

→ Obiettivi

- ▶ Identificare i diritti umani nella storia dell'umanità, nella cultura e negli ordinamenti giuridici nazionali e internazionali, cogliendo come nel tempo e nello spazio si sia evoluta la capacità di riconoscerli e tutelarli.
- ▶ Riconoscere come la ricchezza e la varietà delle dimensioni relazionali dell'esperienza umana porti a concretizzazioni istituzionali e ordinamentali che tengono conto della storia di ogni popolo.
- ▶ Riconoscere il valore etico e civile delle leggi, nonché le modalità con cui tale valore è tutelato nel processo nazionale e internazionale che le crea e le introduce negli ordinamenti giuridici.

Alle origini della legge: consuetudini e codici

Quando Anu il Sublime, Re dell'Anunaki, e Bel, il signore di cielo e terra, che stabilirono la sorte del paese, assegnarono a Marduk, Dio della giustizia, il dominio su ogni uomo sulla faccia della terra, essi chiamarono Babilonia dal loro illustre nome, lo resero grande sulla terra, e vi fondarono un sempiterno regno, le cui fondamenta sono poste tanto saldamente quanto quelle di cielo e terra; poi Anu e Bel chiamarono per nome me, Hammurabi, il principe glorificato, che temeva Dio, a imporre la giustizia sul paese, a distruggere gli empi e i malfattori; così avrei regnato sulla gente dalla-testa-nera con la supervisione di Shamash, e illuminato il paese, per accrescere il benessere dell'umanità.

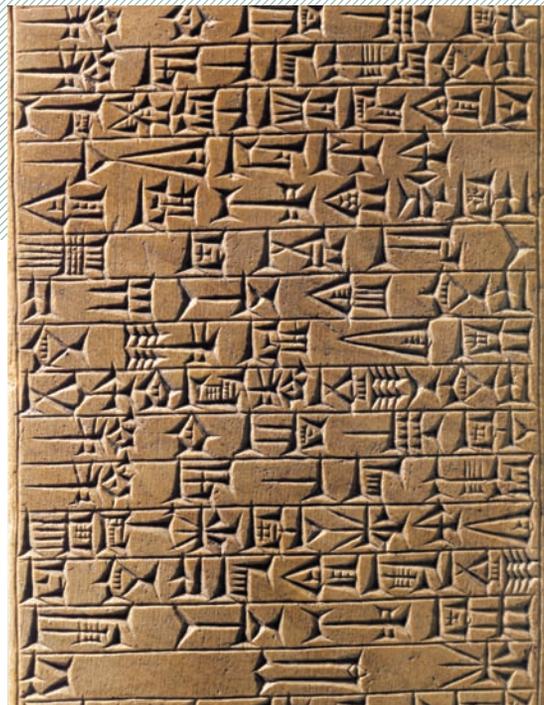


◀ Il re Hammurabi in preghiera, statuetta in bronzo, Parigi, Louvre.

I primi codici di leggi Con queste parole inizia il celebre **codice** fatto compilare dal re di Babilonia Hammurabi verso il 1750 a.C. Si tratta di una stele di pietra nera, ritrovata nel 1901 presso la città di Susa, nell'odierno Iran, su cui sono incise 282 norme. Esse riguardano quasi tutti gli aspetti della vita sociale, da reati come il furto e l'omicidio ad aspetti della quotidianità, quali il matrimonio, la proprietà, le eredità, i rapporti commerciali e l'esercizio di professioni come quella del medico e dell'architetto, ma anche per esempio del battelliere o dell'oste. Non si tratta in realtà del primo codice della storia: sappiamo che altri erano stati realizzati in precedenza da re sumeri; quello di Hammurabi però è l'unico che si sia conservato interamente, e grazie anche alle numerose copie che ne vennero fatte divenne celebre e fin dall'antichità fu considerato un modello di saggia legislazione. Ci of-

fre così l'occasione per iniziare il nostro percorso con una riflessione sull'origine delle norme, sul loro valore e sul rapporto che lega la norma scritta al resto della vita di una società. Non esiste comunità umana che non si doti di un sistema di norme che servono a regolarne la convivenza. In origine non si tratta di leggi scritte, ma semplicemente di **consuetudini**: modi di affrontare e risolvere i problemi della convivenza unanimemente ritenuti giusti. Finché un gruppo umano è circoscritto e compatto non c'è bisogno di metterle per iscritto: le consuetudini sono note e condivise da tutti e la vigilanza reciproca è generalmente sufficiente perché vengano rispettate. Quando una consuetudine viene infranta, il giudizio in merito viene solitamente affidato a coloro che nella comunità vengono ritenuti più saggi: gli anziani, i sacerdoti. Il giudizio è per lo più pronunciato davanti a tutta l'assem-

► Frammento di stele in basalto che riporta alcuni articoli del codice di Hammurabi, Parigi, Louvre.



blea, e tutti hanno chiaro di che cosa si sta trattando. Il re, o il capo militare, ha poi il compito di far sì che il giudizio venga rispettato. Ma quando la società si fa più complessa, o quando un regno si allarga, cominciando a includere città che avevano consuetudini e norme differenti, le cose cambiano: la semplice **tradizione orale** non è più suffi-

ciente, e nasce l'esigenza di mettere le consuetudini per iscritto. Un compito che si assume il re, che in questo modo si presenta – come leggiamo nelle prime righe del codice di Hammurabi – come difensore della giustizia e protettore del benessere del suo popolo. Nasce in questo modo il **codice**, nel quale **la consuetudine diventa norma**.

Dalla norma al diritto

Leggi incise nella pietra Questa provenienza della norma dalla consuetudine è chiaramente visibile nello stesso codice di Hammurabi. Non si tratta infatti di regole che il re ha stabilito di sua iniziativa, per sua propria volontà; bensì di un elenco di sentenze emesse dai tribunali reali, che verso la fine del proprio regno il sovrano fa raccogliere e mettere per iscritto. In questo modo Hammurabi intende fissare una volta per sempre quelle che ritiene più eque fra le antiche consuetudini e impedire che, data l'estensione che i suoi domini hanno raggiunto, la vita dei sudditi sia sottoposta al sopruso dei più forti o all'arbitrio di giudici poco scrupolosi: le sentenze incise nella pietra costituiscono un modello al quale tutti sono tenuti ad attenersi. Come quello di Hammurabi, anche altri codici celebri dell'antichità verranno incisi nella pietra: è il caso

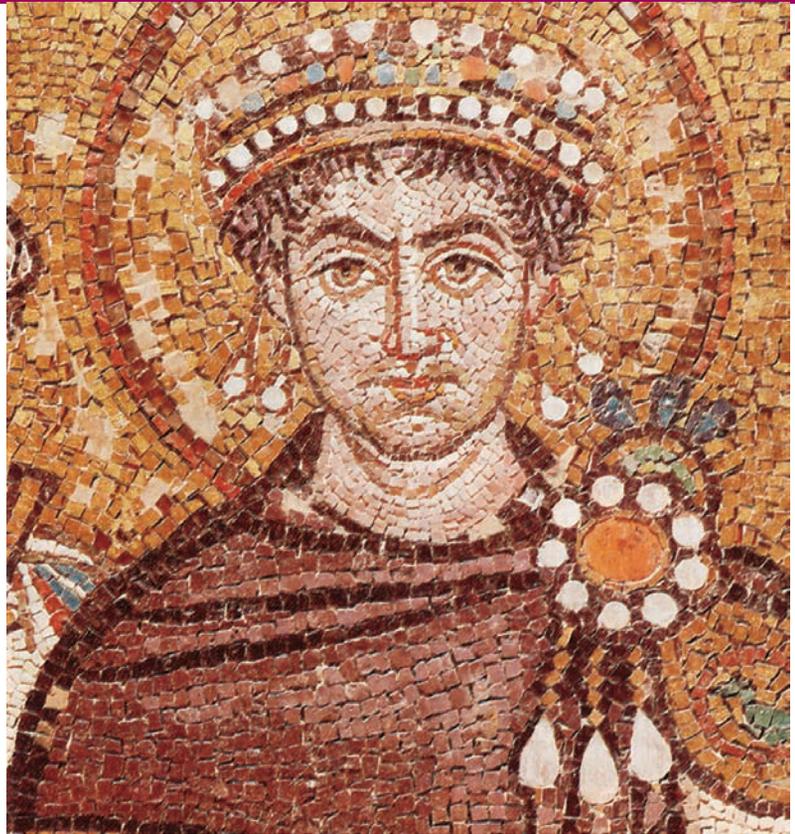
delle *Tavole della legge* del popolo ebraico (vedi p. 92), o delle norme che governano la città di Gortina (le più antiche leggi greche che ci siano rimaste, scolpite sulle mura della città, vedi p. 166); le leggi delle XII tavole invece, le prime della città di Roma (vedi p. 301), saranno intagliate nel bronzo. Affidare le leggi a materiali pressoché indistruttibili ha un significato preciso: quelle norme devono durare per sempre, fondamento permanente della convivenza civile.

Tuttavia, come tutte le cose umane, anche le norme sono destinate a cambiare nel tempo. Un regno cade, un altro lo rimpiazza portando con sé le sue usanze, che a volte si sostituiscono, a volte si integrano alle precedenti. Cambia la mentalità, per cui comportamenti un tempo ritenuti leciti diventano inaccettabili – si pensi, solo per fare un esempio evidente, alla schiavitù – e vice-

versa altri diventano ammissibili – sempre per fare un esempio, si consideri come è mutato nel tempo il ruolo delle donne nella società. Si evolvono poi i modi di vita, le conoscenze, le capacità tecniche; e nuove situazioni chiedono nuove norme. Anche qui, solo per fare un esempio relativo ai nostri tempi, si ponga mente ai problemi giuridici aperti dalle accresciute conoscenze scientifiche nei campi della medicina, della genetica, della manipolazione degli embrioni.

Il diritto romano Di conseguenza ogni sistema di norme, per seguire le evoluzioni di una società, si fa più articolato e complesso. Con i romani, l'insieme di norme che governa la vita della società prenderà il nome di **diritto**. Anche il diritto di Roma comunque, come vedremo meglio più avanti, non nasce per opera di un singolo sovrano o legi-

slatore; ma si forma poco a poco, per il graduale accumulo di quelle procedure che si sono dimostrate più efficaci per regolamentare i problemi e i conflitti che via via sono emersi nella società. Col passare dei secoli, l'insieme delle norme che formano il **diritto romano** si fa così sempre più vasto e articolato, tanto che alla fine le norme sono talmente numerose, variegata e perfino contraddittorie da suscitare non poche incertezze. Così, dopo la caduta dell'impero romano d'Occidente (476), sarà Giustiniano – sovrano di quell'impero romano d'Oriente che prosegue invece la sua esistenza fino al 1453 – che, tra il 528 e il 565, farà compilare una raccolta sistematica di tutte le leggi esistenti. Questa raccolta, che sarà chiamata **Corpus iuris civilis**, o più semplicemente **codice di Giustiniano**, rimarrà in Europa la base del diritto per molti secoli a venire. Una base tuttavia sempre elastica, variamente adattata e integrata nel mutare delle situazioni. Tra le aggiunte più significative al codice di Giustiniano merita di essere ricordata la **Lex mercatoria**, un complesso di norme sorto nel corso



▲ L'imperatore Giustiniano in un particolare del mosaico che decora la chiesa di San Vitale a Ravenna.

del Medioevo che regola tutte le questioni relative agli scambi commerciali. Anche in questo caso, le norme non sono emanate dai re, bensì dai mercanti medesimi: sono gli interessati stessi infatti che si danno un sistema di regole che disciplinano la loro attività, e che giudi-

cano e sanzionano quei membri delle associazioni mercantili che non le rispettano; e solo quando qualcuno si rifiuta di accettare le sentenze emesse dai suoi pari ci si appella all'autorità superiore, quella del sovrano, perché intervenga lui a farle rispettare.

Dal diritto alla legge

Il re, fonte del diritto Le cose incominciano a cambiare agli inizi di quella che gli storici chiamano epoca moderna. Tra il Trecento e il Settecento, infatti, comincia ad affermarsi una nuova concezione dell'autorità del re. Mentre fino ad allora il sovrano si era concepito in primo luogo come il **garante** del diritto, ossia colui che custodisce le norme ricevute e vigila perché ven-

gano rispettate, ora si presenta sempre più spesso come la **fonte del diritto**: si attribuisce il diritto di emanare nuove leggi che hanno come unica fonte di validità la sua autorità, secondo la celebre espressione usata per la prima volta dal re di Francia Filippo IV il Bello agli inizi del Trecento: «*Car tel est notre plaisir*», "perché così ci piace", si potrebbe tradurre. Tra varie vicende,

questa nuova concezione dell'autorità reale si afferma in diversi paesi d'Europa, e specialmente in Francia, portando a quella concezione dello stato che siamo soliti chiamare **assolutismo**, vale a dire l'attribuzione al sovrano di un potere assoluto, cioè svincolato da ogni legame – secondo l'etimologia della parola, dal latino *ab-solutus*, "sciolto da". L'assolutismo, tuttavia, in Europa non si

affermerà mai compiutamente, e dovrà sempre fare i conti con il valore che la società continuerà a riconoscere alle norme che provengono da una antica tradizione. In particolare, come si vedrà meglio più avanti, in Inghilterra il tentativo dei sovrani di affermare un potere assoluto verrà costantemente combattuto da larghi settori della società, e qui rimarrà in vigore l'idea che la forza della legge non deriva dall'autorità del re ma dal fatto che "da sempre" è radicata nella società.

Leggi universalmente valide

Un punto di svolta decisivo si avrà poi nel XVIII secolo, quando gli intellettuali illuministi, convinti che tutti gli uomini abbiano una comune natura razionale, rifiuteranno l'idea di norme diverse da un luogo all'altro, e penseranno che si debba elaborare un **sistema di leggi valido universalmente**. Questa idea verrà realizzata agli inizi del secolo successivo, allorché Napoleone, conquistata buona parte dell'Europa, promulgherà nel 1804 un insieme di leggi valide per tutti i territori del suo impero, noto come **Codice napoleonico**. Al di là del suo contenu-

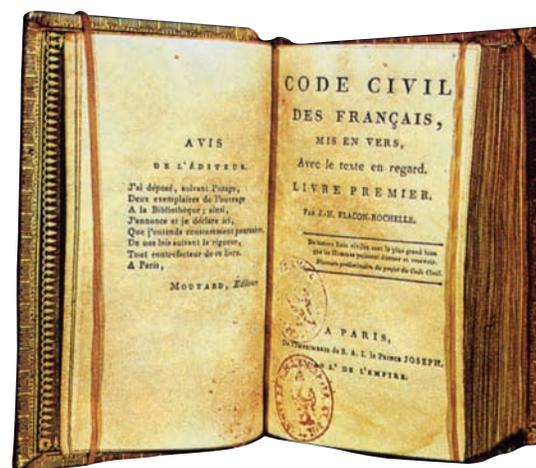
to, il **Codice napoleonico** costituisce una novità radicale perché in esso si afferma per la prima volta compiutamente il principio che il compito di emanare leggi spetta solamente al sovrano.

Da allora, l'idea che il compito di fare le leggi spetti unicamente allo stato si è affermata in molti paesi; e dato che tra questi figura anche l'Italia, è questa l'idea che ci è più familiare. La situazione tuttavia non è così semplice.

In primo luogo perché se usciamo dal nostro paese incontriamo situazioni differenti: all'interno della stessa tradizione giuridica europea rimane nei paesi anglosassoni il principio della *Common law*, ossia l'idea che la legge scaturisca – in modo in fondo sostanzialmente non diverso dal codice di Hammurabi o da quello di Giustiniano – dalle sentenze dei giudici, che applicano alcuni principi comunemente accettati ai nuovi casi che via via si presentano. Al di fuori della tradizione europea esistono – come vedremo più avanti – altri sistemi in cui il ruolo della consuetudine e di soggetti diversi dallo stato è abitualmente riconosciuto.

In secondo luogo, accanto agli stati altri soggetti emanano norme di diversa natura: da un lato troviamo diversi organismi sovranazionali, quali l'ONU, l'Unione europea, l'Organizzazione mondiale per il commercio (comunemente nota con l'acronimo inglese WTO, *World Trade Organization*); dall'altro ci sono le norme che lo stato demanda alle sue articolazioni interne – regioni, province, comuni – che integrano le norme statali, a volte entrando in conflitto con esse. Nei prossimi capitoli cercheremo anche di capire come i diversi livelli di norme si influenzino e si intreccino fra di loro.

▼ Il Codice civile dei francesi redatto per volontà di Napoleone.



Legge divina, legge naturale, legge positiva

Norme di origine divina Prima però occorre soffermarsi un momento su un'altra questione fondamentale. In nome di che cosa viene emanata una legge? Che cosa le dà forza?

Nel mondo antico, la risposta a questa domanda era semplice: **le leggi vengono dagli dei**. Il potere del sovrano è di origine divina e le leggi civili sono contemporaneamente nor-

me religiose; ubbidire alle norme dello stato significa perciò al tempo stesso ubbidire al volere del cielo.

Le cose cominciano a cambiare nelle *póleis* greche, quando i governanti vengono eletti dai cittadini e la formazione delle leggi viene sovente accompagnata da ampi dibattiti (vedi p. 208); comincia così a farsi strada l'idea di una legge che è espressione di una decisione dei cittadini, e non

di qualche volontà superiore. Con la diffusione del cristianesimo e della sua affermazione "Date a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio", l'idea della separazione fra potere politico e potere religioso si affermerà sempre più in tutta Europa, e diventerà uno dei pilastri fondamentali della nostra cultura: la legge religiosa è una cosa, quella civile un'altra.

A chi spetta il primato? Ma se la legge non viene dagli dei, in base a quale criterio viene stabilita? A questa domanda si possono dare fondamentalmente due risposte, anche se nella storia hanno avuto numerose varianti. La prima afferma l'esistenza di una **legge naturale**: esiste un ordine nella natura umana, e quindi nella convivenza fra gli uomini, che gli uomini sono in grado con la loro ragione di riconoscere. Il compito del legislatore, allora, sarà di tradurre in norme precise questa legge naturale, che tuttavia esiste prima e in modo indipendente dalle norme stesse. La **legge positiva** – cioè l'insieme delle norme effettivamente stabilite, cioè "poste" dal legislatore (di qui il termine "positiva") – è allora il tentativo di fissare in modo chiaro e definito quel che la legge naturale di per sé prevede. Il fondamento della legge positiva, pertanto, è la sua corrispon-

denza alla legge naturale; questa posizione assume, in generale, il nome di **giusnaturalismo** (dal termine latino per indicare la "legge naturale", *ius naturalis*).

La seconda risposta, al contrario, nega l'esistenza di ogni legge naturale e ritiene che l'unico fondamento della legge positiva sia la volontà del legislatore: non esiste, secondo questa concezione, qualcosa di giusto in sé che il legislatore recepisce; ma giusto è ciò che la legge stabilisce come tale. Per usare l'espressione di uno dei maggiori sostenitori di questa posizione – che a partire dall'Ottocento è stata chiamata **positivismo giuridico** – "non è perché un comportamento è sbagliato che la legge lo sanziona, ma è perché la legge lo sanziona che il comportamento è sbagliato". Secondo questa prospettiva, la validità di una legge non dipende dalla sua conformità a

qualche presunta norma di natura, ma solo dal fatto che sia stata emanata in conformità alle procedure che ne regolano la produzione.

Il dibattito fra sostenitori del primato della legge naturale e quelli della supremazia della legge positiva è antichissimo, e al tempo stesso drammaticamente attuale. Un celebre esempio dell'antichità è il caso di Antigone (vedi p. 213), che disobbedisce a un ordine del re suo padre in nome delle "leggi non scritte, incrollabili, che non da oggi né da ieri ma da sempre sono in vita". Uno più moderno, di segno opposto, è quello di Adolf Eichmann, uno dei maggiori responsabili del genocidio degli ebrei durante la Seconda guerra mondiale, che arrestato e processato nel 1961 cercò di difendersi dalle accuse continuando a ripetere che egli non aveva fatto altro che "obbedire alle leggi e agli ordini".

◀ La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, redatta in Francia sull'esempio di quella americana, fu approvata nel 1789 dall'Assemblea nazionale costituente.

Dalle leggi alla Costituzione

Dalle Dichiarazioni dei diritti alla Costituzione

Proprio per difendere il popolo dagli arbitri del sovrano si è fatta strada, a partire dalla fine del Settecento, l'idea che la convivenza civile debba fondarsi su un patto riconosciuto da tutti, accettato da tutte le diverse parti politiche che si contendono il potere, e che non possa essere cambiato secondo la convenienza del momento. Nasce così l'idea di **costituzione**, un insieme di norme basilari che fondano e regolamentano la vita di uno stato.

Le prime formulazioni di leggi che

stabiliscano in modo univoco e sistematico il fondamento di tutta la convivenza civile di un paese risalgono alle due grandi rivoluzioni che segnano gli ultimi decenni del Settecento, e sono la **Costituzione degli Stati Uniti d'America** (1787) e le diverse costituzioni che si succedono in Francia a partire dal 1791. Significativamente, tanto la Costituzione americana quanto quelle francesi sono introdotte da "dichiarazioni", la **Dichiarazione dei diritti dell'uomo** (Stati Uniti, 1776) e la **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino** (Francia, 1789). In es-



se vengono stabiliti alcuni diritti – “la Vita, la Libertà e la ricerca della Felicità” in quella americana; “la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all’oppressione”, nonché “l’uguaglianza di fronte alla legge” in quella francese – che costituiscono i criteri ai quali tutte le altre norme devono sottostare e che tutta l’azione dei governi deve rispettare. Sull’onda del successo di queste rivoluzioni, “costituzione” diventa la parola d’ordine di tutti i moti rivoluzionari che si susseguiranno in Europa nel corso dell’Ottocento: nell’esistenza di una legge fondamentale dello stato, da tutti condivisa, si vede la chiave per lo sviluppo di società rispettose delle libertà di ciascuno. Così anche nel Regno di Sardegna si arriva, a seguito di moti rivoluzionari scoppiati nel 1848, alla promulgazione di una legge fondamentale dello stato, che dal nome del re che la emana, Carlo Alberto, sarà chiamata **Statuto Albertino**. Quando poi il Regno di Sardegna conquista la maggior parte del territorio italiano, arrivando nel 1861 alla proclamazione del **Regno d’Italia**, lo Statuto Albertino diventa la legge fondamentale del nuovo stato.



▲ Frontespizio dello Statuto Albertino, l'insieme di leggi voluto dal re di Sardegna Carlo Alberto e, a partire dal 1861, esteso a tutto il Regno d'Italia.

La nascita della Costituzione italiana L'esistenza dello Statuto non impedisce tuttavia all'Italia di cadere, a partire dal 1922, sotto la dittatura del Partito nazionale fascista, guidato da Benito Mussolini, che poi condurrà il paese nella tragica avventura della Seconda guerra mondiale (1940-45), conclusa da una durissima lotta che negli ultimi anni del conflitto vedrà il paese spaccato in due, il Regno d'Italia al sud e la Repubblica sociale al nord, attraversata a sua volta dalla lotta tra le formazioni partigiane e i fascisti che la governano con l'appoggio dei nazisti. Al termine della guerra, dunque, è evidente che occorre dare al paese che esce dalle rovine della guerra un nuovo e più solido fon-

damento. Così il 2 giugno del 1946 si svolgono insieme un referendum nel quale gli italiani sono chiamati a scegliere se la nuova Italia dovrà essere una monarchia o una repubblica – come è noto, vincerà la repubblica con circa il 54% dei voti – e le elezioni per formare un' **Assemblea costituente**, che ha appunto il compito di dare al paese una Carta che ne delinei la nuova fisionomia. I lavori della Costituente durano quasi un anno e mezzo, e attraversano anche momenti di scontro acceso tra i rappresentanti dei diversi partiti che ne fanno parte. Tuttavia, alla fine la volontà di dare al paese un fondamento condiviso prevale, e si arriva il 22 dicembre del 1947 all'approvazione del testo definitivo della **Costituzione della Republi-**

ca Italiana, che entrerà in vigore il **1° gennaio del 1948**. Essa si compone di due parti: nella prima vengono fissati i **Principi fondamentali** (articoli 1-12) e i **Diritti e doveri dei cittadini** (articoli 13-54); nella seconda l'**Ordinamento della Repubblica** (articoli 55-139), ossia vengono fissati gli organi di governo dello stato e i rispettivi poteri. In questo modo, secondo la tradizione del costituzionalismo moderno, la prima parte stabilisce i principi e i valori riconosciuti da tutti che stanno alla base della convivenza civile; la seconda indica le modalità di funzionamento degli apparati dello stato che vengono ritenuti più idonei al conseguimento degli scopi individuati nella prima. Di tutto questo ci occuperemo nei prossimi capitoli.