

# Che cosa è il diritto?

Un particolare insieme di regole di organizzazione della convivenza umana. Questa non è però una definizione, ma un modo di delimitare la domanda iniziale. La **convivenza umana** è infatti qualcosa che varia storicamente, e quindi così delimitiamo la domanda, nel senso che non possiamo dare una definizione di diritto buona per tutti i tempi e tutti i luoghi.

# «Particolare insieme di regole di organizzazione della convivenza umana»

Se escludiamo di poter dare una definizione di diritto buona per tutti i tempi e i luoghi, facciamo dipendere la risposta dal tempo e dal luogo in cui si pone la domanda. Che così diventa: «che cosa è il diritto per noi?». Ma chi siamo noi? Potremmo dire «coloro che studiano le istituzioni di diritto pubblico». Ma in questa fase preliminare, per «noi» dobbiamo intendere tutti coloro compresi in un'aggregazione molto più vasta della stessa popolazione italiana: tutte le società comprese nell'area della «civiltà occidentale». Per esse il diritto è da tempo un insieme di regole distinte, e perciò «particolare», dalle regole della natura e dalle regole della morale o della religione.

La distinzione legge in senso giuridico/legge naturale/legge morale o religiosa si verifica solo in alcune civiltà e non in altre, ed è prodotta dalla storia. La distinzione reato/peccato, che per noi è scontata, non è presente ovunque (Sharia). Inoltre, è il prodotto di un processo di differenziazione che comincia a Roma antica e viene poi ripreso da grandi giuristi italiani

# Regole naturali e regole giuridiche

«Il corso di un fiume va dalla sorgente verso il mare», oppure «Gli animali che stanno nel mare sono pesci». Sono leggi naturali, che dipendono dall'osservazione che certi fenomeni ricorrono regolarmente. Possono esserci eccezioni (nel mare possono esserci anche mammiferi), che però «confermano la regola». A nessuno verrebbe però in mente di dire che la regola che nel mare ci sono i pesci è «trasgredita» dalla regola che ci possono essere anche i mammiferi. Invece quando apprendiamo che un giudice ha accertato che X ha commesso un omicidio o un furto, reati sanzionati dal codice penale, diciamo che quella regola giuridica è stata «trasgredita» o «violata».

# Hans Kelsen

«L'ordine di un bandito di consegnare una certa somma ha lo stesso senso soggettivo dell'ordine di un funzionario delle imposte e significa precisamente che l'individuo cui è rivolto il comando deve consegnare una certa somma. Ma solo l'ordine del funzionario (e non l'ordine del bandito) ha il senso di una norma valida e vincolante il destinatario; solo il primo (e non l'altro) è un atto con cui si pone una norma: l'atto del funzionario delle imposte è infatti autorizzato da una legge tributaria, mentre l'atto del bandito non riposa su alcuna norma autorizzatrice del genere»

# Ancora su regole naturali e giuridiche: essere e dover essere

L'ordine del bandito è qualcosa che sta nella sfera dell'essere, non del dover essere come l'ordine del funzionario autorizzato da una previa norma giuridica, che è la sfera specifica del diritto. La sfera del dover essere è dunque distinta dalla sfera dell'essere: l'una ha a che vedere con un comportamento umano che deve essere, l'altra con un comportamento umano che è.

Le due sfere sono però anche collegate: il comportamento umano che deve essere conforme a una norma può anche non esserlo, può cioè trasgredire la norma stessa. Proprio la sempre possibile trasgressione della norma che collega le due sfere, apre un campo di possibilità fra l'una e l'altra.

# A cosa serve la distinzione fra essere e dover essere?

Dire che proprio la sempre possibile trasgressione delle norme collega essere e dover essere non cancella ma conferma la distinzione. Cosa diversa è dire, per restare all'ordine del bandito (rapina) che gli uomini normalmente non si rapinano fra loro. Questa osservazione sta completamente nel campo dell'essere, è una regolarità, non una regola, che però ci aiuta a capire a cosa serve il diritto come insieme particolare di regole di organizzazione della convivenza umana.

# Herbert H.Hart

«Gli uomini non sono demoni dominati dal desiderio di sterminarsi a vicenda...Ma se gli uomini non sono demoni, non sono nemmeno angeli: e il fatto che gli uomini siano una via di mezzo tra questi due estremi è qualcosa che rende *un sistema di reciproche astensioni* tanto necessario quanto possibile...Così come stanno le cose, l'altruismo umano ha un'estensione limitata ed è discontinuo, e le tendenze all'aggressione sono sufficientemente frequenti per essere fatali alla vita sociale se non vengono controllate». Il diritto come «sistema di reciproche astensioni» è una primissima definizione di 'diritto' che può dar conto del suo contenuto e della sua funzione.

# Regole giuridiche e regole della morale o della religione

A differenza della distinzione del diritto dalle leggi naturali, le regole della morale o della religione hanno in comune col diritto il fondarsi su un dover essere. Si tratta però di un dover essere di tipo diverso da quello giuridico. Tre esempi tratti dimostrano come regole giuridiche e regole della morale o della religione, pur potendo accostarsi progressivamente le une alle altre, continuano a restare distinte.

# A) Distinzione totale

I Comandamenti «Ama il prossimo tuo come te stesso», «Non desiderare la roba d'altri» o «Non desiderare la donna d'altri» non possono tradursi in regole giuridiche, perché fanno esclusivo riferimento all'interiorità di ciascuno, mancando in esse quella dimensione di azione esterna senza la quale una regola giuridica è impossibile. Regole giuridiche del genere semplicemente non esistono, non sono previste mai. Questo perché, secondo la nostra concezione del diritto, la sfera della coscienza individuale va separata dalle azioni esterne, le sole che contano per il diritto: anche quando la sfera interiore è considerata dal diritto (per es. per valutare se un incidente d'auto è stato commesso con dolo), questa presa in considerazione serve a valutare l'azione esterna.

# B) Distinzione parziale: contenuto+sanzione

I Comandamenti «Non rubare» e «Non uccidere» si presentano invece a prima vista (a parte l'interpretazione evangelica) come divieti di comportamenti a rilevanza esclusivamente esterna. Chi ruba o uccide produce un comportamento vietato tanto dai Comandamenti quanto dal codice penale. Ma se prendiamo l'art. 624 cod.pen.(«Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da lire 60.000 a un milione»), ci accorgiamo che 1) il furto è vietato; 2) che il comportamento qualificato come furto, o «fattispecie giuridica», è molto più preciso dell'atto generico del rubare; 3) che l'atto concreto di X, se corrisponde alla fattispecie furto, è punita con una sanzione destinata anch'essa a prodursi all'esterno. Se 1) è comune al VII Comandamento, 2) non lo è, perché se la legge dicesse «ruba» invece di «si impossessa...» lascerebbe al potere pubblico un campo vastissimo e pericoloso di discrezionalità. 3) nemmeno lo è, perché il peccato, per quanti ovviamente credono, comporta sì una sanzione, che però rimane nella sfera interiore, a differenza di quanto prevede il codice penale.

# 3) Distinzione solo per gli effetti della inosservanza

«La dignità umana è intangibile» (art. 1 della Costituzione tedesca) coincide in prima approssimazione col contenuto di importanti e diffuse teorie morali e di quasi tutte le religioni. Questa proposizione normativa enuncia un principio, che a differenza di una regola non si riferisce a fattispecie (v. pure art. 13 Cost.it.). Da questo punto di vista, abbiamo una ulteriore affinità con le regole (anzi i principi) della morale e della religione (non solo 1) ma anche 2) della slide precedente). E i principi sono una componente decisiva del diritto, soprattutto del diritto costituzionale.

Tuttavia a differenza dei principi morali e religiosi, quelli enunciati in testi giuridici hanno bisogno di regole e istituti per farsi valere: grazie ad essi, la inosservanza dei principi non è mai priva di effetti giuridici. Infatti l'art. 1 Cost. tedesca così prosegue: «Rispettarla e difenderla è dovere di ogni potere dello Stato». La legge che viola la dignità è passibile di dichiarazione di incostituzionalità, così come sono annullati o sanzionati gli atti di altri poteri che la violino.

# Dalla norma all'ordinamento giuridico

Distinguere la singola norma giuridica come norma di condotta dalle regole naturali e da quelle morali o religiose è utile solo in prima battuta per comprendere il diritto quale «insieme di regole di organizzazione della convivenza». Intanto queste norme di condotta sono numerose (tanto più quando le società cui si riferiscono sono complesse): che cosa fa sì che non siano un ammasso informe, e può quindi dare loro senso? Per il loro contenuto, i principi posti o desumibili dalle Costituzioni, quindi di qualcosa di diverso da tutte le singole norme di condotta. Non solo. C'è anche bisogno di sapere:

- a) Come si formano queste regole, quale procedimento comune a tutte le caratterizza (norme sulla produzione normativa)
- b) Chi è autorizzato a irrogare la sanzione (se si tratta di legge penale il giudice), chi, una volta emessa la sentenza, la eseguirà (l'amministrazione), e da dove giudice e amministrazione traggono i loro poteri (legge, quindi Parlamento). C'è bisogno di un'organizzazione, che come per a) è comune a tutte le regole di condotta.

# L'ordinamento giuridico e i suoi elementi

Quanto detto ci consente di tradurre la prima considerazione del diritto come particolare insieme di regole di organizzazione della convivenza nella nozione di ordinamento giuridico, caratterizzato dai tre elementi della normazione, dell'organizzazione e della plurisoggettività.

# L'ordinamento giuridico e la pluralità degli ordinamenti

Nel secolo scorso, lo Stato fu a lungo considerato il solo ordinamento giuridico, in quanto depositario della sovranità. I suoi elementi costitutivi erano il territorio, i sudditi e il potere di governo. Lo stesso diritto internazionale era una specie di diritto pubblico esterno.

Già Santi Romano aveva però contestato questo punto di vista, introducendo la prospettiva della pluralità degli ordinamenti (statale, internazionale, delle Chiese).

Oggi questa prospettiva vale a maggior ragione, visto il maggior numero di aggregati umani che presentano le caratteristiche proprie degli ordinamenti (dall'Unione europea agli ordinamenti sportivi).

