

in Bene, Male, Libertà, "Seconda Navigazione. Annuario di Filosofia 1999", Mondadori, Milano 1999.

Francesco Viola

## La lotta del diritto contro i mali della società

### *I termini del problema*

Si può considerare come uno dei fini principali del diritto la lotta contro i mali della società per bonificare la vita comune?

Sembra che una risposta affermativa s'imponga, oggi più che nel passato, a causa del regime del pluralismo. Nel passato v'era una morale positiva comune, che dava solidità e certezza alla vita collettiva e aiutava a individuare le minacce incombenti sulla compagine sociale. Ora non resta altro che rivolgersi al diritto come all'unico strumento di comunicazione e di decisione riconosciuto da famiglie culturali e spirituali molto eterogenee fra loro. In un contesto segnato dal principio democratico e dal costituzionalismo il diritto ha il vantaggio di poter assicurare quell'effettività che è necessaria alla convivenza sociale e quell'uguaglianza che costituisce la richiesta pressante in una società di diversi. Esso diventa, pertanto, il surrogato della morale positiva comune e si trova a dover affrontare istanze e richieste del tutto nuove rispetto alla storia giuridica del passato.<sup>1</sup>

Questo nuovo compito, di cui oggi il diritto è gravato in quanto linguaggio dell'interazione sociale, lo trova però del tutto impreparato. La difficoltà maggiore proviene dalla costruzione dell'idea moderna di diritto e, segnatamente, dal ruolo centrale che in essa gioca la tesi della netta separazione dalla morale. Lo stato di diritto non fa dipendere la validità delle sue leggi dal loro contenuto, ma soltanto dalla loro derivazione formale. Una legge giuridica valida non per questo è giusta. Si tratta di una garanzia fondamentale per la certezza del diritto e per la sua neutralità. Se, tuttavia, consideriamo il diritto uno strumento per bonificare la società, elimi-

nando da essa tutto ciò che inquina la convivenza civile, allora lo graviamo di giudizi di valore sul bene e sul male sociale, e ciò è in contraddizione con la tesi della separazione.

Inoltre, bisogna constatare che la legge giuridica va progressivamente perdendo la sua tradizionale funzione pedagogica o educativa. Questa è stata seriamente compromessa dal regime democratico, secondo il quale la legge è il risultato della volontà della maggioranza. Si tratta soltanto di un metodo per arrivare a una decisione in assenza di unanimità. Non è detto che i più, per il solo fatto di essere in numero maggiore, abbiano la ragione dalla loro parte. Se la democrazia è intesa puramente e semplicemente come un metodo formale senza alcun riferimento a valori sostanziali, allora la legge giuridica deve rinunciare del tutto a una giustificazione in termini di verità e, quindi, anche a ogni pretesa di migliorare la società. Di conseguenza, il diritto dovrebbe essere concepito come il «notaio dell'esistente», cioè dell'opinione e del costume prevalenti e sempre mutevoli. Basti qui notare come spesso suoni un beffardo eufemismo la cosiddetta funzione rieducativa della pena. Rispetto a cosa «rieducare» se lo Stato rinuncia a dire ciò che è bene e ciò che è male?

In realtà, nonostante questi propositi, lo Stato non riesce a fare a meno di formulare giudizi di valore. È lo stesso regime del pluralismo a esigerlo. Esso chiede allo Stato e ai pubblici poteri di proteggerlo e di garantirlo, rintuzzando tutti i tentativi di misconoscimento delle differenze. Ciò presuppone che il pluralismo sia una cosa buona e un bene sociale da tutelare. Uno Stato pluralista non è per questo meno ideologico di uno Stato confessionale. Si profila, pertanto, un male sociale dominante a cui il diritto deve far fronte, cioè l'oppressione e l'emarginazione delle differenze. Basta rendersi conto dell'importanza di questo compito per capire perché la nostra domanda ha assunto oggi una rinnovata attualità.

Lo Stato liberale ottocentesco poteva coltivare l'idea che i mali sociali da combattere riguardassero tutti la sfera pubblica. Per esempio, la lotta alla corruzione e alla criminalità è sempre stata considerata come rivolta contro fenomeni che impediscono l'ordine pubblico, entro cui i cittadini possono condurre liberamente e pacificamente la loro vita privata. Ma il male sociale che concerne il misconoscimento delle identità e

delle differenze riguarda spesso direttamente la vita privata, che viene in tal modo alla ribalta del discorso pubblico.

L'ideale di uno Stato inflessibile nei confronti dell'ordine pubblico e neutrale nei confronti della vita privata non è concretamente praticabile quando vi sono sempre maggiori interazioni tra pubblico e privato. Nella sfera pubblica si dibattono sempre più spesso questioni private, come quelle della procreazione e della fecondazione, e, molto più che in passato, in una società massificata i vizi privati possono assumere la dimensione di vizi pubblici e produrre seri danni agli altri consociati. Infatti tra i mali sociali più pericolosi annoveriamo oggi il fumo, l'alcol e la droga, che in origine sono vizi privati.

Per tutte queste ragioni il senso della nostra domanda è soggetto a un'ulteriore complicazione. Non si tratta soltanto di sapere se uno dei fini principali del diritto sia quello di combattere il male sociale, ma anche se ogni forma di male sociale possa e debba essere affrontata dal diritto.

Prima di discutere il tema dell'atteggiamento del diritto nei confronti del male sociale, sarà necessario chiarire cosa s'intende per «male sociale».

#### *Il concetto di «male sociale»*

Un male può essere definito «sociale» per la sua origine, la sua struttura o i suoi effetti. Un esempio di male qualificato come sociale per la sua origine è la disuguaglianza delle classi sociali, che deriva dalla configurazione della vita associata. Un esempio di male che è sociale per la sua struttura è, com'è evidente, la criminalità organizzata. Tuttavia credo che in ogni caso il carattere sociale del male venga alla luce in ragione del suo impatto sulla vita associata. Con l'espressione «mali sociali» di solito si vogliono sottolineare gli effetti devastanti di particolari fenomeni sul tessuto sociale. Un male è sociale in quanto danneggia direttamente e nel suo complesso la convivenza civile.

Certo, esso colpisce sempre individui concreti e in gran numero. Tuttavia non è tanto rilevante l'aspetto quantitativo di per sé, ma solo nella misura in cui è un indice della pericolosità nei confronti delle coordinate generali della vita comune.

---

Questo concetto di «male sociale» non è accettato da tutti, perché presuppone che la vita in società sia un bene da proteggere anche contro il bene particolare di singoli individui. Esso prefigura la possibilità di un conflitto tra il bene comune e quello privato e già implica come tale contrasto debba essere risolto. Si può certamente dire che nella lotta contro il male sociale si protegge il bene personale della maggioranza dei cittadini e la necessità della vita comune, esigenza, quest'ultima, anche di coloro che la mettono in pericolo. Ma resta il fatto che è impossibile definire qualcosa come un male per la società nel suo complesso se non si ha un'idea di quale sia il bene di questa. E ciò, a sua volta, costituisce in certo qual modo la società come entità a sé stante, con beni e fini propri.

Una concezione liberale, che intende la società come coesistenza delle libertà individuali, cercherà di ridurre al minimo la sfera del male sociale politicamente rilevante. Si tratterà di quelle situazioni in cui l'esercizio della libertà degli uni impedisce un'eguale libertà negli altri. Al di là di queste condizioni, che tuttavia non sono poche, la determinazione sociale del male è considerata dal liberalismo, nella sua versione radicale, come un atto di paternalismo politico, cioè come il voler stabilire al posto dei singoli individui qual è il loro bene e il loro male.

La definizione e l'individuazione del male sociale dipendono, dunque, dalla concezione dei rapporti tra società e individui. Queste relazioni, com'è noto, possono essere coniugate secondo tre modalità generali: l'assorbimento degli individui nel tutto sociale (e allora il male sociale sarà il prototipo del male umano); la strumentalizzazione della vita sociale ai fini dell'individuo (e allora il male sociale coinciderà con il cattivo funzionamento dell'organizzazione sociale); l'affermazione che la realizzazione della vita individuale ha bisogno anche di beni comuni, che possono essere raggiunti soltanto dalla vita in società (e allora il male sociale farà parte integrante del male umano).

Anche a proposito del male sociale vale la distinzione fra quello attivo e quello passivo, tra il male che si fa e quello che si subisce, quello inferto e quello sofferto. Noi, infatti, consideriamo male sociale al contempo la criminalità e la disoccupazione, ma nel primo caso facciamo riferimento a coloro che lo commettono e nel secondo a coloro che lo subiscono.

Secondo Norberto Bobbio, nel sentire comune il significato passivo del male ha la prevalenza su quello attivo.<sup>2</sup> Mi sembra che ciò valga anche per il male sociale, dato che s'è già notata la rilevanza che per esso assumono gli effetti sociali. Quanto più questi sono vasti e distruttivi del tessuto della società, tanto più grave è il male sociale. Per tale motivo consideriamo la criminalità organizzata più deprecabile di quella ordinaria, che pure è un fenomeno endemico in continua crescita e non è certo meno legata alla volontà criminosa e alla responsabilità personale. Dal punto di vista morale i *magna latronicia* sono forse più gravi dei *parva latronicia*? Come il pirata ha fatto notare ad Alessandro Magno, ognuno delinque secondo le sue possibilità. Il fatto è che nella criminalità organizzata noi vediamo un attentato alla società nel suo complesso, è la società come totalità la vittima e non soltanto i singoli individui danneggiati. Ciò è ancor più evidente nel terrorismo, che sceglie come sue vittime individui significativi dal punto di vista sociale e politico. Possiamo, pertanto, affermare che comunemente il male sociale è un male sofferto dalla società nella sua globalità, ed è in quest'ottica oggettiva che viene anche valutata l'effettiva responsabilità di coloro che ne sono la causa.

Bobbio ha, inoltre, sottolineato l'inesistenza di una necessaria relazione tra malvagità e sofferenza. La sofferenza non è necessariamente causata da una colpa e non è corretto interpretare il male dell'universo con la categoria della giustizia retributiva. Ma ciò non vale per il male sociale, perché esso è considerato come in qualche modo causato dall'opera umana. Non è certamente un male sociale una frana, ma, se i suoi effetti potevano essere in parte evitati da una più adeguata politica di protezione del territorio, allora è presente un male sociale a cui porre rimedio. I disastri ecologici sono oggi considerati in buona parte causati dallo sfruttamento insensato delle risorse naturali.

Dietro un male sociale ci sono sempre l'uomo e la sua opera. Spesso si tratta di una miriade di microdecisioni attraverso cui prendono corpo situazioni perverse che inquinano la vita sociale. I singoli non si sentono responsabili per aver partecipato ad azioni cooperative produttive di effetti devastanti per l'ambiente esterno o per la qualità della vita delle

---

generazioni presenti e future, perché c'è una sproporzione tra la loro microazione e le conseguenze ultime.<sup>3</sup> Ciononostante resta il fatto che, se tutti si fossero astenuti dall'agire in un determinato modo, un particolare male sociale sarebbe stato evitato. È per questo che s'è parlato di «strutture di peccato», intendendo il male sociale come un male morale, frutto di molti «peccati».<sup>4</sup>

Il male sociale ha, dunque, due volti: da una parte è la conseguenza di una responsabilità morale attribuibile all'opera umana e, dall'altra, è una situazione oggettiva di tipo sociologico, una struttura della vita sociale che collide con le finalità proprie della convivenza umana, frustrandole in vario modo. Pertanto esso può e deve essere combattuto su due fronti: da un lato, si tratta di cambiare gli *atteggiamenti interiori* che definiscono i rapporti dell'uomo con se stesso, con il prossimo, con le comunità umane, anche le più lontane, e con la natura;<sup>5</sup> dall'altro, si tratta di reprimere i comportamenti illeciti e di riparare i loro effetti distruttivi sia per quanto riguarda l'offesa recata ai singoli e ai gruppi, sia per quanto riguarda la lacerazione del tessuto sociale nel suo complesso, cercando anche di prevenire e di bonificare.

### *Il ruolo del diritto*

A questo punto possiamo riproporci la domanda iniziale, vale a dire se e in che senso il diritto combatta il male sociale così inteso.

La tesi che intendo sostenere è che il diritto non è rivolto principalmente a lottare contro il male sociale nella sua dimensione attiva, ma a riparare il male sofferto e a impedire che si verifichino offese ulteriori nei confronti dei consociati. Far torto a un altro significa sempre farlo soffrire. Il diritto ripara i torti e cerca d'impedire che si facciano torti, minacciando sanzioni per chi tenga determinati comportamenti. Ma questo è giustificato dall'esigenza che i diritti vengano rispettati e dal fatto che la riparazione non sempre riesce a ripristinare la situazione antecedente alla violazione dei diritti. Poiché il male sociale implica un'offesa dei diritti degli individui, il diritto lo combatte a suo modo, ma il suo compito

proprio non è quello di bonificare la vita sociale e di estirpare il male presente nel tessuto della società. Questo è compito della politica.

Il rapporto del diritto con il male sociale chiama, dunque, in causa una concezione generale riguardante le finalità e le funzioni del diritto.

La storia giuridica dei popoli mostra chiaramente che il diritto può essere usato in molti modi. La sociologia del diritto ha descritto la molteplicità di funzioni che esso di fatto ha svolto, per esempio quelle volte a impedire o incoraggiare determinati comportamenti, a riparare i torti, a rendere più praticabili le iniziative private, a individuare gli ideali sociali, a predisporre i servizi sociali e la redistribuzione dei beni, a risolvere le controversie, a promuovere l'educazione civica e la civilizzazione dei membri della società, a legittimare il titolo e l'esercizio dell'autorità. Si è anche tentato di raccogliere queste funzioni in tre grandi categorie: quella dell'orientamento sociale, quella della soluzione dei conflitti dichiarati e quella della legittimazione del potere.<sup>6</sup> Questi studi, comunque, sostengono l'impossibilità d'individuare nel diritto un'unica funzione specifica e caratterizzante. Ciò ha dato forza alla tesi secondo la quale il diritto s'identificherebbe non tanto per una o più finalità proprie, ma piuttosto per il modo specifico in cui sono o possono essere perseguite finalità sociali necessarie e diffuse.

Secondo Hans Kelsen il diritto è una tecnica sociale specifica che funziona con il meccanismo della sanzione: la produzione del comportamento desiderato si ottiene ascrivendo effetti sfavorevoli al comportamento non desiderato.<sup>7</sup> Se il diritto è uno strumento, allora si piegherà alle esigenze e alle finalità di chi lo usa. Poiché il suo maggiore utente è il potere politico, le finalità del diritto saranno quelle stesse della politica.

La percezione che abbiamo delle funzioni del diritto dipende dal modo in cui esse si sono articolate nella storia. Dall'Ottocento ai nostri giorni nell'Europa continentale il diritto è stato drasticamente ricondotto a una funzione della politica. Quello che noi conosciamo e pratichiamo è il diritto prodotto dai parlamenti, un diritto cioè politico, frutto della volontà della maggioranza. In queste condizioni non si comprende perché esso non debba servire a tutti gli scopi propri della politica e, segnatamente, a quelli volti a debellare il male sociale, estirpandone

---

le radici. I giudici, in quanto funzionari dello Stato, devono allora essere gli esecutori di questo programma di disinfezione sociale, così com'è predisposto dal potere politico attraverso le leggi. A volte – come non soltanto i regimi totalitari hanno mostrato – essi si sono tanto compenetrati in questo ruolo da svolgerlo con solerzia anche *ultra vires*, anche in assenza o al di là delle prescrizioni statali. Tuttavia la prassi giuridica ha sue regole interne, che neppure lo Stato può cambiare. Se questa va contro i diritti più elementari dell'essere umano, tradisce se stessa e da diritto si capovolge nel suo contrario, nel torto.

Ciò significa che il diritto non è soltanto uno strumento del potere politico, ma anche un limite alla sua azione. Usando il diritto, il potere politico deve accettarne le condizioni e queste risiedono in ultima istanza nella protezione dei diritti dei singoli. Ciò non consente ancora di affermare che l'unica funzione del diritto sia quella di difendere i diritti, ma certamente la costituisce come una sua funzione essenziale e irremovibile. Le altre possono, infatti, o mancare del tutto o essere esercitate in varia misura secondo le circostanze storiche, ma un diritto che non proteggesse i diritti sarebbe un *monstrum* ed esso stesso uno dei più gravi mali sociali.

Quando Dworkin ha definito un diritto come una pretesa dell'individuo che sarebbe ingiusto non soddisfare, anche se fosse nell'interesse generale farlo, ha indicato il ruolo specifico e centrale della prassi giuridica.<sup>8</sup> Esso la rende in qualche misura indipendente dalla politica e, con ciò stesso, lascia aperto un annoso problema: bisogna forse estirpare a tutti i costi i mali sociali, anche a costo cioè di violare i diritti?

Su questo punto il diritto e la politica si separano e l'uno si erige contro l'altra. Il nostro tempo registra un'accentuazione del ruolo del diritto come limite della politica. Lo sviluppo dello Stato di diritto, dalle sue originarie forme ottocentesche fino allo Stato costituzionale di diritto che si è saldamente affermato nella seconda metà del Novecento, rappresenta una riscossa, lenta ma inarrestabile, della specificità della sfera giuridica nei confronti di quella politica. Addirittura oggi ci chiediamo se la politica non ne esca troppo compressa e mortificata e c'è chi parla di una «depoliticizzazione della società» a opera degli stretti controlli a cui la giurisdizione costituzionale sottopone le scelte del legislatore ordinario.<sup>9</sup>



C'è ovviamente una tensione interna al diritto stesso, perché esso è al contempo uno strumento di cui si serve la politica per combattere il male sociale e un limite posto all'azione di disinfezione sociale in nome dei diritti degli individui. Quest'ambiguità del diritto è particolarmente evidente nel diritto penale, i cui compiti di «difesa sociale», oggi molto sottolineati, a volte confliggono drammaticamente con l'esigenza retributiva, che prende sul serio la commisurazione della responsabilità soggettiva. Una società, che non vuole giudicare e soppesare le responsabilità individuali in nome dell'ordine pubblico, può introdurre misure repressive che sono percepite dai singoli come molto più gravose e ingiustificate di quelle fondate sul principio retributivo. In nome della disinfezione sociale gli apparati di polizia e quelli giudiziari possono crederci autorizzati a violare i diritti degli individui per una supposta «ricerca della verità». Per questo nella crescita dell'importanza dei diritti dell'uomo bisogna vedere un processo di affermazione del primato del giuridico sul politico, o almeno un tentativo di porre limiti giuridici all'azione politica.

In quest'ottica c'è da chiedersi se, quando si va alla ricerca dei fini o delle funzioni del diritto, non si sia già accettata una determinata concezione di esso, cioè quella strumentale o funzionale, e surrettiziamente impresso un orientamento verso determinati usi del diritto. Il funzionalismo reagisce a questa critica, sostenendo la sua neutralità valutativa nei confronti dei fini del sistema giuridico. Tuttavia non si potrà negare che anche il solo mantenimento funzionale della macchina del diritto implica un giudizio di valore sulla sua utilità sociale.

Se il diritto ha un fine o un complesso di funzioni, è già pensato come uno strumento che serve *per* qualcos'altro. Nella storia del pensiero giuridico e politico troviamo spesso l'interrogativo sui fini che esso deve avere. Per alcuni dovrebbe assicurare l'ordine sociale, per altri la pace sociale, per altri ancora la sicurezza sociale e così via. Sono tutti tentativi di dare un contenuto più determinato e concreto a quella finalità generale (e generica) che da sempre si riconosce al diritto, quella cioè di realizzare la giustizia. Ma il nostro interrogativo è ancora più radicale: è vero che il fine del diritto è

---

la giustizia o non si deve piuttosto dire, al contrario, che il fine della giustizia è il diritto?

Questa domanda non deve apparire né bizzarra né provocatoria, perché indica la differenza dell'approccio antico e medievale al diritto rispetto a quello moderno. Tra giustizia e diritto quale dei due termini ha il ruolo di principio, cioè di fine? Il concetto di giustizia precede o segue quello di diritto? Per determinare quali siano i doveri di giustizia è necessario prima sapere quali siano i diritti di ciascuno?

### *Giustizia e diritto*

Nella concezione tradizionale della giustizia – com'è noto – la risposta è inequivocabile:<sup>10</sup> non può esistere obbligo di giustizia (*debitum*) se non vi è prima qualcosa di spettante a qualcuno, cioè il *suum* o ciò a cui ha diritto.

Tommaso d'Aquino esprime questo concetto con la consueta chiarezza: «Se l'atto di giustizia consiste nel dare a ciascuno ciò che è suo, prima ancora di esso viene quell'atto in virtù del quale alcunché diventa per uno *il suo*».<sup>11</sup>

Come avviene che a qualcuno venga a spettare una cosa così che si sia in dovere di dargliela o lasciargliela? Ovviamente ciò non può essere a opera della giustizia, perché altrimenti cadremmo in un circolo vizioso. «Quell'atto grazie al quale una cosa diventa propria di qualcuno non può essere un atto della giustizia».<sup>12</sup> La giustizia è qualcosa che viene dopo: prima di essa c'è il diritto e il fine della giustizia è quello di rendere effettivo il diritto. Prima si constata (*jus dicere*) che qualche cosa è propria di qualcuno e poi si può compiere un atto di giustizia nei suoi confronti, dandogliela o lasciando che ne goda. Questo, d'altronde, è il senso della massima: «Oggetto della giustizia è evidentemente il diritto».<sup>13</sup>

Se noi, allora, ci chiediamo in base a quale criterio possa dirsi che qualcosa spetti a qualcuno, la risposta non può che rinviare a un diritto che si possiede per natura. Ciò che spetta, infatti, non può essere il risultato di un atto umano, perché altrimenti esso sarebbe sottoposto al criterio della giustizia e quest'ultima precederebbe, perciò, il diritto. È vero che qualcosa può essere spettante a qualcuno in seguito a un con-

tratto o a una legge dello Stato, ma questa non sarebbe una risposta conclusiva, perché potremmo sempre chiederci quando un contratto o una legge sono giusti.

La teoria della priorità del diritto sulla giustizia era legata a una concezione dell'ordine degli esseri non dipendente dall'opera dell'uomo. Il diritto procedeva da una concezione metafisica della natura umana e da una visione ontologica dei rapporti sociali. Nella modernità l'una e l'altra hanno perso il generale consenso e di conseguenza – come era prevedibile – le relazioni tra diritto e giustizia tenderanno a rovesciarsi. L'atto di giustizia sarà a fondamento del diritto e il fine del diritto sarà la realizzazione dei principi di giustizia.

Nella concezione hobbesiana si trova con chiarezza il momento del passaggio dal primato del diritto al primato della giustizia. Nel *Leviatano* (cap. XV) la giustizia è ricondotta al mantenimento dei patti: là dove non vi sono patti, non vi è niente di giusto o ingiusto. Sembrerebbe, quindi, che vi sia qualcosa di antecedente alla giustizia, cioè i patti. E qui siamo ancora nella concezione antica. Ma poi Hobbes dice che non vi sono patti validi se non dopo la costituzione di un potere civile «sufficiente a costringere gli uomini a mantenerli» e che questa istituzione è necessaria in base a una regola della ragione (o legge naturale) per cui mantenere i patti è funzionale alla sopravvivenza. La giustizia diviene così il fondamento del potere politico, che a sua volta assicura il mantenimento dei patti con la coercizione giuridica. È questo un passo decisivo per la subordinazione del diritto alla politica.

La giustizia politica diventa, in tal modo, la fonte del diritto. Tuttavia l'abbandono dei criteri di giustizia alla volontà del sovrano conferisce loro un'arbitrarietà che non può essere tollerata a lungo. Un potere politico a cui si è ceduto tutto produce inevitabilmente il maggiore dei mali sociali, cioè il misconoscimento e la mancanza di rispetto nei confronti dei diritti. Non si può affidare alla politica l'individuazione e la difesa dei diritti se non si prendono misure adeguate. Per sfuggire alla stringente logica hobbesiana, senza però ritornare alla concezione metafisica del diritto, bisogna affrontare il problema della giustizia in modo differente.

Assumendo – com'è necessario – che la giustizia consista nel dare a ciascuno ciò che gli spetta e che non vi sia una

---

spettanza già precostituita dalla natura (che spesso non è altro che la consacrazione di una situazione culturale di disuguaglianza), la giustizia avrà allora il compito di distribuire in modo equo e ragionevole i diritti. Questa linea di pensiero – già prefigurata da Locke – è stata sviluppata in modo originale nel nostro tempo da John Rawls.<sup>14</sup>

Rawls parte dalla constatazione dell'ignoranza riguardo ai diritti di ciascuno e dall'esigenza di organizzare una società giusta. La situazione di pluralismo ha, infatti, creato un *surplus* di pretese, che non possono essere tutte soddisfatte, trasformandole in diritti. Bisogna pertanto istituire una procedura di decisione che, per la sua equità e imparzialità, possa essere accettata da tutti. In questo senso elementare per «giustizia» s'intende un'equa distribuzione dei diritti e dei doveri fondamentali, nonché un'equa assegnazione dei benefici sociali. Ciò si otterrà attraverso istituzioni giuste. Di conseguenza la giustizia è primariamente una qualità delle istituzioni politiche. Queste dovranno essere strutturate intorno a due principi, dei quali il primo richiede l'uguaglianza nella suddetta distribuzione e il secondo prevede che le disuguaglianze siano giustificate solo da benefici compensativi per ciascuno e, in particolare, per i membri della società meno avvantaggiati. La giustizia è equità, si serve del criterio generale dell'uguaglianza e ammette disuguaglianze solo se non sono arbitrarie.

Il risultato di quest'operazione è quello di determinare un assetto sociale che, essendo giustificato sul piano razionale, dovrebbe essere accettato da tutti i membri della società. La giustizia fissa le regole della cooperazione sociale, da cui scaturisce la possibilità di determinare ciò che spetta, o è dovuto, a ciascuno. Di conseguenza sorgerà un sistema di diritti fondato sull'applicazione dei principi di giustizia.

Anche se in questa concezione (che peraltro sta esercitando un'ampia influenza sugli studi di filosofia politica e giuridica) la giustizia precede il diritto, tuttavia essa al contempo condiziona la struttura del potere politico, sottoponendolo al rispetto dei suoi principi. Le istituzioni politiche devono, infatti, essere «giuste». I principi rawlsiani di giustizia nella sostanza somigliano alle leggi naturali di Locke, ma non a quelle di Hobbes, che si limitavano a dimostrare la necessità di trasferire senza limiti i poteri individuali al sovrano.<sup>15</sup>

C'è, dunque, un male sociale che non può essere affrontato da un potere politico privo di vincoli superiori proprio perché spesso è prodotto da esso. Si tratta del rispetto dei diritti degli individui che vivono in società. Come non si può affidare ai biscazzieri la riforma delle case da gioco, così non si può affidare ai politici la determinazione dei principi di giustizia. Alle istituzioni giuste sarà affidata la determinazione dei diritti, che sono ciò che spetta a ogni consociato e che, tuttavia, non preesistono alla loro assegnazione e distribuzione. Bisogna, dunque, trovare un metodo razionale di determinazione dei diritti che si hanno, un metodo che tenga conto anche delle particolari circostanze storico-sociali. I diritti non sono entità metafisiche fissate una volta per tutte, ma dipendono dalle situazioni concrete della società in cui gli uomini si trovano a vivere.

È noto quanto ampio e complesso sia oggi il dibattito intorno a questo metodo razionale d'individuazione dei diritti e di distribuzione dei benefici sociali. Non possiamo qui discutere l'attuale varietà delle teorie della giustizia, ma è importante notare che esse sottraggono al potere politico la determinazione dei diritti e la affidano a un metodo che vuole essere razionale e che supplisce al venir meno della metafisica sociale.

### *La lotta per il diritto*

Tra i compiti di una società politica c'è – come abbiamo visto – anche quello dell'assegnazione e della distribuzione dei diritti. Per raggiungere quest'obiettivo bisogna trovare giustificazioni razionalmente fondate, non già far ricorso al solo principio d'autorità. Una società giusta è un contesto intersoggettivo in cui è possibile sviluppare in modo ragionevole il discorso per la determinazione dei diritti,<sup>16</sup> partendo dalle pretese che i consociati avanzano nella piazza della città. In caso contrario la società sarà ingiusta e in essa sarà presente un male sociale molto grave (forse il più grave), quello cioè dell'impraticabilità del discorso pubblico con il conseguente misconoscimento dei diritti.

Certamente una società, per essere giusta, dovrà far fronte

---

anche ad altri mali sociali, che potranno e dovranno essere anch'essi affrontati con metodi giuridici messi a servizio della politica, ma in questi casi non si dirà che il diritto sta assolvendo compiti propri, se non quando cerca di riparare le violazioni dei diritti. In realtà si tratta di compiti della politica, che trova nel diritto il linguaggio dell'interazione e della comunicazione sociale.

Se la nostra interpretazione è corretta, allora si deve riconoscere una certa continuità di senso nell'esperienza giuridica di tutti i tempi, pur attraverso variazioni e oscillazioni profonde dettate dalla storia e dalle trasformazioni delle visioni del mondo.

Secondo la tradizione del diritto romano le finalità essenziali del diritto – come tutti sanno – erano ricondotte a tre principi: *neminem laedere*, *honeste vivere* e *suum cuique tribuere*. Si tratta del rispetto dell'altro e del diritto che siamo disposti a riconoscere all'altro. *Iustitia est ad alterum*. In primo piano non c'è, dunque, una rivendicazione dei propri diritti o delle proprie pretese, ma il riconoscimento dei diritti e delle giustificate pretese altrui. E ciò si comprende bene, perché la giustizia è un atto di accettazione dell'ordine naturale della società. Questo riconoscimento è opera della retta ragione (*recta ratio*), che si conforma alla natura delle cose. In ogni caso la giustizia e il diritto sono legati alla ragione che misura le relazioni umane. «Più ancora che nelle altre virtù morali, è nella giustizia che il retto uso della ragione maggiormente risalta [...] e perciò anche l'erroneo uso della ragione si fa più che mai evidente nei vizi che si oppongono alla giustizia».<sup>17</sup>

Per questo nel sentire comune «avere diritto» è lo stesso che «avere ragione». Le cause civili di solito terminano con una sentenza che *dà ragione* a una delle parti.<sup>18</sup> Se vi è uno che ha ragione, vi sarà un altro che ha torto. Diritto e torto si escludono mutuamente e non sono suscettibili di graduazione: o si ha ragione o si ha torto, almeno relativamente a un punto determinato. Ciò significa che siamo di fronte a una questione di verità.

La distinzione tra diritto e torto non è un espediente per far funzionare la società, risolvendo in qualche modo i conflitti sociali. Se così fosse, potremmo scegliere altri metodi

più sicuri e sbrigativi di quello fondato sul dibattito processuale delle ragioni pro e contro. Il lancio della moneta sarebbe un espediente più pratico, molto meno complesso e forse più imparziale. In realtà ci troviamo di fronte a un'esigenza morale e sociale, al bisogno cioè di distinguere, nello scontro degli interessi e delle opinioni contrastanti, tra ciò che è lecito e ciò che non lo è in modo da dare un senso ai comportamenti umani.

La distinzione tra diritto e torto presuppone la convinzione che anche nelle questioni pratiche sia in gioco la verità. Un'etica senza verità non potrebbe parlare di «ragion pratica» se non nello stesso senso improprio in cui si parla di «ragion di stato». In questa prospettiva «avere diritto» non significherebbe «avere ragione», ma semplicemente riuscire a prevalere nel conflitto degli interessi, cosa che – come si sa – si ottiene ancor meglio con la violenza.

C'è un modo giusto e uno ingiusto di risolvere le controversie giuridiche. Ciò non significa affatto che la risposta corretta sia una soltanto. La verità pratica ha caratteristiche diverse rispetto a quelle della verità teoretica. Nelle questioni pratiche ci si può trovare a scegliere tra alternative fondate tutte sulla ragionevolezza, ed è per questo che un certo margine di discrezionalità da parte dell'autorità giuridica e politica è inevitabile, anche se controllato e sottoposto a limiti e vincoli ben precisi, cioè al diritto.

E allora, se ritorniamo alla nostra questione iniziale, dobbiamo certamente riconoscere che il diritto lotta contro il male sociale, ma al contempo affermare che questo male è il torto, la negazione cioè del diritto stesso. Come ha notato Carnelutti, «sostituire il delitto con il contratto è, in parole povere, il programma del diritto». <sup>19</sup> Il ramo che si occupa più visibilmente della lotta contro questo male è, senza dubbio, quello del diritto penale. «Il diritto penale tende a impedire agli uomini di farsi del male; il diritto civile a permettere che gli uomini si facciano del bene». <sup>20</sup>

Venuta meno la convinzione della determinazione naturale dei diritti, ciò che spetta a ognuno deve essere individuato – come s'è detto – dal discorso pubblico che s'intreccia nel contesto sociale. Non bisogna credere che si tratti di una discussione pacifica, in cui gli interlocutori si mostrano dispo-

---

nibili e arrendevoli gli uni nei confronti degli altri. Al contrario, siamo di fronte a uno scontro che può anche assumere aspetti cruenti.

Come ha notato Rudolf von Jhering, «la vita del diritto è lotta, una lotta dei popoli, del potere statale, degli individui». <sup>21</sup> La giustizia tiene nell'altra mano la spada, perché il diritto si afferma con la forza e il sangue. La storia è piena di diritti conquistati a caro prezzo. Tuttavia (cosa che Jhering non dice) il loro fondamento non sta nel sangue versato, ma nella giustificazione razionale che essi possono continuare a esibire. Per questo la Rivoluzione francese ha un valore imperituro e certamente non per il numero delle teste mozzate.

Chi reclama la giustizia di una propria pretesa crede con ciò stesso di avere subito un torto e di essere stato offeso nella dignità personale. È significativo come ora il punto di vista non sia più quello del *debitum* nei confronti degli altri, ma del *creditum*, di ciò che dagli altri si deve ricevere; non più il punto di vista del dovere, ma quello del diritto soggettivo. Inoltre il «ciò che spetta» della concezione antica poteva anche essere una pena per un torto commesso o un trattamento afflittivo per non avere rispettato i doveri del proprio stato giuridico. Ciò che spetta a un servo non è certamente uguale a ciò che spetta a un *dominus*. Ma ora la lotta per il diritto viene compiuta nell'orizzonte dell'uguaglianza di tutti gli esseri umani, emancipatisi dal peso della rilevanza delle distinzioni sociali e biologiche. Questo rende lo scontro totale, perché tutti hanno il diritto di parteciparvi e i diritti di ciascuno sono incerti finché non sono ufficialmente riconosciuti.

La lotta per il diritto non è soltanto quella che si svolge nei tribunali per ottenere la riparazione di torti in seguito alla violazione di diritti già esistenti perché già riconosciuti, cioè di *diritti legali*, ma anche, ancor più radicalmente, quella che avviene in nome di *diritti morali*, non positivizzati, ma di cui tuttavia si reclamano il riconoscimento e la tutela. Vi è una lotta per la custodia del diritto e una lotta per la nascita del diritto. Prima che sorga il diritto c'è una pretesa che, nel momento in cui diventa una richiesta sociale, si sottopone al confronto con i diritti degli altri e diventa, pertanto, un problema di giustizia, di giusto rapporto tra i membri della vita sociale. Giustizia, infatti, non significa soddisfazione di tutte



le pretese, ma solo di quelle legittime, di quelle cioè che possono coesistere all'interno del bene comune di una società politica.

In assenza di un ordine naturale rassicurante, che tuttavia è all'insegna della disuguaglianza, la difesa dei diritti è affidata, in definitiva, a ogni soggetto di diritto. Certamente si edificano gli Stati per aver la sicurezza pubblica e la tutela dei diritti, ma ciò non basta, perché per la difesa dei propri diritti ci si può trovare a lottare anche contro i pubblici poteri. Per questo lo sviluppo della civiltà giuridica – come d'altronde tutta la storia – non è un trionfante cammino verso una giustizia sempre maggiore, ma un alternarsi, spesso drammatico, di cadute e conquiste.

Jhering rimprovera giustamente a Savigny di avere offerto un'immagine edulcorata e, in fin dei conti, falsa della storia del diritto. Se, infatti, questo sorgesse come il linguaggio, allora si evolverebbe lentamente e in modo indolore verso assetti sempre più adeguati. In realtà il diritto lotta contro se stesso: i diritti acquisiti sono contrastati da quelli che premono per farsi riconoscere. Gli uni innalzano la bandiera della sacralità del diritto del passato e della forza della tradizione; gli altri sventolano quella del diritto che continuamente diviene e progredisce, perché, da una parte, la vita sociale va inventando sempre nuove trappole per la dignità della persona e questa, dall'altra, va scoprendo spazi di libertà sempre nuovi. Un diritto fondato sulla lenta evoluzione della tradizione sollecita l'uomo a pensare che, per ciò che riguarda il suo agire, possa starsene con le mani in mano, tanto le cose andranno da sé verso il meglio. Questo spiega l'avversione di Savigny nei confronti del diritto legislativo e la sua sostanziale preferenza per quello consuetudinario.<sup>22</sup> Tuttavia il diritto consuetudinario non è per definizione evolutivo e tende a cristallizzare la vita sociale, diventando un ostacolo allo sviluppo della persona. Così il diritto è ambiguo proprio perché lotta contro se stesso.<sup>23</sup> Il diritto del passato può divenire il male sociale contro cui combatte il diritto del presente o quello che aspira a nascere. E tuttavia non è assicurato che il diritto del presente sia più giusto di quello che è stato eliminato, perché la storia non è giustificatrice, ma solo giustiziera.

Secondo Jhering nella lotta per il diritto soggettivo ciò che

---

è realmente in gioco è l'affermazione della persona e del suo sentimento giuridico.<sup>24</sup> La resistenza contro la violazione di un diritto e la pressione per il riconoscimento di uno nuovo sono un dovere morale, un dovere verso se stessi, poiché costituiscono un comandamento dell'*autoconservazione morale* e un dovere verso la comunità in quanto sono necessarie affinché un diritto si realizzi. Ogni soggetto di diritto difende, nel suo diritto, le condizioni etiche della propria vita, ma, al contempo, nel suo diritto soggettivo salvaguarda il *diritto*, cioè le condizioni etiche della vita sociale, e non solo un interesse privato. Qui tocchiamo il punto più delicato della situazione attuale. La lotta per il diritto deve essere intesa come un'arena di scontro in cui ognuno cerca di far prevalere le proprie irreformabili pretese oppure come il luogo in cui si mira a una società ordinata intorno a un bene comune? Qual è la differenza tra il sentimento del diritto e l'affermazione del proprio io?

Ai tempi di Jhering il problema non si poneva in questi termini, perché il campo proprio della lotta per il diritto era pur sempre circoscritto al diritto privato. Quello pubblico e quello penale erano e sono appannaggio delle autorità statali, che hanno di mira il bene della conservazione e dell'ordine della società nel suo complesso e non già gli interessi dei singoli individui. La teoria statalistica del diritto soggettivo considerava questo come una sfera di libertà entro cui lo Stato autorizza la libera iniziativa e l'attività autonoma dei singoli. La lotta per i diritti degli individui veniva pensata, dunque, come interna a una cornice di libertà tracciata dai poteri statali alla luce del bene comune della società. In questo contesto l'inerzia dei privati veniva considerata da Jhering come segno di debolezza morale e di misconoscimento della propria dignità etica.<sup>25</sup> Ma ora i diritti dell'uomo non possono più essere pensati come un'autorizzazione dello Stato. La loro costituzionalizzazione li ha resi criteri che limitano l'esercizio stesso dei pubblici poteri. In questa prospettiva la lotta per i diritti umani assume dimensioni ben diverse e, ancora una volta, ambigue.

Innanzitutto bisogna distinguere tra pretese e diritti. I diritti sono pretese legittime, cioè in qualche modo ufficialmente riconosciute dalla vita pubblica. Ciò significa che la deter-

minazione dei diritti che si hanno si dovrebbe accompagnare a una concezione globale dell'ordine sociale, dei rapporti intersoggettivi e del bene comune della società in quanto tale. Ritorna, così, l'esigenza di un quadro di riferimento intersoggettivo da cui trarre ciò che spetta a ognuno. Ma ora questo assetto sociale non solo non è più inteso nel senso metafisico della natura delle cose, ma neppure nel senso politico della supremazia dell'ordine statale e della teoria tradizionale dei diritti soggettivi. Oggi tra la determinazione dei diritti e quella del bene comune della società ci sono una stretta connessione e una mutua implicanza. Ogni riconoscimento di diritti implica un'idea dell'ordine sociale e del bene comune e, viceversa, ogni individuazione politica del bene comune conduce a prese di posizione nei confronti delle pretese che si avanzano nella città. Si tratta di un nuovo intreccio tra diritto e politica ed è naturale che si oscilli tra il primato dei diritti sulla politica e il primato della politica sui diritti, tra la convinzione che il male sociale più grave risieda nella mortificazione pubblica delle pretese soggettive e quella che vede nell'ideologia del pluralismo e nella conseguente depoliticizzazione della società il vero e proprio male sociale del nostro tempo. Pertanto, l'attuale conflitto tra liberalismo e comunitarismo presuppone due diverse visioni del bene e del male sociale e, conseguentemente, due orientamenti d'azione ben distinti nella politica e nel diritto.

---

NOTE

<sup>1</sup> Ho già trattato questo tema in *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Giappichelli, Torino 1989, pp. 29-48.

<sup>2</sup> Cfr. N. Bobbio, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Linea d'ombra, Milano 1994, p. 199.

<sup>3</sup> Parfit chiama «errore di matematica morale» il ritenere che non vada moralmente biasimato un comportamento che, singolarmente considerato, non arreca ad altri danni percettibili. Cfr. D. Parfit, *Ragioni e persone*, trad. it. di R. Rini, Il Saggiatore, Milano 1989, pp. 96-105.

<sup>4</sup> Cfr. Giovanni Paolo II, *Sollicitudo rei socialis*, n. 37.

<sup>5</sup> Cfr. *Ibid.*, n. 38.

<sup>6</sup> Cfr. V. Ferrari, *Funzioni del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1987, p. 91.

<sup>7</sup> H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano 1963, pp. 21-22.

<sup>8</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.) 1978, p. 269.

<sup>9</sup> Cfr., per esempio, M.S. Muncy (a cura di), *The End of Democracy? The Judicial Usurpation of Politics*, Spence Publishing Company, Dallas 1997.

<sup>10</sup> Cfr., per tutti, J. Pieper, *Sulla giustizia*, trad. it. di E. Morselli, Morcelliana, Brescia 1975.

<sup>11</sup> Tommaso d'Aquino, *Summa contra gentiles*, II, 28.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-II, q. 57, a. 1.

<sup>14</sup> Cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, trad. it. di U. Santini, Feltrinelli, Milano 1982, cap. 1.

<sup>15</sup> Per quest'aspetto illiberale del pensiero di Hobbes cfr. F. Viola, *Behemoth o Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*, Giuffrè, Milano 1979.

<sup>16</sup> Cfr. F. Viola, *Una moralità basata sui diritti*, in S. Zamagni (a cura di), *Economia, democrazia, istituzioni in una società in trasformazione. Per una rilettura della Dottrina Sociale della Chiesa*, Il Mulino, Bologna 1997, pp. 379-415.

<sup>17</sup> Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-II, q. 55, a. 8.

<sup>18</sup> Cfr. W. Cesarini Sforza, *Il diritto e il torto*, Eri, Torino 1969, p. 6.

<sup>19</sup> F. Carnelutti, *La lotta del diritto contro il male*, in «Il Foro italiano», 71, 1944, parte IV-1, col. 2.

<sup>20</sup> *Ibid.*, col. 3.

<sup>21</sup> R. von Jhering, *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di R. Racinaro, Giuffrè, Milano 1989, p. 85.

<sup>22</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 88-92.

<sup>23</sup> Cfr. E. Resta, *L'ambiguo diritto*, Franco Angeli, Milano 1984.

<sup>24</sup> R. von Jhering, *La lotta...*, cit., p. 100.

<sup>25</sup> Cfr. W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati (1929)*, Giuffrè, Milano 1963.