

Capitolo Primo

La nozione di "diritto"

Il "diritto" è composto da norme giuridiche che disciplinano le relazioni interpersonali. A seconda dell'Autorità che le emana, esse hanno diversa efficacia e cogenza: comunque la loro caratteristica è data dalla sanzione che accompagna la loro violazione e la possibilità di realizzare coattivamente quanto in esse previsto, se i soggetti destinatari non si adeguano spontaneamente.

Anche la "norma" etica si rivolge ai soggetti, ma la sua violazione è sanzionata dalla riprovazione sociale; così come la "norma" religiosa, il cui mancato rispetto può determinare al massimo l'allontanamento dalla comunità di appartenenza.

Il diritto si distingue dall'etica e dalla religione, anche se ne è ovviamente influenzato.

1. La vita quotidiana ed il diritto

La vita dell'uomo è in tutti i suoi aspetti e ininterrottamente regolata dal "diritto". Anzi, non soltanto la singola esistenza, fisicamente considerata, ma anche tutto "l'ambiente" in cui si svolge siffatta esistenza è regolata dal diritto o comunque può essere, nei suoi vari eventi, qualificata in termini giuridici. È un'affermazione forte! Ma provate per un attimo a pensare a come si svolge una ordinaria giornata feriale. Alle sette suona la sveglia regalata (donazione) da mio figlio (nato nel o al di fuori del matrimonio); consumata la colazione preparata dalla mia convivente (moglie o convivente di fatto) prendo l'autobus

(contratto di trasporto) oppure l'auto di cui sono proprietario (contratto di vendita) o che utilizzo in *leasing*. Dopo aver tenuto la lezione all'Università (rapporto di lavoro subordinato), vado al circolo sportivo dove sono socio (contratto di associazione); lascio nello spogliatoio i vestiti (contratto di deposito) e vado a nuotare. Poi mi dirigo verso casa, parcheggio l'auto (contratto di parcheggio) e nell'attraversare la strada sono investito da un'auto. Niente di grave, ma cadendo si rompe l'orologio: sorge l'obbligo giuridico in capo all'investitore di risarcire il danno, cioè dovrà rimborsare il costo dell'orologio (responsabilità civile). Finalmente a casa, sono a tavola e mangio una torta. Quella torta è mia (diritto di proprietà) perché l'ho comprata (contratto di vendita) o mi è stata regalata (donazione); l'ho comprata in una pasticceria da una commessa (rapporto di lavoro subordinato) addetta alla vendita, mentre in cucina vi è il cuoco che ha acquistato (altri contratti di vendita) i vari ingredienti; la pasticceria fa capo ad un soggetto (imprenditore) che la gestisce in locali suoi (proprietà) o di altri (affitto), li ha arredati con mobili e frigoriferi (altri contratti d'acquisto se già pronti o d'opera se li ha commissionati in un certo modo, o di *leasing*); il pasticcere per svolgere il proprio lavoro deve poi stipulare altri contratti (di somministrazione) per avere acqua, energia elettrica, gas; egli deve attenersi a determinate prescrizioni (di ordine pubblicistico) igieniche e sanitarie, oltre che rispettare orari e turni (ordinanze comunali). Alla sera, terminato il lavoro, tornerà a casa (proprietà, locazione, usufrutto, ecc.), con la propria auto (proprietà, *leasing*, noleggio) o con l'autobus (contratto di trasporto), dove l'attende una moglie (matrimonio civile, religioso) o una compagna (convivenza di fatto) o un compagno (unione civile) e dai suoi figli (nati nel o fuori del matrimonio, adottivi).

E così via, potrei continuare e voi stessi quando avrete acquisito dimestichezza con la materia sarete in grado di assegnare a ciascun evento, atto, comportamento una determinata qualificazione giuridica. Nessun atto della nostra vita si sottrae ad una tale valutazione, anche quello che potremmo ritenere il più personale, come, ad esempio, donare un proprio organo o pro-

grammare che qualora in futuro ci si dovesse trovare in stato di incoscienza non si vuole sottostare a trattamenti terapeutici. Ancora più evidente è l'influenza che il diritto esercita sulla vita di relazione, se proviamo a pensare ai precetti di diritto penale che fissano i contorni ed i limiti dell'azione umana. Taluni di questi precetti costituiscono ormai una abitudine di comportamento, sicché la loro violazione rappresenta un'eccezione evidente alla sana e corretta convivenza sociale. "Non rubare", "non uccidere" sono precetti innanzitutto sociali (e talvolta religiosi), prima ancora che giuridici, unanimemente condivisi in qualunque società civile, sicché la loro violazione costringe il diritto ad intervenire per garantire la serena e pacifica convivenza. Altre espressioni della vita di relazione si manifestano in tutta una serie di "doveri" che ci coinvolgono o in prima persona o nell'interesse di altri. "Devo" mantenere pulita e in ordine la casa o la stanza in cui vivo, "devo" portare giù il cane almeno tre volte al giorno, "devo" passare a trovare i nonni che sono soli e non vedo da troppo tempo, "devo" comprare il regalo per il compleanno di mio padre, "devo" pagare la bolletta della luce, "devo" andare a messa la domenica, "devo" aiutare il mio prossimo. Ma qui penso vi rendiate conto immediatamente che non tutti questi "doveri" sono "giuridici", lo avvertite, ma non siete in grado di individuare quale sia il criterio identificativo e distintivo. Non solo, ma anche tra quelle "regole" che appaiono manifestamente provenire da autorità che sono in grado di imporle, si rileva che esiste una gerarchia, anche se non siete in grado di valutarne la portata: la norma comunitaria, statale, regionale, comunale, un accordo, la sentenza del giudice, ecc.

2. *Ubi societas ibi ius, ubi ius ibi societas*

Rendiamoci allora innanzitutto conto di una cosa: "il diritto", e vedremo tra breve cosa deve intendersi tecnicamente per "diritto", è una sorta di lente che trasforma dal punto di vista giuridico la realtà sociale che ci circonda, l'"immagine" della nostra "vita".

Perciò il diritto non è “astrazione”, tutt’altro. Il diritto, infatti, incide sulla vita di relazione, ne pone i limiti, ne individua le priorità, ne struttura il contenuto, soprattutto coordina e riconosce gli interessi individuali.

Le ideologie, i pensieri, gli amori, gli affetti, gli odi, la violenza sono manifestazioni della vita quotidiana che, riguardate con la lente del diritto, assumono una diversa e ulteriore rilevanza e vedremo che vengono peculiarmente “classificate” e valutate.

Far politica, tifare allo stadio, promettere di sposarsi, schiaffeggiare qualcuno o, peggio ancora, uccidere, sono tutti comportamenti umani che il diritto a sua volta valuta e regola secondo propri principi finalizzati a rendere corretta e rispettosa la convivenza sociale. E la risposta del “diritto” a tali comportamenti non è sempre la stessa. Ad esempio, di fronte all’uccisione di una persona, il “diritto” chiama il giudice a valutare se il fatto che ha provocato la morte sia stato volontario, non cosciente, per difendere se stessi o altri, accidentale, necessitato: le sanzioni saranno diversamente graduate o addirittura potranno mancare. Inoltre, ogni scelta “politica” deve assumere una veste giuridica affinché possa trovare applicazione: la legge, il decreto, ecc. La “manovra economica” del Governo in carica non rimane un tema di dibattito televisivo ma va ad incidere sul patrimonio di noi cittadini quando trova attuazione attraverso un provvedimento giuridicamente rilevante! E così la normativa sulle pensioni o sul l’assistenza sanitaria.

Ecco perché si suole dire che “*ubi societas ibi ius*” e “*ubi ius ibi societas*”.

La “società” intesa come intreccio di relazioni sociali, come convivenza tra persone fisiche, presuppone e impone “regole” di comportamento; crea regole ed è costruita su regole; è “organizzazione” (di regole) e crea “organizzazione” (la “società”) con le regole.

Fin d’ora dobbiamo essere consapevoli che il territorio entro il quale si svolge la nostra vita di relazioni (e sul quale, dunque, incide la regolamentazione giuridica) non è più circoscritto all’ambito familiare o a quello più ampio lavorativo, a quello cittadino, regionale o nazionale, ma ormai si estende a livello

europeo (nei confini dell'Unione europea) e per una sempre maggiore quantità di relazioni e di rapporti a livello universale attraverso Internet. Nell'era della "globalizzazione", dunque, il principale problema sociale (e quindi giuridico) diviene quello della ricerca di regole che possano essere unanimemente condivise, in cui possa rispecchiarsi la più parte delle persone. E perciò si pensa alla Costituzione europea (vedi il successivo § 13) come ad un insieme di principi, regole e valori in cui tutti i cittadini dell'Unione dovrebbero riconoscersi e che tutti dovrebbero condividere. Ma nello stesso tempo si pensi ad Internet, "luogo" di socializzazione che mal si presta ad essere regolamentato, su cui, spesse volte, l'intervento del diritto non è in grado di sortire alcun effetto, di ottenere alcun risultato. L'assenza di limiti territoriali e temporali per chi "viaggia" su Internet, la costruzione di rapporti sociali diretti ma opportunamente delimitati a ciò che si vuol far sapere di se stessi, la possibilità di svelarsi a uno o più soggetti ma anche di preservare l'anonimato (si pensi a "facebook"), la possibilità di esprimere il proprio pensiero in piena e illimitata libertà (si pensi a "twitter") e così via, ha creato una "realtà virtuale" ma nello stesso tempo estremamente "vera". Si pensi alla possibilità di acquistare farmaci su Internet senza alcuna prescrizione medica, ma anche senza controlli né garanzie (mentre senza la prescrizione medica la farmacia non mi vende i medicinali!); si pensi alla semplicità con cui si può violare la *privacy* altrui (filmo con il cellulare una scena che poi "mando" su Internet) e soprattutto con cui si può infangare la reputazione altrui, senza che si possa tempestivamente intervenire per rimuovere la pubblicazione illecitamente diffusa e senza che si possa talvolta neanche risalire all'autore. In tal caso, ripeto, è preoccupante l'impotenza del diritto a farsi valere, a ripristinare un corretto ordine socio giuridico, perché la tecnica informatica sfugge a controlli diretti ed immediati. Sicché la consapevolezza della difficoltà non solo a controllare il fenomeno ma soprattutto a delimitarne l'ambito operativo, pone il problema di se il divieto assoluto, giuridicamente imposto e penalmente sanzionato, di utilizzare Internet (come talvolta avviene nelle dittature ancora esistenti)

oppure solo in determinate forme e secondo determinate modalità (come ha talvolta fatto anche il nostro Governo), possa ancora ritenersi contrario al principio di libertà d'espressione. Insomma ci si chiede quale atteggiamento debba assumere lo Stato se non è in grado di assicurare la "sicurezza informatica" ai propri cittadini.

Si pensi, ad esempio, al "diritto all'oblio", cioè al diritto che dovrebbe essere assicurato a ciascuno di noi che un evento della nostra vita ormai passato e privo di interesse rimanga invece attuale per ragioni tecniche: sono arrestato e l'evento assume un rilievo mediatico importante, la mia foto con le manette ai polsi è pubblicata in prima pagina. Chiunque clicchi su Google il mio nome vede innanzitutto apparire quella foto e l'articolo di commento al primo posto nell'indice della pagina. Dopo qualche mese viene acclarata la mia completa innocenza, ma quella notizia rimane! Che posso fare? L'editore e il *provider* possono rifiutarsi di rimuovere quella notizia affermando che la sua pubblicazione è espressione del diritto di cronaca perché documenta un fatto realmente accaduto? Posso io ribattere che però quella notizia non rispecchia la mia effettiva "identità" (vedremo che il diritto all'"identità personale", cioè ad essere considerato per quel che sono, è un diritto della personalità) perché io non sono e non sono mai stato un delinquente? Ebbene la Corte di Cassazione in una importante sentenza del 2012 (la numero 5525) ha affermato che l'editore è obbligato a far sì, con adeguati accorgimenti tecnici, che la permanenza in internet di quella notizia sia accompagnata da una contestuale segnalazione che la "rettifichi" aggiornandola con l'informazione della piena assoluzione. Ecco, il giudice ha temperato perfettamente i contrapposti interessi, soprattutto tenendo conto del contesto informatico in cui sono fatti valere. La giurisprudenza si è conformata a tale orientamento che, peraltro, rispecchia anche le decisioni della Corte di Giustizia europea. Certo, sarebbe auspicabile un intervento legislativo, al fine di dare piena e più forte tutela!

3. Le regole sociali

Ma non dobbiamo pensare che la nostra vita di relazione si svolga sempre con la coscienza e consapevolezza di rispettare regole giuridiche. Non tutte le regole di convivenza e di comportamento assumono anche giuridica rilevanza; per essere tali devono rivestire una determinata "forma" e avere un peculiare "contenuto". Della diversa natura e grado di imperatività che le "regole" possono avere, a seconda se abbiano o meno il carattere della giuridicità, e, quindi, nel contempo, delle diverse conseguenze che possano derivare dalla loro inosservanza, ce ne accorgiamo da soli, nella vita quotidiana, senza bisogno di essere già dei giuristi esperti.

Invito a cena a casa un amico che all'ultimo momento mi avverte che non può più venire; sono cattolico, ma non vado a messa la domenica; nella mia casa ascolto la musica a tutto volume e i vicini protestano; la mia pigrizia è tale che non lavo quasi mai i denti ed uso poco la doccia; la mamma si raccomanda ogni volta che esco "non correre con la macchina", ma io vado di fretta e sfreccio a ottanta all'ora nelle vie cittadine; sono titolare di una agenzia immobiliare e do ad un amico che ha un negozio di arredamento l'elenco dei miei clienti in modo che possa contattarli per l'eventuale acquisto di mobili; rifiuto di dare soldi a chi me li chiede al semaforo; ho bisogno di danaro e vendo il mio rene.

Le precedenti esemplificazioni, assieme a quelle prima fatte in termini di "doveri", manifestano che la vita quotidiana si svolge secondo regole, non sempre e necessariamente giuridiche, che coinvolgono tutti i soggetti che compongono la *societas*. Il mantenere ordinata la casa o la mia stanza obbedisce ad una esigenza di rispetto nei confronti degli altri che convivono con me in quella casa; il portare giù il cane è un dovere determinato dalle esigenze fisiologiche dell'animale; la visita fatta ogni tanto ai nonni è determinata dall'affetto e anche dalla loro aspettativa di volermi vedere; il regalo al genitore vuole essere il segnale dell'affetto che provo nei suoi confronti; il pagamento della bolletta della luce compensa il servizio che mi viene reso;

l'andare a messa è manifestazione di appartenenza ad una comunità religiosa. Anche questi "doveri", dunque, si caratterizzano ora dal punto di vista familiare, ora sociale, ora religioso.

4. La disobbedienza alla regola sociale

Pur senza avere ancora dimestichezza con il diritto, sentiamo che le regole sociali, religiose, familiari, sanitarie diano indicate non hanno tutte una identica rilevanza e lo stesso peso. Cerchiamo di capire insieme perché.

All'amico che all'ultimo momento declina l'invito non posso certo mandare il conto della spesa che ho affrontato, posso solo arrabbiarmi e al più rompere l'amicizia. Né posso certo pretendere che il negoziante si riprenda quello che ho acquistato e mi restituisca i soldi. Se non vado a messa la domenica, nessuno può costringermi a farlo: potrò essere rimproverato dal parroco, essere allontanato e nei casi più gravi escluso dalla comunità religiosa. Se ascolto a tutto volume la musica, non sono giustificato perché lo faccio a casa mia. In tal caso, la regola di convivenza sociale assume anche una rilevanza giuridica, tant'è che rischio che i vicini esasperati chiamino la polizia. Se non lavo i denti e non curo in genere la pulizia del corpo, la regola sanitaria rimane circoscritta alla mia persona perché, oltre al fastidio, non arrecò danni a terzi – diversamente sarebbe se avessi una malattia contagiosa e me ne andassi tranquillamente a spasso –, certamente rischio l'isolamento per difficoltà di "relazioni" sociali (!). La disobbedienza alla raccomandazione della madre di non correre con l'auto può essere punita con sanzioni "private" di mera rilevanza interna (riduzione della paghetta settimanale, "sequestro" delle chiavi della macchina, ecc.) ma anche trovare una spiacevole conferma nella multa (magari accompagnata da foto e sottrazione di punti dalla patente!) notificatami, al cui pagamento non potrò sottrarmi, se voglio evitare che aumenti l'ammontare con gli interessi per il ritardato pagamento o che addirittura vengano aggrediti dalla famigerata Equitalia i beni del proprietario dell'auto. Subissato

da pubblicità di mobili per arredamento a me indirizzata, posso scegliere se cestinarla o chiedere, ai sensi della legge sulla *privacy* (il decreto legislativo n. 196 del 2003), che non mi venga più inviata, oltre al risarcimento dei danni (se riuscirò a provare di averne subito) a chi, senza il mio consenso, ha trasmesso a terzi o diffuso il mio nominativo e indirizzo personale. La regola (religiosa e morale) della carità e di aiutare il prossimo non può costringermi a fare l'elemosina a chi la chiede al semaforo: nell'ambito della società familiare, però, il diritto impone specifici obblighi di mantenimento e di assistenza tra parenti. Ciò non significa che sono giuridicamente obbligato ad andare a visitare i nonni o a fare il regalo a mio padre, ma la legge prevede specifici obblighi di solidarietà nell'ambito della famiglia, per cui in caso di indigenza di taluni membri sono individuati i soggetti obbligati ad apprestare gli alimenti. Benché il rene sia mio e la privazione fisica non pregiudica altri soggetti, il diritto non riconosce una tale libertà. Gli atti di disposizione del proprio corpo sono disciplinati dal codice civile (art. 5) e da leggi speciali (il curatore del codice civile vi riporta in nota all'art. 5 le varie leggi sui trapianti di organi) e comunque gli organi non possono essere oggetto di vendita perché ciò ripugna alla coscienza sociale (si dice che sono contrari al buon costume e all'ordine pubblico), al più possono essere oggetto di donazione secondo le regole fissate nella legislazione speciale.

5. La sanzione giuridica

In definitiva, la regola sociale o religiosa non è qualificabile come giuridicamente rilevante perché la "sanzione" che consegue al mancato adeguamento è anch'essa esclusivamente di carattere sociale o religiosa: la disapprovazione, l'allontanamento dalla comunità religiosa, il rimorso. La "sanzione" della disobbedienza alla regola "giuridica", invece, consente di soddisfare il proprio interesse o costringendo ad un determinato comportamento (cancellare il mio nominativo dall'indirizzario) e/o, quan-

do ciò sia provato, con il risarcimento dei danni sofferti. Non posso essere costretto a lavare i denti, né essere tenuto a pagare un risarcimento per il fastidio che la vicinanza fisica comporta. Non posso essere costretto ad andare a messa o a fare l'elemosina. Non sono costretto ad obbedire a mia madre che mi dice di rispettare i limiti di velocità con l'auto, ma la mia disobbedienza assume rilevanza giuridica in presenza della norma che pone precisi limiti di velocità nei centri urbani, costringendomi a pagare la multa, se mi viene comminata.

Talvolta, poi, la regola sociale o religiosa coincide con quella giuridica. "Non uccidere" è un precetto in linea generale condiviso a livello "giuridico", "sociale" e "religioso", anche se può essere considerato e trattato differentemente nei diversi ambiti. La violazione di questa regola non sempre è sanzionata né a livello giuridico (ad esempio, non lo è se chi uccide lo ha fatto in stato di legittima difesa, cioè per opporsi ad una aggressione di pari intensità e gravità) né a livello religioso (ad esempio, in alcune religioni uccidere l'"infedele" in nome del proprio Dio è approvato) né talvolta consegue la disapprovazione a livello sociale (l'omicidio di un pedofilo, che pure verrà punito a livello giuridico, non troverà presumibilmente la disapprovazione sociale). Se nonostante il divieto vendo il rene che viene trapiantato nel corpo di un altro soggetto, la sanzione sarà oltre che penale, civile, nel senso che il contratto sarà nullo e colui che ha pagato potrà chiedere la restituzione di quanto corrisposto.

6. Gli "ordinamenti" e l'ordinamento giuridico

Allora possiamo pervenire ad una prima conclusione: l'insieme di regole volte a disciplinare le relazioni umane nel rispetto di determinati principi si definisce "ordinamento"; a seconda che dette regole abbiano rilievo nella sfera religiosa, sociale, morale o giuridica, l'ordinamento si caratterizzerà con la rispettiva aggettivazione. L'ordinamento giuridico si distingue rispetto agli altri perché le regole sono munite di una sanzione

che consente la soddisfazione – coattiva, se del caso – dell’interesse tutelato. Tutto ciò – e lo vedremo meglio tra un po’ – in una sorta di astratta e asettica regolamentazione dei rapporti interpersonali, che, però, proprio perché incide su detti rapporti, assume nel contempo concretezza e “vitalità”. L’esemplificazione di scene della vita quotidiana fatta nelle pagine iniziali e la loro lettura in chiave giuridica manifestano appieno la natura pratica del diritto e la sua completezza. Anzi, solo il “diritto” riesce a dare risposta ed a regolamentare la più elementare delle esigenze umane, cioè quella di delimitare l’ambito delle rispettive libertà, di disciplinare e dirimere i problemi nascenti dalla loro interferenza e dal loro possibile conflitto.

Ed è proprio l’esigenza di dover assolvere ad un siffatto compito di composizione delle liti che vieta al magistrato di denegare giustizia, che gli impone di doversi sempre pronunciare, anche quando – lo vedremo tra un po’ – non esiste una precisa disposizione di legge da applicare al caso concreto sottoposto al suo esame. Verranno allora in soccorso del giudice i cosiddetti “principi generali”, cioè quelle direttive e principi informativi dell’intero sistema giuridico, ai quali sono conformate le stesse norme legislative specifiche ed ai quali pertanto necessariamente si richiameranno le pronunce dei giudici. Anzi, i principi generali del diritto non soltanto assolvono al compito di colmare le lacune della legge e quindi di offrire sempre al giudice lo strumento per decidere, ma fungono anche, in qualche modo, da collante dell’ordinamento, consentendo di creare un organismo logico unitario ed omogeneo, un vero “sistema” appunto.

7. Diritto, religione ed etica

A questo punto, dovrebbe essere chiara la distinzione tra l’ordinamento giuridico e quello religioso: il primo finalizzato alla regolamentazione della società civile, delle relazioni interpersonali, è costituito da norme che, munite di sanzione, trovano coattivamente applicazione qualora il destinatario non le

rispetti; l'ordinamento religioso, invece, è costituito da norme che regolano i rapporti all'interno della comunità, la cui violazione, però, non ne determina l'applicazione coattiva, ma al massimo l'allontanamento dalla comunità stessa. Ovviamente, salvo i casi, come in Iran, in cui esiste una perfetta coincidenza tra la norma giuridica e quella religiosa, sicché i due ordinamenti vengono ad identificarsi, non può ritenersi comunque che il diritto, seppure autonomo, sia del tutto immune da influenze religiose. Lo riconosce in qualche modo l'ordinamento giuridico italiano quando afferma il primato del matrimonio concordatario cattolico. D'altro canto è di quotidiana evidenza il costante interessamento della Chiesa cattolica nel nostro Paese quando si devono giuridicamente disciplinare aspetti della vita di impatto anche religioso. Ad esempio, è stato così in occasione della legge sul divorzio (legge 1° dicembre 1970, n. 898) in quanto attenta al principio cattolico dell'indissolubilità del matrimonio; in occasione della legge sull'aborto (legge 22 maggio 1978, n. 194) perché incide sul principio cattolico di intangibilità della vita umana sin dal momento della fecondazione; in occasione della legge sulla procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40) ottenendo, tra l'altro, che fosse previsto il divieto della cosiddetta procreazione eterologa (divieto rimosso con sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014); infine, con la legge sulle unioni civili e le convivenze di fatto (legge 20 maggio 2016, n. 76) che ha finalmente tolto ogni discriminazione di carattere sessuale ma in aperto contrasto con la comunità cattolica più intransigente. E siffatta influenza della religione cattolica nel nostro Paese è inevitabile, sia per la presenza dello Stato Vaticano sul nostro territorio, sia per lo stretto legame che la Chiesa cattolica ha sempre avuto con importanti partiti della nostra politica (si pensi alla Democrazia cristiana) e quindi il primato che ancora continua ad esercitare. Ma, ripeto, pur nella inevitabile influenza esercitata sulla produzione legislativa e quindi sull'assetto della nostra società civile, i due ordinamenti rimangono comunque distinti.

Più complessa si presenta la riflessione sui rapporti tra il diritto e l'etica, intendendo con tale ultima espressione l'in-

sieme di quelle norme di condotta approvate dall'individuo nella propria coscienza ed alle quali egli si conforma nella vita sociale perché le avverte come principi morali di universale accettazione. In qualche modo, l'esempio fatto prima a proposito della vendita del rene richiama siffatta problematica. Ci si chiede allora quale sia il rapporto tra il diritto e l'etica, se il primo "debba" avere un fondamento etico o se abbia, in quanto tale, un fondamento etico. Sul punto sarebbe estremamente presuntuoso ergersi a portatori di una verità oggettiva o comunque di universale condivisione. A me sembra che l'etica e il diritto siano su due piani distinti e in quanto tali non possano né identificarsi né l'una costituire il fondamento dell'altro. In definitiva, il *quid proprium* del diritto si risolve nel complesso di regole giuridicamente rilevanti che disciplinano le relazioni sociali a vari livelli, a prescindere da come e da chi quelle regole siano state costruite, a prescindere anche dal consenso o meno sociale (in un regime democratico o dittatoriale, repubblicano o monarchico, ecc.). L'etica, invece, se non vuole ridursi ad una mera esercitazione retorica, deve indicare taluni "valori" dal respiro universale e generalmente accettati. Il diritto si preoccupa di organizzare la società con regole che ne garantiscano il funzionamento, l'etica offre principi che tutelano la "persona" nella sua dignità ed onore individuali. Al più l'etica può permettersi di "valutare" il diritto, può denunciarne l'"ingiustizia", l'aberrazione, l'immoralità, ma non può certo limitarne o impedirne l'applicazione. Ciò non significa, ovviamente, che etica e diritto, soprattutto in un paese democratico, prevalentemente non coincidano.

La discriminazione razziale nel Sud Africa o negli Stati Uniti era disciplinata per legge; le persecuzioni razziali nella Germania nazista e nell'Italia fascista erano previste da leggi dello Stato; la disparità tra uomo e donna era evidente in norme del nostro codice civile e penale che prevedevano rispettivamente la patria potestà o il reato di adulterio solo se commesso dalla donna! Se la sacralità della vita è un valore che si ritiene innanzitutto etico e poi anche religioso, è difficile spiegarsi la sopravvivenza della pena di morte in alcuni Stati degli Stati Uniti

d'America. La liceità giuridica, insomma, non coincide necessariamente con l'etica e difatti talvolta ci troviamo a disapprovare o per lo meno a non condividere sul piano morale talune sentenze che nell'applicare la legge ci appaiono "ingiuste": ad esempio, la condanna per un modesto furto fatto per fame. E d'altro canto ne è un evidente esempio tutta la tormentata discussione nel periodo del Governo "tecnico" presieduto da Monti sulla norma sui licenziamenti per ragioni economiche, in cui si contrapponeva la fredda norma ispirata a principi economici e l'esigenza etica, ugualmente avvertita, di rispetto della "dignità" del lavoratore.

In un tale contesto assumono particolare rilievo quelle norme del progetto di Costituzione europea che insistono sulla rilevanza dei valori del rispetto della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà quali principi fondanti l'Unione europea stessa, quasi a voler sottolineare che per taluni "valori" si devono superare le divisioni culturali, religiose, sociali e quindi giuridiche. E così assume preminente rilevanza la nostra Costituzione che nell'art. 2 prevede che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali" e nell'art. 3 che "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali".

Alla professione di siffatti principi solidaristici a livello di Unione europea e nazionale si oppone però la cruda realtà di taluni Paesi dell'Unione che costruiscono muri fisici e ideologici contro il fenomeno dell'immigrazione; oppure, in Italia le iniziative di alcuni partiti politici, di alcune amministrazioni comunali di chiaro valore xenofobo.

E che dire degli attuali dibattiti sul "diritto a morire", sull'eutanasia, sull'inizio e sulla fine della vita? Tematiche forti alle quali il diritto dovrebbe accostarsi con soggezione e rispetto perché toccano quanto di più individuale possa esserci e che, invece, diventa talvolta terreno di mero e demagogico scontro politico.

8. La "laicità" del diritto e la sua autonomia dall'etica

Il diritto si identifica, dunque, con la regola giuridica astrattamente intesa, con il precetto munito della sanzione, senza alcuna "aggettivazione" né "colorazione". Ma se ci fermassimo ad una tale affermazione, peccheremmo di approssimazione, daremmo un quadro distorto della realtà effettiva, avremmo definito solo un "profilo" della complessa figura del diritto.

Il diritto, infatti, in quanto calato nella realtà sociale, in quanto "norma organizzativa" (*ubi ius ibi societas, ubi societas ibi ius*) risulta necessariamente "contaminata" dalle varie e diverse manifestazioni della vita sociale; per il fatto che il diritto è "creato" da uomini (il Parlamento, il Governo, ecc.) e "applicato" da uomini (i giudici) su uomini (le persone fisiche e gli enti che comunque sono costituiti e gestiti da uomini), necessariamente risente della loro formazione morale, culturale e religiosa.

Il diritto vive, dunque, una sorta di contraddizione interna: da un lato si proclama autonomo e esente da suggestioni etiche, morali e religiose, dall'altro di per sé la norma giuridica è lo specchio, il risultato di un certo orientamento, di una certa ideologia etica o religiosa avvertita in quel particolare momento storico dalla classe politica al potere.

Va dato atto che la Costituzione pone a fondamento della nostra società civile taluni principi che formano il contenuto sostanziale e immodificabile del diritto italiano, determinandone in qualche modo l'autonomia, affermando che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali" (art. 2), che "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali di fronte alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (art. 3),

che “lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. (art. 7). Sono principi che limitano anche la discrezionalità del legislatore ordinario, perché la loro modifica – mi riferisco in particolare ai primi due articoli – inciderebbe sulla stessa idea di democrazia, di convivenza sociale democratica. Quindi il diritto italiano trova nella nostra Costituzione quel baluardo contro gli interventi del legislatore ordinario confliggenti con i principi di uguaglianza, di non discriminazione, di solidarietà sociale, di tutela della libertà e della dignità di ogni soggetto. In sostanza la Costituzione viene a fissare un contenuto minimo essenziale a cui l’ordinamento giuridico deve conformarsi, dei paletti insuperabili entro i quali può muoversi il legislatore ordinario. Ma oggi tutto ciò è in discussione: la dignità sociale, l’eguaglianza tra cittadini e il principio di non discriminazione di fronte al problema degli immigrati; la libertà di informazione (non intesa solo come giornalismo) sui poteri che ci governano; la libertà di comunicazione con riguardo all’utilizzo dei dati concernenti telefonate, sms, ecc.; l’indipendenza ed autonomia della magistratura (“I giudici sono soggetti soltanto alla legge”, art. 101 Cost.) non viene più considerato un principio intoccabile! Sicché si discute se sia costituzionalmente legittimo un provvedimento legislativo che regoli la permanenza nel nostro Paese di particolari etnie, o provvedimenti che su base locale consentano l’esercizio di un determinato culto religioso solo in luoghi ed orari specificamente indicati dall’autorità amministrativa locale. È in discussione il contenuto della Costituzione italiana non solo per svecchiarla in alcune parti ma anche per ripensarne alcuni principi e valori, ritenuti fino ad oggi intoccabili perché fondativi della democrazia. È un tema molto delicato che dovrebbe coinvolgere l’intera comunità sociale e non solo il Governo del momento! È un tema che nuovamente pone in evidenza l’incisività sul contesto sociale della norma giuridica come “ordinatrice” ed “organizzatrice” della vita dei cittadini in una società civile.

Il diritto e l’etica si pongono su due piani astrattamente distinti. Il primo si configura come lo strumento di incidenza sul-

la società civile del potere politico imperante in un determinato momento storico, e come tale costituisce il "servo" fedele e acritico della maggioranza parlamentare; l'etica, invece, incide sulle coscienze individuali, non obbliga, non vincola, non si impone, ma nello stesso tempo non è soggetta neanche alle regole del diritto. Le leggi razziali, la legge che consente l'applicazione della pena di morte, la legge che prevede l'infibulazione troveranno, in quanto tali, in quanto leggi dello Stato, piena applicazione, ma certo non si sottrarranno al giudizio di contrarietà all'etica, laddove il loro contenuto costituisce quantomeno un evidente oltraggio alla dignità della persona, se non un discutibile modo di regolare le relazioni interpersonali. E, d'altro canto, la circostanza – come vedremo – che la stessa legge vieta quei comportamenti contrari al "buon costume" non significa né si risolve in un fiducioso affidarsi del legislatore alla regolamentazione secondo principi etici, perché comunque, anche in quel caso, l'intervento del giudice deve essere rispettoso del (e non mai svincolato dal) complesso delle norme giuridiche vigenti. La separazione tra etica e diritto e l'assoluta indifferenza dell'una nei confronti dell'altro permane anche quando la linea di demarcazione tra i due piani sembrerebbe in qualche modo spostarsi nel tempo. E così non è inusuale ai giorni nostri interpretare e giustificare taluni interventi normativi innovativi rispetto alla precedente regolamentazione giuridica come il segno di una modificata valutazione "etica" del fenomeno. Non soltanto (anche se soprattutto) in campo penale, ma anche in campo civile taluni provvedimenti legislativi sono stati ritenuti ispirati ad una "nuova" etica dei costumi, degli affari, ad un "nuovo" modo di giudicare sul piano etico i comportamenti umani.

Non condivido una tale valutazione. L'affermazione della diversa regolamentazione obbedisce soltanto ad un mutato orientamento politico, talvolta fortemente ideologicamente indirizzato, ma sicuramente specchio della volontà delle forze politiche in quel momento storico maggioritarie.

Ed allora la conclusione è che il diritto non si "fonda" sull'etica, ma sulla politica e costituisce la tecnica di attuazione

delle scelte assunte dalle forze politiche in carica, senza alcuna necessaria caratterizzazione e giustificazione etica per legittimarsi. L'etica sintetizza quei valori che guidano l'agire umano, rendendo ciascun individuo una "persona", ispirati soprattutto a principi di dignità individuale e solidarietà sociale che – come la storia ci insegna – potranno o meno coincidere con il diritto ma che comunque il diritto, anche se potrà eventualmente contrastare e violare, non potrà mai distruggere. Se leggete i primi articoli della nostra Costituzione, quel continuo insistere sul valore della "dignità della persona" è sicuramente un forte segnale che il Costituente vuole che la società sia comunque costruita attorno a forti principi etici, socialmente rilevanti!

9. Diritto, politica e assetto sociale democratico

Il diritto quale specchio della società su cui incide è comunque influenzato dalla storia e dall'educazione del popolo, dalla politica, dal contesto socio-religioso-culturale che caratterizza una determinata società. Le leggi in Italia sono fatte dal Parlamento che è manifestazione dell'ideologia "politica" – assumendo tale termine in un senso ampio e generale – imperante in quel momento; in Parlamento siedono persone democraticamente votate per rappresentare specifiche istanze culturali, sociali e religiose, per attuare un programma di strutturazione della vita sociale ed economica del Paese secondo determinati orientamenti. Per la realizzazione di siffatte istanze, del programma, ci si affida al diritto che, quindi, in tal modo consente anche di conformare la società secondo un determinato modello culturale, sociale, economico, religioso. Pensiamo alle riforme che in ogni settore della società sono state attuate in questi ultimi anni, dalla vigilanza sul credito alla procreazione medicalmente assistita, dall'insegnamento scolastico ed universitario alla disciplina pensionistica, dalla riforma della giustizia a quella fiscale, dalla unificazione dello *status* di figlio alle unioni civili e alle convivenze di fatto. Ci si chiede di fronte a tanto fervore di iniziative legislative se poi fossero davvero necessari

tutti questi interventi, se davvero il nostro Paese avesse bisogno di modifiche così penetranti e radicali. Ci si chiede soprattutto se non fosse possibile intervenire tecnicamente in maniera diversa, tenendo conto che la legislazione "fascista" ha resistito fino ai giorni nostri per la bravura del legislatore (si pensi al codice civile che nella sua struttura base è ancora vigente dal 1942) che ha utilizzato formule generali e generiche in grado di adattarsi ai cambiamenti della società civile. Ed una tale domanda si arricchisce di ulteriori considerazioni, laddove l'alternanza al governo della nazione porta anche a rivedere sostanzialmente normative appena emanate e introdotte dal precedente Governo!

Ecco allora un primo importante rilievo critico – sul quale ci soffermeremo anche in seguito – che affido alla vostra valutazione e sensibilità di destinatari finali della norma giuridica. Quale modello di legislatore deve privilegiare una democrazia per essere davvero tale? Un legislatore che persegua pervicacemente il proprio disegno politico dandovi attuazione nel più breve tempo possibile oppure un legislatore che non profitti della propria forza politica ma asseconi una evoluzione e sviluppo socio-economico graduale e, per quanto possibile, omogeneo e il più largamente condiviso? L'interrogativo si è posto anche in occasione della legge sull'immunità penale per le più alte cariche dello Stato e per quella sul c.d. "legittimo impedimento". E ci si chiede ancora se sia preferibile una legislazione analitica che disciplini anche i più minuti aspetti della vita sociale, oppure una normativa meno invasiva e che operi soprattutto per principi generali, lasciando poi al giudice il compito di "regolamentare" specificamente le situazioni concrete. L'interrogativo si è posto, ad esempio, sulle problematiche etiche che suscita un eventuale intervento legislativo in tema di testamento biologico.

A questo punto si può intuire quale sia la funzione del diritto, cioè – per usare un'espressione di Rodotà – quella di "addomesticare" la società, di prestarsi quale strumento della politica o meglio, nel nostro sistema costituzionale, della maggioranza governativa che, appunto, esercitando il potere normativo a livello legislativo ed amministrativo, struttura e modella la

società civile. Il nostro sistema giuridico di democrazia parlamentare, fondato sulla Costituzione, ritrova in questa legge fondamentale il proprio baluardo e le proprie garanzie di sopravvivenza. Infatti, per poter modificare la Costituzione si deve seguire un iter parlamentare più complesso di quello ordinario e si ha bisogno anche di una maggioranza parlamentare peculiarmente qualificata. Inoltre, vedremo che ogni legge ordinaria deve rispettare i principi contenuti nella Costituzione, altrimenti – sempre seguendo un determinato procedimento – si può sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma incriminata per espungerla dal nostro sistema. Infine, mi pare importante sottolineare che si ritiene, a mio parere giustamente, che taluni principi della Costituzione non possano essere modificati per legge, quelli su cui si fonda, ad esempio, il nostro regime democratico: solo una “rivoluzione”, infatti, potrebbe sovvertire l’ordine democratico che trova nella Costituzione il suo fondamento.

In definitiva, ecco ancora perché al diritto non può darsi una connotazione etica né tanto meno religiosa, ecco perché al più potranno rilevarsi influenze etiche (e lo si è visto nel precedente paragrafo a proposito della Costituzione) o religiose in alcune norme giuridiche, ma ciò non potrà mai condurre a ritenere che il nostro ordinamento giuridico abbia dei fondamenti etici o religiosi immutabili: il diritto è soltanto lo strumento di cui si avvale la politica per realizzare i propri programmi. In effetti, se un Governo realizza con la propria maggioranza parlamentare una determinata riforma di carattere sociale e poi il Governo successivo, di colore politico opposto, la modifica determinando un risultato del tutto diverso, come si può dare una valutazione etica all’una o all’altra, ritenendola apprezzabile o meno? Evidentemente, così come la politica anche il diritto non presenta una caratterizzazione etica universalmente condivisa né è richiesta affinché il diritto abbia efficacia e possa trovare applicazione nella regolamentazione della società civile. Si è già detto, però, come possa risultare pericoloso, o quanto meno si deve affrontare con la dovuta attenzione e coinvolgendo l’intera comunità sociale, la messa in discus-