È inoltre la lotta per il diritto che traduce gli ideali di libertà e quello di eguaglianza in disposizioni normative di riconoscimento dei singoli diritti di libertà e delle varie forme e dei diversi gradi di eguaglianza. Solo la lotta per il diritto può, d'altra parte, elevare la condizione umana alla dignità umana normativizzandola e collocandola all'acme dei principi dell'ordinamento. È, d'altronde, la lotta per il diritto che segna le specificità e le fasi della lotta di classe.

Per questi motivi credo che approccio, analisi e teorizzazione dei dati giuridici, debbano essere di tipo che si potrebbe chiamare positivistico, se questa denominazione non fosse diventata scarsamente determinativa coprendo una eccessiva quantità di specificazioni. E che definirei perciò metodo storico-testuale di matrice materialistica. Il che comporta sus/sumere (sub e sumere) cioè sottoporre un fatto ad una norma, individuare il fatto, identificarlo e compararlo alla fattispecie normativa, un'operazione di una complessità enorme. Individuare, per ogni caso, l'esatta configurazione di un'azione compiuta da individui della nostra specie che sia stata normativamente prevista, implica, infatti, accertare e qualificare una relazione intessuta o anche solo implicante persone o cose, cose

materiali e immateriali, quelle che nella modernità hanno assunto la forma di merce, magari subito come è subito la prestazione di lavoro vivo. Il fatto si configura quindi, il più delle volte, come costruito di una relazione interindividuale, o immediata o più o meno remota attinente ad azioni o cose. Essendo tale è esso stesso che richiede un giudizio, sia perché riguarda individui della nostra specie immediatamente coinvolti, sia perché ad essere coinvolti lo sono comunque indirettamente per i riflessi indotti da quel determinato atto su tutti gli individui di un determinato aggregato umano. In questo senso evidentemente Guarino scriveva che la norma nasce contemporaneamente al fatto, in simbiosi [84].

Approccio, analisi e teorizzazione devono tendere perciò ad individuare esattamente quanto è prescritto testualmente dalle fonti volute e dichiarate tali dalle norme vigenti in quel certo momento storico, in quella determinata realtà storica (come esige, d'altronde, lo stesso principio della certezza del diritto). Approccio, analisi e teorizzazioni debbono includere l'inquadramento storico dei dati; ma che le risultanze di tale impegno, una volta assolto, debbono essere collocate sul banco di prova dei postulati del costituzionalismo e valutate nel loro rapporto con le conquiste di civiltà giuridica realizzate in coerente aderenza a detti postulati, il cui invero impone, peraltro, di svilupparne la dinamica. Esame, valutazione, giudizio, soprattutto giudizio che può essere espresso in tanti modi, ma di solito manca in omaggio alla cosiddetta "neutralità della scienza". Omaggio che si traduce in un comportamento omissivo che può essere, ed è, solitamente recepito come sostanziale adesione ai precetti delle norme giuridiche, qualunque possa essere il loro contenuto, si traduce perciò in quella fuga dalla responsabilità umana denominata *trahison des clercs*. [85]

24. Omaggio che, modificato quanto a derivazione culturale e quanto a destinatario, rafforzato quanto a strumentazione perché fa leva sull'enorme forza persuasiva di un'istituzione che affonda nella garanzia la sua ragion d'essere, mistifica il suo ruolo espressivo di un'ideologia attenuante, riduttiva se non anche dissolvente i contenuti normativi delle costituzioni. Il riferimento è alla teoria giuridica dei valori [86]. Ed anche a quella versione più attenta al significato degli enunciati che compongono le normative costituzionali [87]. Va esplicitato che l'omaggio che ostenta detta teoria sarebbe volto alla Costituzione ed ai suoi contenuti, contenuti che però vengono considerati come espressivi di valori, forse di principi, ma non di regole. E qui che interviene l'errore teoretico che inficia l'intera teoria dei valori, pervadente nella contemporaneità.

Da sempre "principio" sta per inizio, fondamento, ed ha lo stesso significato di causa "giacché tutte le cause sono principi" [88] e ogni principio "contiene in se la ragione di qualche altra cosa" [89]. Tradotto in termini deontologici ogni principio si pone quindi come fondamento, motivazione di una regola. Ne è l'inizio, la causa, la ragione. Può essere espresso, anche per implicito, con lo stesso enunciato della regola che fonda e che motiva. O, invece, con enunciato distinto.

Esemplifico. È perché è inviolabile la libertà personale (primo comma dell'art. 13 Cost) che "non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale ..." (secondo comma dello stesso articolo, cui seguono gli altri tre commi) né potrebbero essere ammesse altre forme restrittive, mentre invece potrebbero essere ammesse (ed auspicabili) prosecuzioni normative dello stesso principio. È perché "il domicilio è inviolabile" (primo comma dell'art. 14) che "non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri se non nei casi stabiliti dalla legge ..." (secondo comma dello stesso articolo cui segue il terzo). Gli esempi possono continuare riferendosi a ciascuno articolo, a ciascuna norma, sia se espressa mediante una sola disposizione, sia se presieda un gruppo di disposizioni, lungo tutto il discorso normativo compreso in quel documento denominato "Costituzione della Repubblica". Discorso normativo che può e, il più delle volte, deve proseguire, e prosegue infatti, linearmente in orizzontale e gradualmente in verticale. In orizzontale, cadenzandosi principio per principio. Verticalmente, declinando ciascun principio in modo che, se compreso nella norma costituzionalmente enunciata, possa dispiegarsi in altre di grado via via inferiore sino a concludersi col massimo di specificità. Se invece il discorso normativo origina da un principio espresso mediante un'autonoma proposizione del testo costituzionale, è del tutto evidente che

possa proseguire con una norma giuridica dello stesso grado, e successivamente solo mediante norme di minore efficacia formale, cioè con norme legislative e, se del caso, regolamentari. [90]

Non si comprende perché si creda e si sostiene che i principi siano presieduti da “valori”, trasmutati così in formule tendenti a) o a raffigurare l’integrazione smendiana tesa ad occultare il conflitto sociale, b) o a collegare il complesso delle istituzioni per fungere da ideologia servente la logica autonoma delle stesse istituzioni (Häberle) se non refrattarie ai principi, certamente filtranti i precetti delle Costituzioni, c) o, infine, ad assemblare gli elementi di un “universo culturale che si sovrappone alla Costituzione”[91], e debbano essere, singolarmente e tutti insieme, separati e distanziati già dai principi poi dalle regole, dalle norme delle quali sono fondamenti e ragioni. O lo si comprende anche troppo bene.

Un equivoco di fondo è alla base dell’accoglimento della teoria dei valori. Lo si può dedurre dalla seguente affermazione di uno dei maggiori filosofi contemporanei ed esponente massimo di una delle declinazioni di tale teoria: “Negli stati costituzionali moderni, i principi morali del diritto naturale si sono trasformati in diritto positivo. Per questo, dal punto di vista della logica dell’argomentazione, le modalità giustificative istituzionalizzate nelle procedure giuridiche rimangono ‘aperte’ nei confronti dei discorsi morali ”(corsivo mio)[92] Che siano aperte le suddette “modalità giustificative” (ma non soltanto) nei confronti dei discorsi morali è fuori discussione. Ma non per questo l’apertura ai discorsi morali impone o autorizza interpretazioni ed argomentazioni non di natura giuridica, mutuate, cioè, dalla filosofia morale[93]. Sarebbe come se, per aver acquisito nelle Costituzioni le conquiste di civiltà teorizzate dalla filosofia politica, si fosse poi proceduto a interpretare le disposizioni costituzionali che avevano provveduto a sancirle in modo da scambiare la libertà dei filosofi con le libertà dei giuristi. Se è vero che “il diritto positivo porta sempre dentro di sé un incancellabile riferimento alla morale”[94], la morale cui ciascun diritto positivo ha un riferimento è sempre e solo quella storicamente determinata nella fase storica di vigenza di ciascun diritto positivo. E non è il rapporto di “complementarietà” tra diritto e morale che soddisfa il bisogno di fondazione del diritto[95], ma è il principio politico incorporato nelle Costituzioni degli stati che ne legittima i rispettivi ordinamento.[96]

Sovra ordinando i valori ai principi e separandoli dalle regole si attenua la loro forza precettiva, il loro rigore, ed anche quello delle disposizioni normative che li dispiegano. Soprattutto si configura l’Olimpo dei valori, un rilievo molto alto ma senza cuspide, pianeggiante ed ospitale per la logomachia sulla ragionevolezza, la sorella flessuosa e disponibile della ragione, e per il bilanciamento moderatamente iniquo tra i fini prescritti dalla Costituzione, misconosciuti da chi ne nega la vincolatività programmata[97] e gli istituti consacrati della tradizione dei codici liberal-borghesi, tra l’eguaglianza e la discriminazione, ponderata a seconda dell’invadenza o della discrezione dei figli dalla prolifica madre del tertium comparationis.

Due fattori almeno avranno suggerito di teorizzare e legittimare mediante la teoria dei valori, e conseguentemente i criteri della ragionevolezza, del bilanciamento, della congruità, della comparazione, dell’adeguatezza usati per le operazioni interpretative e decisorie delle Corti costituzionali. Il primo è quello dell’influenza esercitata dal primo giudice di costituzionalità della storia, la Corte suprema degli Stati Uniti che richiamandosi ad un immaginario diritto naturale, ma sostanzialmente al common law, a sua volta rivissuto, rielaborato ed adattato alla convivenza nelle excolonie del Regno d’Inghilterra, doveva riempire i vuoti di una Costituzione priva di un’organica Dichiarazione dei diritti. I primi emendamenti, infatti, ne riconoscevano soltanto alcuni (alla libertà di religione e di culto, alla libertà personale e di domicilio, al giusto processo, a non autoaccusarsi) e solo a distanza di decenni furono integrati, il XIV emendamento addirittura 81 anni dopo la nascita della Costituzione degli Stati Uniti. Influenza per la verità più di carattere ideologico-politica che ideologico-giuridica, stante egemonia esercitata in Occidente da quella diventata la più grande Potenza mondiale. Ma l’egemonia è sempre pervasiva.

L'altro fattore è interno agli ordinamenti costituzionali europei. È quello delle conseguenze provocate dall'impatto delle Costituzioni del secondo dopoguerra sugli ordinamenti giuridici pregressi ma vigenti. Ordinamenti che aderivano esattamente ai fondamenti strutturali della base sociale e che non furono sostituiti contestualmente (e non avrebbero potuto) alla entrata in vigore delle Costituzioni, né furono immediatamente coinvolti in una trasformazione coerente, rispondente alle nuove Costituzioni ed attuativa delle finalità cui dette Costituzioni miravano. Da qui il rapporto almeno asimmetrico tra ordinamenti e Costituzioni, e via via più che asimmetrico, contraddittorio. Da qui la mediazione ragionevole, da qui il bilanciamento, la ricerca delle "buone" o meno buone "ragioni di tutti". Anche quelle di quanti si collocano nella posizione esattamente opposta a chi rivendica eguaglianza, anche quelle, cioè, di chi è titolare di interessi che, in nome di qualche idea di eguaglianza andrebbero sacrificati e che risulterebbe invece beneficiato, paradossalmente, al fine di assicurare il trattamento fondamentalmente egualitario degli interessi di tutti. [98]

25. È l'errore di fondo di tale teoria che porta a queste contraddizioni. Lo si incontra riflettendo sulla seguente affermazione: "I principi sono proposizioni normative d'un grado di generalità così elevato che di regola non possono essere applicate senza l'aggiunta di ulteriori premesse normative e subiscono per lo più limitazioni da parte di altri principi"[99]. Sulla prima parte delle due proposizioni si può convenire se non si colloca l'elevatezza nella stratosfera e se per "ulteriori premesse normative" si intendono proposizioni contenenti regole che attendono solo ulteriori determinazioni. Così intesa questa frase, se la si riferisce all'art. 13 della Costituzione italiana le "ulteriori premesse" dovrebbero essere quelle dettate nei commi successivi al primo, per consentire poi che siano le leggi ordinarie a determinare "i casi e i modi" legittimanti le restrizioni della libertà personale per la persecuzione dei reati, i casi eccezionali di necessità ed urgenza che consentano i provvedimenti provvisori restrittivi da adottare dalla pubblica sicurezza, eccetera. Analogo discorso andrebbe fatto per ciascuno dei principi contenuti nella Carta costituzionale. Con l'avvertenza che quelli impliciti come ad esempio il principio rappresentativo - parlamentare è integrato da quello iscritto nell'articolo 49 della Costituzione, quello dello stato di diritto è integrato da tutta una serie di corollari che partono dalla divisione dei poteri, comprendono il diritto di azione, il divieto di denegata giustizia, la soggezione dei giudici alla legge ed il loro governo da parte di un organo indipendente perché a collegialità di derivazione diversificata, la distinzione tra funzione inquirente e attività di polizia, eccetera.

È l'altra proposizione che desta invece dissenso, quella per cui la pluralità dei principi ne imporrebbe la reciproca limitazione. Aderendo a tale impostazione, ci si è chiesto, infatti, come si possano bilanciare i principi della dignità, della libertà, dell'eguaglianza e come definire il principio di giustizia che il bilanciamento di questi principi necessariamente richiamerebbe.[100] Se ci si libera dal feticcio dei valori che implicherebbe la loro irriducibile conflittualità, la risposta diventa possibile ed anche soddisfacente. È quella di concepire l'eguaglianza come condizione della libertà, nel sapere che si è liberi se si è eguali e che nell'eguale libertà è l'inveramento della dignità umana. Non è infatti concepibile la dignità umana se non implica, comprende, sancisce libertà ed eguaglianza. I tre denotati di questi termini non sono separabili, sono connessi, intimamente e condizionanti l'un l'altro. Assunti nell'ordinamento mediante norme del massimo rilievo formale compongono un costrutto normativo omogeneo e indissolubile. È la trinità laica, l'uno e il trino del giuridico dettato costituzionalmente. Certo, non è la libertà "liberale" quella che risponde alla domanda, non è l'eguaglianza formale garantita dal Code Napoleon, non è la dignità di un solo settore della società, della sola borghesia. Ma è certamente la libertà democratica o forse quella più avanzata ancora di quella offerta dalla democrazia liberale incapace, finora, di superare le remore del liberalismo, contaminato dal liberismo, ed innestarsi pienamente nella democrazia.

La verità della teoria dei valori è quella che emerge quasi marginalmente ma spontaneamente da una ricostruzione quanto mai illuminante della ragionevolezza del giudice costituzionale italiano. Detta ricostruzione, a proposito del bilanciamento riguardante "da un lato un diritto sociale e dall'altro le

esigenze della finanza pubblica”, afferma, sulla base di non poche sentenze della Corte, che “il contemperamento è immanente, di per sé, in generale, a qualsiasi diritto sociale, che richiede cioè prestazioni positive da parte dello stato” (corsivo mio).<sup>[101]</sup> Evidentemente perché, come si dice, i diritti sociali costano. Ci si dimentica però, e si occulta per ragioni non imperscrutabili, che tutti i diritti costano, da sempre. Ci si dimentica, e si occulta che per tutti i diritti, da quelli di libertà, a quelli reali, a quelli di obbligazione, a quelli successori, e via elencando, a difenderli, a garantirli provvedono robusti apparati dello stato che gravano sulla fiscalità generale e ai quali provvede la finanza pubblica, con imposte dirette, indirette e con tasse.<sup>[102]</sup> La teoria dei valori, evidentemente, non comprende il valore – lavoro, quello prodotto socialmente e che, mediante i diritti sociali, dovrebbe ricevere un riconoscimento per quel che il lavoro è, per il ruolo che svolge. Non lo comprende, ma per la verità, non lo ignora, gli riconosce anche una sorta di cittadinanza, ma dimidiata. Lo considera e lo tratta se ed in quanto .... contemperato. Ma ai diritti di chi, rispetto a quali altri valori? La teoria dei valori, a fronte di tali domande, lascia alla ragionevolezza il più ampio orizzonte per esibire le sue doti persuasive. Quelle per cui la risposta a queste domande potrebbe essere che non sarebbe ... ragionevole pretendere più di quanto permettano le disponibilità del bilancio statale, più di quanto consentano i vincoli che incontra, esterni ed interni. Che questi vincoli comprimano diritti, ma solo quelli di recente generazione, che si caratterizzano per il loro contenuto sociale, e li riducano a mere aspettative di elargizioni quantificate dalle esigenze di bilancio, vincolato a sua volta dalla logica di un’economia che, per esempio, è elevata a supremo principio di un ordinamento come quello europeo, diverrebbe così .... ragionevole.

Ma c’è un altro aspetto inquietante della teoria giuridica dei valori. È nella sua pretesa a invocare una legittimazione della sua risoluzione in ragionevolezza. Pretesa riconosciuta impossibile “per la grande varietà delle sue possibili significazioni”.<sup>[103]</sup> Ciascuna delle quali corrisponde alla varietà dei criteri decisionali adeguati alle fattispecie reali (i casi) cui collegare il dato testuale del discorso normativo, pur se evaporato come valore al fine di far valere l’ideologia del giudice, versione giuridica della ideologia dominante. Che è tanto più incumbente quanto solo può essere il giudizio di costituzionalità di una legge, quanto mai rilevante, volta a volta, ai fini della determinazione concreta della forma di stato, disegnata e finalizzata in Costituzione, ma interpretata con la “ragionevolezza” che merita, secondo i valori graduati, misurati e pesati dal giudice costituzionale .

Non sono poche, quindi, le ragioni che inducono a ritenere non accettabile tale teoria, con tutte le conseguenze che ne derivano quanto a giudizio complessivo sulle tecniche argomentative usate dalla Corte costituzionali. <sup>[104]</sup>

25. Ma non sono le teorie, né le tecniche argomentative che generano il diritto<sup>[105]</sup>. Lo usano, lo manovrano, servono a curvare disposizioni, norme, istituti agli interessi che entrano in gioco nelle vicende umane di breve, di medio e di lungo periodo, ma non lo producono. A generare diritto sono i bisogni umani, quelli della specie, quelli dei singoli individui che la identificano. E questi sono scelti tra i tanti e variegati desideri per essere riconosciuti come diritti appunto perché riconducibili alle ragioni della specie e perché corrispondenti alle conquiste di civiltà storicamente raggiunte. Le parole che denominano i due denotati non sono appiccicate senza una ragione pregnante. Ne rivelano la fonte primigenia, indicano il da dove ed il perché il diritto è intervenuto nella storia umana.

Un giurista del secolo scorso, inquietante per moltissimi motivi, ma di altissimo livello culturale e di enorme vocazione euristica, Carl Schmitt, osservava che i sostantivi greci sono nomina actionis, indicano un fare “in quanto processo il cui contenuto è dato dal verbo”<sup>[106]</sup>. E nomos deriva da nemein e nemein “significa in primo luogo prendere/ conquistare”. Ebbene il prendere è esattamente il gesto, l’azione da compiere per soddisfare un bisogno, certamente quello di nutrirsi, di coprirsi, e non solo. E Schmitt continua comparando nemein a legein e rilevando che “così come la relazione linguistica dei termini greci legein–logos si traduce in tedesco nella relazione parlare–lingua (Sprechen–Sprache) la relazione linguistica dei termini greci nemein–nomos conduce in tedesco alla relazione prendere–appropriazione (Nehmen–Nahme)”. E ne deduce, correttamente, che “Nomos significa prima

di tutto appropriazione “[107].

Ma “significa, in secondo luogo, spartire/dividere (Teilen). Nota pure, Schmitt, che se il primo significato è da tempo stato abbandonato, in questo secondo significato non è mai stato dimenticato in quanto coincidente con la divisio primaeva e cita Hobbes del Leviathan (“la nutrizione di uno stato consiste nell’abbondanza e nella distribuzione delle materie che servono alla vita” [108]) dalla quale distribuzione deriva come conseguenza diritto, proprietà e giustizia come *suum quique tribuere*. Che in termini astratti corrisponderebbe al diritto ed alla proprietà, in concreto al “pollo che il contadino che vive sotto un buon re ha in tavola la domenica; il pezzo di terra che coltiva come sua proprietà; l’auto che attende oggi, fuori dalla porta, un operaio degli Stati Uniti” [109].

Ed, in terzo luogo, *nemein* significa invece coltivare/produrre (in tedesco: Weiden). Si tratta, nota Schmitt, del lavoro produttivo “che normalmente è fondato sulla base della proprietà” [110]. È da notare che “fondato sulla base della proprietà” e non sul diritto di proprietà sta a comprendere, e non potrebbe essere diversamente, il lavoro salariato, che anzi andrebbe valutato invece come lavoro produttivo per eccellenza, ma non c’era da aspettarselo da Schmitt. Che pure dopo aver affermato che la “giustizia commutativa dell’acquisto e dello scambio al mercato presuppone tanto la proprietà sorta grazie ad una primitiva divisione, la divisio primaeva, quanto una produzione ... “riconosce che il significato di tale *nomos* “acquista un mutevole contenuto dal tipo e dal modo di produzione e di elaborazione dei beni”. Ben distingue infatti la diversità della produzione di beni nei tempi di Abramo e di Lot, in quelli di Cincinnato, dell’economia artigianale, in quella industriale. [111]

26. È del tutto evidente, a questo punto, la constatazione che siamo in ogni caso in presenza di azioni, gesti, vicende, relazioni, che hanno a che fare con bisogni, con bisogni umani. Si prende, ci si appropria perché mossi da bisogni, si dividono, si distribuiscono beni, cose, per soddisfare bisogni umani di beni e di cose, si coltiva, si produce, si fabbricano, si creano beni, cose, per soddisfare bisogni umani. Sono i bisogni umani che determinano le azioni, i gesti, le vicende, le relazioni che identificano il *nomos*. Si può dire, quindi, che il *nomos* nasce dai bisogni umani. Sono essi a muovere il mondo degli umani, e lo muovono mediante azioni consapevoli degli umani, consapevoli dei bisogni, del modo di soddisfarli, delle forme che devono assumere le azioni per soddisfarle.

E siamo giunti così di fronte ad azioni, consapevoli, individuate, dirette, coordinate a fini. A loro volta determinati, esplicitati, qualificati. Come, da chi, in che modo?

Ce lo dice la parola *ius* che, molto probabilmente, deriva dal termine indogermanico *iou* che designa “l’idea dinamica di una condizione che non può conseguirsi se non mediante una azione” [112]. La condizione è, evidentemente, quella della giuridicità come qualificazione e legittimazione. L’azione, le azioni sono tutte quelle che ineriscono al giuridico, lo sostanziano. Collegano, d’altronde, i bisogni alle norme. Non si è detto sempre che la norma è e ha da essere regola di condotta, non si è detto sempre che il campo entro cui solo le norme giuridiche vigono e pretendono efficacia è quello dei comportamenti umani, tacendo in munere alieno, quello della morale?

27. Non va omissso che Schmitt non ha soltanto scoperto il significato di *nomos* nel suo triplice denotato. Ha anche rilevato che in ogni ordinamento il prendere, il dividere ed il produrre si sono posti come costanti anche se con modalità diverse e che, a loro volta, hanno posto di fronte ad ogni ordinamento, ad ogni dottrina giuridica, economica e sociale la domanda: “Dove e come si svolge qui, l’atto del prendere? Dove e come quello del dividere? Dove e come quello del produrre?” [113] Osserva giustamente che l’ordine di successione di prendere, dividere, produrre è decisivo ma che è storicamente condizionato. Pur citando le opposte ma collegate risposte che alla scelta delle priorità danno il liberalismo e il socialismo, non si pronunzia su di esse, notando che sia il liberalismo sia il socialismo, riferendosi alla questione sociale, in realtà tendono a risolverla in termini di giusta divisione e distribuzione e considera il socialismo soprattutto come dottrina della re-distribuzione [114].

Non è questa la sede per esprimere un giudizio o una propensione per una o l'altra delle teorie economico-sociali e politiche. È invece la sede per rapportare i tre significati del nomos ai due denotati apicali del diritto, al diritto soggettivo e/o al diritto oggettivo.

Appare indubbio che il prendere è manifestazione, esplicazione, rivelazione del significato soggettivo che il termine e il concetto di diritto comprende. Prende chi ha o pretende di avere il diritto soggettivo a prendere. Prendere è il diritto soggettivo a cose. Il che, ovviamente, non esaurisce certo il denotato complessivo del diritto soggettivo. Emblemizza uno dei significati del diritto soggettivo, anzi uno dei denotati del diritto soggettivo a cose, quel denotato che si esaurisce nel prendere, che è solo, com'è noto, uno dei possibili diritti reali (reali da res). Ma sottolineare la specie del genere diritto reale, cui va riferito il diritto a prendere, non può occultare neanche per un attimo che il nomos del prendere è quello dell'appropriazione, anche nella sola forma del possesso, quindi, ma soprattutto il nomos della proprietà, quella privata. Non comprende solo il prendere, l'appropriarsi dei frutti dell'albero, cui alludeva Locke [115] mistificando non poco l'appropriazione dell'albero e della terra su cui era cresciuto l'albero e da cui avrebbe colto i frutti chi della terra e dell'albero si era appropriato. Come è evidente, la questione dell'appropriazione non riguarda tanto i frutti, perché, qualunque possa essere il regime dei beni economici, non v'è dubbio che debba esserci un momento in cui i beni debbano entrare nella disponibilità dei singoli, la questione di fondo dell'appropriazione è stata e resta quella dei mezzi di produzione dei beni, dalla terra alle macchine, alle autostrade elettroniche. E in ordine a questa questione resta valido l'anatema di Rousseau nei confronti del primo uomo che "... avendo delimitato il terreno, osò dire: questo è mio..." [116]. A questo proposito, va anche considerato che l'appropriarsi di qualcosa suppone l'acquisizione di parte di un tutto non appropriato da alcuno, un tutto di tutti. Suppone cioè una violenza, una frattura, che riguarda non soltanto l'oggetto dell'atto di appropriazione ma la conseguenza che ne deriva per quanti da quella appropriazione restano esclusi, una frattura duplice, una violenza al bene comune ed alla comunità, separata dal bene appropriato da uno o più singoli e tra questi, i proprietari, e quanti non lo sono.

Se è vero, come si è supposto all'inizio di questa riflessione, che il giuridico riflette la condizione umana stretta tra le pulsioni insopprimibili degli individui della specie e le ragioni della specie, il nomos dell'appropriazione propende nettamente a favore delle pulsioni dei singoli.

28. Così come a favore delle pulsioni dei singoli risponde anche la divisio primaeva ed ogni divisio che non tenga conto del rapporto tra distribuzione e produzione. Si ripropone a questo riguardo la stessa vicenda della appropriazione. Anch'essa, la divisio, è violenza. Una violenza che si progetta, si compie, si consuma e senza esaurirsi si perpetua; per anni, per secoli? E quante altre violenze sollecita, prefigura, determina? Anche essa suppone il frazionamento di un insieme, e, anzi, l'apoteosi della trasformazione di un insieme in parti, frammenti, schegge. Anche essa separa da un bene un'aggregazione umana e la stessa aggregazione umana. Anche essa implica potere, quello del primo divisore, distributore, discriminatore. Implica il potere della perpetuazione della divisione. Qual è il *sum da tribuere quique*? Chi lo decise, chi lo decide e secondo quali criteri e per quanto tempo? Il cuique della divisio primaeva coincide con tutti i componenti dell'aggregazione umana? E dopo quella? Ed ora?

La distribuzione della ricchezza socialmente prodotta, attraverso le leggi finanziarie degli stati, a quali criteri risponde? E solo attraverso le leggi finanziarie tale ricchezza viene distribuita o altre leggi precedono quella finanziaria e legittimano il prelievo della ricchezza socialmente prodotta attraverso una divisio primaria? Non sono domande da poco. A porle è lo stesso nomos della divisione/distribuzione, un nomos che chiama in causa l'individuo della specie, e lo chiama come beneficiario di questo nomos, ma un beneficiario meno isolato, meno singolo. Un beneficiario che già chiama altri da sé.

29. Il nomos della produzione è il nomos risolutivo. Per più ragioni e di fondo. La produzione è attività

plurale. Non sono stati gli anacoreti a popolare la terra, il pastore solitario è sempre tornato a valle preferendo tosare il gregge ove può scambiare la lana, avviando il processo produttivo che la trasforma. La produzione è relazione, relazione umana, nel produrre e nel distribuire il prodotto. La caccia e poi l'agricoltura e poi l'industria, artigianale, manifatturiera, meccanica, elettronica, hanno implicato ed implicano attività plurime, diffuse, così il commercio. La produzione impegna gli individui della specie come singoli, ma singoli interrelati. È attività collettiva ed organizzata. L'appropriazione è concepibile come desiderio, interesse, gesto, atto, conquista di un singolo e come soddisfazione individuale, la divisione si risolve nell'interesse dell'individuo, anche pluralizzato. Tra i denotati dei due nomos c'è propinquità di matrice. La produzione, invece, per e nel soddisfare bisogni umani, quindi bisogni di singoli, li impegna collettivamente, li impegna insieme. Costruisce collettività e le riproduce, collettività inconsapevoli o consapevoli della loro posizione, è quindi produttiva di identità. E, nel soddisfare i bisogni dei singoli, soddisfa l'interesse della specie a conservare se stessa nei singoli, a conservarsi come specie, fornendo ai singoli i mezzi per mantenersi e per riprodursi. Non avendo, la specie, altra possibilità di esistere se non nell'esistenza dei singoli, non avendo i singoli altra possibilità di esistere che quella di garantire e di perpetuare la specie.

30. Ma dire produzione è lo stesso che dire lavoro, la più alta ed autentica espressione dell'umano, quella che ne segna e ne sostanzia i giorni e le opere. È lo stesso che dire organizzazione del lavoro, quindi determinazione dei modi attraverso cui si diventa proprietari di capitali produttivi, delle condizioni che permettono la creazione di collettività di salariati o di altri rapporti di subordinazione ai capitali produttivi, in sintesi, dell'ambiente giuridico, economico e sociale che promuove e realizza la produzione. Che è poi il fulcro per la soddisfazione oltre che per la creazione dei bisogni e del loro riconoscimento giuridico. Constatare il ruolo del nomos della produzione è perciò constatare la congiunzione del diritto soggettivo, come pulsione individuale incoercibile, alle ragioni imperiose delle specie incorporate nel diritto oggettivo. Ed è il lavoro umano, in ultima analisi, a congiungere diritto soggettivo e diritto oggettivo, a rivelare e a legittimare così la verità del diritto. A scoprirlo e a dichiararlo fondamento di un ordinamento giuridico, fu sessanta anni fa, la Costituzione della Repubblica, la nostra Costituzione.

31. Sono queste le riflessioni maturate dopo aver volto sul diritto soggettivo e sul diritto oggettivo uno sguardo, non fuggibile. Certo, dell'uno e dell'altro ho riferito soprattutto qualche tratto di storia. Ma il diritto è storia. È storia di quel che, da soli, in pochi, in molti, da tutti, si è potuto e voluto e di quel che si è dovuto. È storia di tante, immense oppressioni e anche di libertà, poche e di pochi, come possono essere quelle di un mondo di ineguali, insidiate sempre e sempre risorgenti. È storia di quel che il "dover essere" è stato. È storia umana. Così come è storia qualunque idea, se credibile, dell'umano. Il presente, infatti, è solo l'attimo in cui giriamo le spalle dal futuro al passato, e, così, iniziamo ad immaginarlo, a progettarlo questo futuro. Il che è "fare politica". Che per realizzarsi, per inverarsi nel vissuto umano, deve e non può che tradursi in diritto. Conformando la condizione umana. Perciò, facendo storia, nuova storia.

[1] Per indicarle G. W. F. Hegel usò l'espressione "quantità infinita delle singolarità" in *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (secondo titolo del libro noto in Italia come *Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. it di Messineo, Bari, 1954) § 189, *Annotazione*.

[2] Su queste due parole nel loro tanto complesso denotato singolo e accoppiato a quello di soggetto e di diritto rinvio in via generale al classico saggio di R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, ora in ID., *Scritti*, III, sez. Saggistica, Napoli, 1998, 1403 e ss.

[3] Il riferimento è a G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, 238 e ss..

[4] G. Guarino, *op. cit.* 243.

[5] G. Guarino, *op. cit.* 261.

[6] G. Guarino, *op. cit.* 254.

[7] G. Guarino, *op. cit.* 238 e *passim*.

[8] A. Baldassarre, *I diritti di libertà*, Terni, 1970, 79 e ss. usa questa formula per indicare i diritti soggettivi come concepiti dalla grande, e stalistica, dottrina classica tedesca.

[9] *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, tr. it. di M. G. Losano, Torino, 1966, 166 e s. che lo definiva “diritto politico” differenziandolo “dal diritto soggettivo in senso tecnico” che insisteva nel ritenerlo che “fosse solo quello privato perché fa valere l’inadempimento di un dovere giuridico esistente nei confronti del titolare del diritto”.

[10] *Op. cit.*, 167-168.

[11] Per questa corrente dottrinale, peraltro molto diffusa, cfr. nitidamente A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. Giuridica.*, spec. p. 9, ma già in *Diritti di libertà*, *cit. passim*.

[12] Per questa concezione mi permetto rinviare a G. Ferrara, ora in *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*. Milano, 2006, 242 e ss.

[13] L’espressione è di R. Orestano, *Azione*, 1. – *L’azione in generale*. a) Storia del problema, ora in *ID.*, *Scritti*, *cit.*, 1395.

[14] Per essere stato pubblicato nel primo numero della *Rassegna di Diritto pubblico* del 1948 il testo di *Potere giuridico e diritto soggettivo* non può che essere stato scritto nel 1948, come dimostrato anche dalla data di pubblicazione dell’estratto anticipato

[15] W. Cesarini Sforza, *Diritto soggettivo*, *Enc. Dir. ad vocem*, 660

[16] In via generale, sul potere, tra i tanti, rinvio specificamente a J. Gil, in *Enc. Einaudi*, 10, Torino, 1980, *ad vocem*, 996 e ss., e, per quanto attiene ad una certa visione delle basi del rapporto tra potere e diritto, G. Trentini, voce *Potere/autorità*, *ibidem*, 1041 e ss.

[17] *Die Phänomenologie des Geistes*, (tr. it. Di E. Negri) *Fenomenologia dello spirito*, 2, Firenze, 1960, 16.

[18] Per una più puntuale e argomentata descrizione delle vicende cfr. W. Cesarini Sforza, *Diritto soggettivo*, *cit.* 663.

[19] D.50. 16.195.2

[20] Così W. Cesarini Sforza, *op. cit.*, 664

[21] F. De Martino, *Storia della Costituzione romana*, Napoli, 1951-1975, vol. IV, e più di recente *ID.*, *Una rivoluzione mancata?* in *Labeo*, 1980, 90

- [22] V. Arangio Ruiz, *Storia del diritto romano*, 7°, 1957, 321.
- [23] Cfr. il passo celebre del *Defensor pacis*, in *Il difensore della pace*, I, c. XII, 3, tr. it. e cura di C. Vasoli, Torino, 1960.
- [24] *Breviloquium de principau tyrannico*, III, c. XIV, Stuttgart, 1944.
- [25] Cfr. *Notizie storiche in Le Carte dei diritti, (Dalla Magna Charta alla Carta di San Francisco)* a cura di F. Battaglia in *Classici del Liberalismo e del Socialismo*, 2a. ed., Firenze, 1946, 4.
- [26]. *Le Carte dei diritti*, cit.,15
- [27] *Le Carte*, cit., 12
- [28] Cfr. Isidoro di Siviglia, *Etimologie o Origini*, (a cura e con la dotta e accurata introduzione e le due note quella bibliografica e quella critica di A. V. Canale) v. 1 Libri I-XI e 2 XII-XX, Torino, 2004, 1, L. V, 398-407, 406-418.
- [29] *Elementa philosophica de cive*, I, 7-II; X,I
- [30] J. J. Rousseau, *Le Contrat social*, (con saggio introduttivo di R. Derathé, tr. it., di V. Gerratana) Id. *Il Contratto sociale*, Torino, 1975, 23.
- [31] Cfr l'annotazione al § 258 dei *Lineamenti*, 210 .
- [32] Cfr. Hegel, *Lineamenti*, cit. § 259 *passim*.
- [33] Marx, *Ideologia tedesca, Opere*, V, Roma, 29; Id. *Bisogno, Produzione e Divisione del lavoro*, in *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Torino, (1968) , 2ª ristampa, 1973, 127 e ss.
- [34] Cfr. G.F W. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit. Parte terza, *L'Eticità*, Sez. seconda, *La società civile*, A. *Il sistema dei bisogni*, §§ 189-208, 172-183.
- [35] Vanno, infatti, dal § 261 al § 313, i paragrafi dei *Lineamenti* cit. di Hegel criticati da Marx, in *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico, Opere giovanili*, (pref. e n. di Galvano della Volpe) IV ed. , Roma, 1971, 15-142
- [36] Ma accolta con favore da F. Bilancia, *Falsa percezione dei bisogni e vera tutela dei diritti* in (a cura di F. Rimoli e G. Salerno) *Conoscenza e potere*, Roma, 2006, 169, che la sentì esporre in una lezione che tenni all'Università di Roma "La Sapienza" il 18 maggio 2001 concludendo il mio insegnamento di diritto costituzionale.
- [37] Cfr. G. Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia Principi di giuspubblico universale*, (dalla tipografia di A. Curti, Venezia 1797 anno primo della Libertà italiana) ora 1985, Bologna, 5 e ss, spec. 7.
- [38] Marx, *Il Capitale*, I, Editori Riuniti, 1974, 204.
- [39] Marx, *Il Capitale*, III, cit., 231.
- [40] Cfr. M. Cini, *Il supermarket di Prometeo, La scienza nell'età dell'economia della conoscenza*, Torino, 2006, *passim*, spec. 240, 257 e ss., L. Gallino, *Tecnologia e democrazia, Conoscenze tecniche e scientifiche come beni pubblici*, Torino 2007, 8 e ss.

[41] Se ne è impadronito J. E. Stiglitz, *Knowledge As a Global Good*, in I. Kaul, I. Grunberg e M. A. S. Stern (a cura di) *Global Public Goods. International Cooperation in the 21st Century*, UNDP, New York, 1999, cit da L Gallino, *op. cit.* 233.

[42] F. Bilancia, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà*, Torino 2002, 148 e ss, *passim*.

[43] J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, Torino, 2002, *passim*.

[44] Cfr. J. Ziegler, *La privatizzazione del mondo*, Milano, 2003, *passim*.

[45] Cfr., *La Sacra Bibbia, tradotta dai Testi Originali con note a cura del Pontificio Istituto Biblico di Roma*, MCMLXII, 71 e s.

[46] In *Reine Rechtslehre*, tr. it. *La dottrina pura del dritto*, Torino, 1966, 225 e s.

[47] Cfr., *La Sacra Bibbia*, cit. 135-136.

[48] *ibidem*, 135, nt. 7.

[49] *ibidem.*, 136.

[50] Cfr. Sofocle *Antigone*, *Tragici greci, Eschilo e Sofocle*, (a c. e con s. di C. Diano, intr. di G. Pascucci) Firenze, 9°, 1, 1989, 185.

[51] Cfr il Prologo: *ibidem*, 178.

[52] *Ibidem*.

[53] *Ibidem*.

[54] *Ibidem*, 186.

[55] *Ibidem*, 192.

[56] *Ibidem*, 181.

[57] *Ibidem*, 189.

[58] *Ibidem*.

[59] *Estetica*, tr. it., Torino, 1967, 520 e ss.

[60] Sofocle, *Antigone*, cit., 191

[61] Ma v. M. Cacciari, *La parola che uccide*, in Sofocle, *Antigone*, (tr. di M. Cacciari) Torino, 2007, X, secondo cui Antigone, “non è il messaggero di un nuovo diritto e la sua parola è dismisura di ogni legge della città ...”.

[62] *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* (1831) tr. it. Firenze 1963, 110.

[63] Cfr. *Frammenti di studi storici* (titolo usato da K. Rosenkranz in Appendice alla sua *Georg Wilhelm Friedrich Hegel's Leben* (1844) ora in G. W. F. Hegel, *Il dominio della politica*, a cura di N. Merker,

Roma 1997, 112.

[64] Come rileva lo stesso G. W. F. , *Die Philosophie des Rechts: d. Mitschr. Wannemann* (Heidelberg 1817/18) tr. it. (a cura di P. Becchi) Id., *Lezioni di filosofia del diritto, secondo il manoscritto di Wannemann*, Napoli, 1993, § 167, 291.

[65] Cfr. quello che scrisse sulla “costituzione francese dell’anno terzo sotto Robespierre” notando che “ovviamente tanto meno giunse ad una qualche attuazione” ma definendola come democratica non soltanto perché “approvata da tutto il popolo” ma soprattutto perché in essa “era prescritto che ai singoli cittadini venissero sottoposte, affinché decidessero in merito, anche le leggi sugli affari dello stato” in *Ueber englische Reformbill*, (1831) tr. it. Id. *Il progetto inglese di riforma elettorale*, in *Il dominio della politica*, (a cura di N. Merker) Roma, 1997, 467- 468. Come se, nel 1831, intendesse rivedere e superare quanto aveva sostenuto ai §§ 273 e 279 dei *Lineamenti*, (1820) cit. sulla insufficienza di un fondamento che fosse soltanto una “semplice moltitudine atomistica di individui”, 239, e liquidando la “sovranità popolare” come “confusa concezione della quale sta a base la rozza rappresentazione di popolo ... la moltitudine informe, che non è più stato”, 245. Ma sui paragrafi da 270 in poi dei *Lineamenti*, cfr., comunque, K. Marx, *Kritik des Hegelschen Staatsrechts*, tr. it. Id., *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, in K. Marx, *Opere giovanili*, cit. (alla nota 35) *passim*, spec. 29 e ss.

[66] Cfr. Erodoto, *Istorie*, tr. di Sgroi, Napoli, 1947, III, 483 e ss.

[67] Così Plutarco, *La vita di Solone*, (a cura di Manfredini e L. Piccirillo) III ed. , Fond. L. Valla, Milano, 1990, 39-41

[68] Cfr. ‘Diritto’ *Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 219.

[69] R. Orestano, *ibidem*.

[70] *La Scienza nuova*, I, II, LIII, (intr. e note di P. Rossi) Milano, 2004, 199.

[71] *Ibidem*, VI, VII, 176.

[72] *Ibidem*, XI, XIII, CV, 178, 179, 180, 224.

[73] Cfr. N. Badaloni, *Sul vichiano diritto naturale delle genti*, Introduzione a G. Vico, *Opere giuridiche Il diritto universale*, Firenze, 1974, XV e s, spec. XLI.

[74] Come si è ritenuto e proposto *supra*, cfr. § 12.

[75] Cfr. G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, tr. it. Id., *La Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino*, (a cura di D. Nocilla) Milano, 2002, *passim*

[76] *Trattato sul governo*, (a cura di Formigoni) Roma, 1974, 54 e ss.

[77] *De jure naturae et gentium libri octo*, (1672) London , 1934, III, cap. II, 1, 224

[78] Cfr. *La dottrina del diritto naturale*, Milano, 1954, 9 e s.

[79] *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* Milano, 1965, 190 e ss.

[80] N. Bobbio, *op. cit.* 192

[81] Rinvio alle diffuse e puntuali argomentazioni di Bobbio, *op. cit.* 163 e ss.

[82] Un'ottima ricostruzione riassuntiva delle teorie e delle ideologie interne e coeve al positivismo giuridico è in U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002, 39 e ss.

[83] A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, (ed. critica dell'Ist. Gramsci, a cura di V. Gerratana) III, Torino, 1973, 2315, li avrebbe definiti "principi storicamente superiori"; ma quanto a creazione "di un nuovo tipo o livello di civiltà" cfr. di Gramsci *op cit.* II, 978 che attribuisce detta funzione allo stato, ma in quanto produttore del diritto.

[84] *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Napoli, 1948, 256

[85] J. Benda, *La trahison des clercs*, (1927), Paris, 2003

[86] Ad importarla nella teoria giuridica fu innanzitutto R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, 1927. Fu ripresa poi da P. Häberle, *Die Wesengehaltgarantie des Artikel 19 Abs.2 Grundgesetz*, Heidelberg 1983, 32, tr. it., Id., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Firenze, 1993, 62. In Italia il primo a recuperarla ma ... con emendamenti è stato A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.* 1991, 639 e ss., spec. 658 e, ponendola a fondamento della sua visione del diritto, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992. Ma si veda ora l'importante contributo ricostruttivo di A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica Problemi e ipotesi*, Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Roma «La Sapienza», Napoli, 2007.

[87] A. Baldassarre, *op. cit.* e, soprattutto, in *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *www. Costituzionalismo. it* 2007, spec. 17, 18 e ss. ove respinge non poche conseguenze discorsive di tale teoria.

[88] Aristotele, *Metafisica*, V, 1, 1012b 32-1013a 19.

[89] Ch. Wolf, *Ontologia*, § 866.

[90] Per una ricostruzione del modo in cui da un principio si possono dedurre insieme: un altro principio, nonché diritti, doveri, obblighi, degli individui e dello stato, cfr. F. Modugno, *Chiosa e chiusa. Un modello di bilanciamento dei valori* in *Giur. it.*, 1995, 645 e ss. che distingue lucidamente i principi dai valori, richiamandoli nell'incipit, senza però che nella ricostruzione esemplare che compie vi ricorra, dimostrandone implicitamente l'irrelevanza.

[91] Così riassumeva le diverse modulazioni della teoria dei valori A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei v. cit.*, 656 e s.

[92] Così: J. Habermas, *Recht und Moral. (Tanner Lectures)*, tr. dal manoscritto tedesco: Id. *Lezione prima: Come può la legittimità fondarsi con la legalità*, in *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 1992, 17.

[93] Come vorrebbe invece R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation* (1978) tr. it. Id., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998 *passim*.

[94] H. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, tr. it. Id., *Fatti e norme*, Milano, 1996, 130.

[95] *Ibidem*.

[96] Cfr. G. Ferrara, *La Costituzione*, cit. loc. cit.

[97] Il riferimento è a al "compromesso delle possibilità", alla politica costituzionale che non dovrebbe

essere “esecuzione della Costituzione, ma realizzazione” in uno “dei mutevoli equilibri”, (anche reversibili ?) , “all’integrazione aperta”, (quanto?, a che?) di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit. specie 9, 10, 47, 149, 160. Ma cfr. le meditate critiche a queste tesi di G. Azzariti, *La Costituzione e i suoi critici. Riflessioni sul diritto mite*, in *Diritto pubblico*, 1999, 173 e ss.

[98] Come vorrebbe R. Alexy, *La Ragionevolezza nel diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in AA. *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2000, 153

[99] R. Alexy, *Teoria*, cit., 205.

[100] Cfr. G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, Bari, 1999, 268.

[101] Il riferimento è a F. Modugno, *La Ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 42.

[102] Basta aver letto, almeno S. Holmes e C. R. Sunstein , *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes* (1999) tr. it. Id. Id., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

[103] Così F. Modugno, *La ragionevolezza*, cit. 82.

[104] Per una penetrante critica, integralmente condivisibile, a tale teoria, cfr. G. Azzariti, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione* in (a cura di A. Palazzo) *L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001.

[105] Lo insegnava G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, (1895) (tr. it. e a cura di D. Nocella) Id., *La dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino*, Milano, 2002, 75.

[106] Cfr. *Nehmen/Teilen/ Weiden. Ein Versuch, die Grundfragen jeder Social-und Wirtschaftsordnung vom NOMOS herrichtig zu stellen*, in «*Gemeinschaft und Politik. Zeitschrift für soziale und politische Gestaltung*» I, n.3, 18 e ss, tr. it. in Id. *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 297.

[107] Schmitt, *ibidem*.

[108] Cfr., tr. it. Id., *Leviatano*, Parte II, Cap. XXIV, 1, Bari, 1974, 217.

[109] Schmitt, *op. cit.* 297-298.

[110] *Op. cit.* 298

[111] *Ibidem*.

[112] Così P. De Francisci, *Primordia civitatis*, Milano, 1959, 388 e ss.

[113] Schmitt, *op. cit.*, 299

[114] *Ibidem*.

[115] *Trattato sul Governo*, tr. it. Roma, 1974, 72

[116] *Discorso sull’origine della disuguaglianza fra gli uomini*, tr. it., Milano, 1968, 54