

III

L'ONNIPOTENZA DELLA LEGGE

Per storicizzare il positivismo giuridico occorre seguire il filo che si dipana per millenni collegando in modi diversi potere e diritto, il sovrano e la legge, il popolo e lo Stato. Tolstoj, in *Guerra e Pace*, racconta come lo zar Alessandro si rifiutasse di ringraziare un ufficiale, eccependo: la legge è al di sopra di me. Livio mette in bocca agli aristocratici congiurati per la restaurazione della monarchia dei Tarquini questo argomento: il re è una persona (*regem hominem esse*) da cui puoi sapere quando occorre che prevalga il diritto o il suo contrario; la legge invece non ha orecchie né cuore (*leges rem surdam, inexorabilem esse*), più buona e più utile per il povero che per il potente, se appena tu eccedi, non ha indulgenza né perdoni, è pericoloso, infinite essendo le probabilità di errare, vivere di sola innocenza (*periculosum esse, in tot humanis erroribus, sola innocentia vivere*).

Nella seduta dell'11 luglio 1789 degli Stati generali di Francia convocati da Luigi XVI e autoproclamatisi assemblea nazionale [Costituente], il marchese di Lafayette legge il suo progetto-mozione che si apre con "La natura ha fatto gli uomini liberi ed uguali" e in dieci punti stende il più compiuto manifesto di una costituzione liberale. Subito dopo di lui prende la parola il conte di Lally-Tollendal, che pur dichiarandosi concorde con la mozione, finisce col convincere l'Assemblea a non deliberare. Il suo convincimento è che si risalga pure al diritto naturale, ma poi si deve ridiscendere al diritto positivo, che in Francia si ricollega alla forma di governo della monarchia.

Qui sta la differenza tra la rivoluzione liberale americana e la francese. Dice Tollendal: "vi prego di riflettere ancora su quanto enorme sia la differenza, tra un popolo nascente che si annuncia all'universo, un popolo coloniale che rompe i legami con un governo lontano, ed un popolo antico, immenso, uno dei primi al mondo, che da millequattrocento anni si è data una forma di governo, che da ottocento anni obbedisce alla stessa dinastia, che è affezionato a questo potere, da quando non era temperato da altro che i costumi che idolatrerà allorché sarà regolato dalla leggi".

Ancora la lunga durata storica sembra prevalere su astratte valutazioni giusnaturalistiche e razionalistiche.

Nel mondo occidentale storia e natura si inseguono di età in età rivendicando funzioni di modello dell'esistente.

Quando, tra il 29 e il 27 a.C., Livio comincia a scrivere la storia di Roma evoca le gesta del più gran popolo del mondo (*rerum gestarum memoriae principis terrarum populi*), “evento di grandiosa immensità che risale a oltre settecento anni addietro e che, sorto da modesti inizi, tanto si accrebbe che già ormai è oppresso dalla propria grandezza”.

Ma quando si immagina questo attore, la prima rappresentazione nel mondo antico è quella della forma giuridica. Nel *De republica* ciceroniano, Scipione l'Africano definisce lo Stato identificandolo nel popolo (*res publica res populi*) e il popolo non è una qualsiasi aggregazione di individui, ma una società organizzata sul fondamento condiviso del diritto e della comune utilità (*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*) [Cic., *De rep.* I, XXV].

La seconda rappresentazione è quella, almeno come i Romani affermavano di se stessi, della genesi collettiva e storica delle istituzioni della comunità. Ancora Scipione, dopo aver elencato leggi e istituzioni di Creta, Sparta, Atene dovute a figure di singoli legislatori, insegna: “la nostra costituzione, invece, non è sorta per opera di un solo uomo e di una sola generazione, ma nel corso di parecchie età e per virtù di molti uomini. Diceva infatti Catone che non vi fu mai ingegno tanto alto a cui nulla potesse sfuggire, e che neppure tanti ingegni riuniti insieme, senza l'esperienza che deriva dal trascorrere del tempo, potrebbero in un solo momento storico provvedere tutto e a tutto provvedere” (Cic. *De rep.* II.1).

Da una forma dello Stato e da istituzioni giuridiche che si debbono alla durata storica si trae il dogma che una costituzione è fatta per essere eterna (*debet enim constituta sic esse civitas, ut aeterna sit* [Cic. *De rep.* VIII]).

Quanto al diritto, mille e quattrocento anni li avrebbe contati Giustiniano, da Romolo a lui, per essere raccolto nel *sanctissimum templum iustitiae*, che fu la grande compilazione, e che ha conservato quel prodotto storico in una seconda vita, che è ancora la nostra. (*Deo auctore* 1 e 5).

Il lungo filo della legittimazione della storia per lo Stato e per il diritto si spezza nell'art. 28 dell'atto costituzionale francese del 24 giugno 1793: “un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la sua costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future”.

Questa giustificazione, che più liberale e rivoluzionaria non si potrebbe formulare, dal momento che è sollecita dei venturi, e che sposta la prospettiva usuale presente-passato a quella proletica presente-futuro, apre paradossalmente la strada alla onnipotenza della legge, nelle codificazioni

nazionali. Va subito detto che è nel culmine del processo di formazione dello Stato-nazione che la legge, come comando del legislatore statale che ha sovranità sul territorio e sulla popolazione della nazione, diventa la fonte suprema del diritto. Fino ad allora tra diritto e legge correva una relazione tra genere e specie, tra maggiore e minore. Da allora questa relazione si è invertita. Siamo tuttavia su una nuova frontiera. Lo Stato nazionale sperimenta integrazioni sovranazionali, cessioni di sovranità a organismi internazionali e da ultimo fughe di prerogative e di compiti verso organizzazioni private, e in ogni caso non politiche nel senso costituzionale del termine, indotte dai processi di globalizzazione. In una tale sfrangiatura del già compatto organismo dello Stato nazionale, il positivismo giuridico fondato sul primato della norma legale statale è privo della sua positività.

E tuttavia non è solo il venir meno del ritaglio geopolitico e culturale dello Stato nazionale sulla mappa del mondo a far cadere il postulato dell'assolutezza del comando del legislatore statale. Le carte costituzionali rigide hanno sottoposto il legislatore al giudice delle leggi. E le Corti sovranazionali giudicano come Corti costituzionali. Sono anch'esse sovranordinate al legislatore nazionale. E la legge non esige più incondizionata obbedienza quando non sia provata la sua ragionevolezza e la conformità a costituzione. E questa d'altra parte solo riduttivamente può apparire come legge superiore o fondamentale dal momento che i suoi contenuti sono contesto di valori etici, politici, culturali, con buona pace dell'avalutatività ed estraneità e neutralità della legge e del diritto rispetto alla morale e alla politica, predicati ma non praticati nella stagione del positivismo.

C'è ben altro. È, quella che altrove ho chiamato la rivoluzione dei diritti, a chiudere il tempo dell'assolutezza della legge statale. I diritti umani sono preesistenti allo Stato. Lo Stato può e anzi deve soltanto riconoscerli e proteggerli. Nella loro portata universale rappresentano il genere umano oltre la nazionalità e l'appartenenza ad un potere territoriale. E i diritti umani hanno un fondamento non nella lunga durata storica, perché non coincidono con la vicenda temporale di quelle longeve organizzazioni di comunità politiche che sono gli Stati. Sono anzi predicati della dignità degli individui umani, dotati di volontà e di coscienza, in quanto viventi della specie umana. Il loro sviluppo è nel futuro, in quanto la dignità umana si svolgerà in situazioni incognite nella storia avvenire.

Se proprio si voglia ravvisare un paradigma prodromico dei diritti umani si guardi alla relazione tra diritti individuali e legge nel sistema costituzionale nord-americano. Ai diritti individuali, per i giudici americani, si devono conformare il governo e le leggi. Non viceversa.

Ma nell'avanzata, e anzi nella progrediente e sorprendente evoluzione dei diritti umani, non della legge soltanto ma del diritto dovremmo forse mutare le rappresentazioni che ci vengono dal passato. Il diritto e l'etica stanno diventando nel gergo dei nuovi saperi biodiritto e bioetica. Forse vogliamo dire che la controfaccia loro non è più la società, né lo Stato, ma la vita, capogrossianamente nell'analisi della esperienza comune.