

## I.

### L'ordine naturale delle cose

«... la faccia vecchissima che nasceva sotto la faccia dipinta a mano a mano che si puliva gli zigomi, le guance, la bocca, sotto gli zigomi, le guance, la bocca altri zigomi, altre guance, un'altra bocca, e sotto questi forse altri ancora e quali di quelli sei tu, il padre che ho conosciuto o un uomo che non conosco emergeva dalla donna che lo nascondeva ...».

A. Lobo Antunes, *Che farò quando tutto brucia?*

SOMMARIO: 1. La città e il fiume. – 2. Duplicità dell'origine. – 3. *Ius naturale, iura naturalia*. – 4. *No ought from an is?*. – 5. Nichilismo giuridico. – 6. Proprietà emergenti. – 7. Si pieghi, ch'io sono più re di lui!. – 8. Diventare eguali. – 9. Il pensiero dell'anima. – 10. Socrate. – 11. *Stasis*. – 12. *Philia*: il contratto è natura. – 13. Dai molti all'uno. – 14. Terapia del desiderio. – 15. *Fatum*. – 16. *Pedetemptim*. – 17. *Natura daedala rerum*. – 18. *Nomos e ius*. – 19. Una *res* a parte. – 20. L'arte del mosaico. – 21. La legge consegnata. – 22. Il potere incompiuto. – 23. Tra glosse e canoni. – 24. Tommaso. – 25. L'ordine cambia. – 26. Domat. – 27. Stato di natura e contratto sociale. – 28. Gius-razionalismo e gius-storicismo. – 29. Bocche della ragione: monarchia assoluta, codice, parlamento. – 30. *Common law*. – 31. *Iura gentium*. – 32. Gente indipendente. – 33. Germania. – 34. Sul perché non ci si sposi. – 35. Antigone. – 36. Un sipario strappato. – 37. Fatti. – 38. Sorte sciagurata di Damasceno Monteiro. – 39. Ciechi. – 40. Norimberga, Hiroshima. – 41. *Meta ta physika*: l'essere della legge. – 42. Un centro esposto al tiro. – 43. Disumane obbedienze. – 44. Di case e navi. – 45. Habermas. – 46. *Corpora*. – 47. Freud. – 48. *Deconstructing the machine*. – 49. Costituzione, o della filosofia «nel» diritto. – 50. L'altra India. – 51. L'ordine corrente. – 52. (Gius)naturalismo senza diritto naturale.

### 1. *La città e il fiume*

Uno scrittore nel libro di un altro, e l'uno e l'altro in un altro ancora. Non si sa più da dove venga, questa storia di violenza universale: la violenza nel cui spasmo tutto comincia<sup>1</sup>; la violenza del cancro che ci sfigura<sup>2</sup>; la violenza della polizia politica di Salazar<sup>3</sup>, quella dell'uomo sugli animali<sup>4</sup>, della città sull'uomo<sup>5</sup>; la violenza di un uomo vergognoso del tradimento, di una famiglia sulla sua prole illegittima. Tutto in una Lisbona definita, assediata, impregnata dal suo azzurrissimo fiume: il Tejo potente e limaccioso, ribollente di risulze industriali, che sbuffa dalle froge come una bestia da macello, si insinua nei tubi di scarico,

---

<sup>1</sup> «spinga, spinga, forza, forza, forza, forza, forza, le gambe legate ai ganci, la levatrice lontana da me e io esausta, Spinga, abbassi il mento sul petto e spinga, forse tu non volevi nascere e mi obbligavano a farti nascere, forse ti afferravi a me per trascinarvi con te mentre ti trascinarono via, (...) tu non volevi vivere e io ti ho obbligato, volevi restare in me e ti ho mandato via, e una voce, Si vedono già i capelli, spinga, e col mento sul petto, vidi il sangue e la bambina, a testa in giù, oleosa e scivolosa e sporca di me e di lei e rugosa, legata a me da un cordone ...».

<sup>2</sup> «e dissi a mio nipote Non voglio più il cobalto lasciatemi morire in pace, e non ero io a parlare, era un'altra, anche se usava i miei vestiti e il mio nome, un'altra vedova che mi ripugnava per quanto era vecchia e brutta, mani che non conosco con i miei anelli, occhi che non conosco per quanto sono scuri, rughe estranee, quasi senza capelli, un'altra già morta e io viva per almeno cinque o dieci o dodici giorni ancora, in questa sedia da malata per la paura di sdraiarmi perché nel letto finisce quel che nel letto si è cominciato e io non posso, non voglio, non sopporto di finire ...».

<sup>3</sup> «niente di particolare, signora, vogliamo solo fare una chiacchierata amichevole con il maggiore, lo riavrà stasera, fresco come una rosa, pare ci siano dei furbacchioni che vogliono sovvertire le cose ... Il tizio con il gozzo sferrò un primo calcio contro la sedia e un secondo che mi spacchò i testicoli, la posizione della lampada si modificò, il tavolo mi volò incontro e indietreggiò, e invece del dolore sentii una strana pace (...), estraneo alle domande del pelato, (...) sprofondando in un abisso di felicità, di dolcezza, di innocenza, dove mia madre mi sorrideva come un tempo, assicurandomi, senza parole, che nessuno di noi sarebbe mai morto ... Un'altra volta, sollecitò l'ispettore, e il cuore (solcato di vene, il resto non interessa) a navigare nell'eternità, Aumentate la corrente ...».

<sup>4</sup> «e la volpe trottava rasente alle grate, non l'ho mai vista fermarsi, non l'ho mai vista sdraiata nella gabbia ...».

<sup>5</sup> «pareti e soffitto e pavimento e stanze (...) affacciate su una Benfica che non è più la nostra pur non essendo per ora di nessuno, (...) quando morirete voi non ci sarà più neanche il bosco, ma un altro quartiere su questi quartieri, tetti su questi tetti, comignoli su questi comignoli, e il nostro isolato sotto tanti altri isolati che non sono neanche degni di durare, che ne è dei glicini, dei tigli, degli olmi, che ne è delle oche che fuggono da noi, asmando arrabbiate, da noi che non siamo più noi per quanto diverse e usate, povere voi che rimanete, che vi smarrite per le strade dove un tempo c'erano campi ...».

marcisce le sostruzioni delle case di Alcântara e instancabile va scomponendo memorie di caravelle, cadaveri senza nome, tristezze dei pendolari dei *caçilheiros*.

Fin qui, in un certo modo, quanto si suol chiamare la trama de *L'ordine naturale delle cose*. Meno di ogni altro romanzo quelli di António Lobo Antunes, fatti di fiumi di parole, si possono raccontare: ma tanto basta per dire che questo titolo da sapiente d'epoca ellenistica, da moralista cristiano o da giurista dell'età dei lumi è a metà ironico, e ambiguo quanto la morale ed il diritto. Attraverso i secoli gli uomini si sono rivolti all'idea dell'ordine delle cose per dare un fondamento alle regole della loro convivenza e impedirsi di vederle soggette al lavorio del divenire, ai capricci del caso, alla guerra dolorosa e mortifera delle volontà di potenza. Ma la stessa ragione che quell'ordine è deputata a decifrare, o in cui dovrebbe custodirsene il principio, non cessa di rivelare la problematicità del proprio giudizio: il complicato dietro l'elementare, l'oscurantismo dietro la certezza, mille domande dove era parso di trovare una risposta.

L'arte di Lobo Antunes è animata da un razionalismo inflessibile e senza conforto, com'è ogni razionalismo degno di questo nome. L'umanità da lui ritratta è quella dei nostri giorni, consumata, patetica, abbandonata: umanità cui è a rigore negato anche di rivolgere al cielo parole d'invettiva, perché solo a se stessa sa di dovere la propria sofferenza.

Se la comparsa del romanzo polifonico, agli albori del Novecento, è il segno di mille crisi – del positivismo e del naturalismo, dell'idea di progresso e dell'unità del soggetto – al capo opposto del secolo la polifonica scrittura di questo connazionale di Ricardo Reis, di Campos, di Caeiro – in una parola di Pessoa – si leva solitaria e potentissima dal cuore della società e della cultura «post-moderne» urlando che la crisi è strutturale, fissa nell'ordine dei tempi e delle cose. Il genio di Lobo Antunes – è stato detto – consiste nella capacità di rappresentare il caos che regna «fuori», nel mondo, e «dentro», nella nostra psiche<sup>6</sup>. Si adatta a questo scopo, come per calco sulla materia, la tecnica narrativa abbozzata in *Explicação dos pássaros*, già chiaramente delineata in *Auto dos danados*, portata a piena maturazione a partire dal romanzo dal titolo cartesiano: *Tratado das paixões da alma*. Una moltitudine di voci «egualitaria e orizzontale», un'infinità di punti di vista aventi ognuno la stessa fondatezza ed importanza: l'esatto opposto di «un'egemonia» che attribuirebbe al racconto

---

<sup>6</sup> R. Zenith, *A desordem natural de Lobo Antunes e como destraduzi-la*, in AA.Vv., *A escrita e o mundo em António Lobo Antunes*, Atti del Convegno dell'Università di Évora, Lisboa, Dom Quixote, 2003, pp. 395 ss.

«un qualche centro e una precisa direzione»<sup>7</sup>. Tra i temi e le figure ricorrenti in questi libri con insistenza ossessiva – la casa opulenta degli avi, votata ad una lenta e inesorabile rovina; l'orrido ospizio, in cui è occultata l'ancor più orrida vecchiezza; e ovviamente il sesso, motore del mondo, col suo ordinario séguito di ridicolo, perversione, ipocrisia – sparsi e rarissimi galleggiano i relitti di un sentimento del diritto e del torto. La proprietà usurpata, in una delle opere più antiche, e un solitario personaggio impegnato a porvi rimedio. Due parole sul frontespizio – *danados*, con forza evocativa di un giudizio terrificante; *auto*, che sta per atto solenne, all'occorrenza processuale, ed anche per dramma sacro. L'impianto del *Tratado delle passioni* consegnato al dualismo tra giudice e imputato.

Ma i contrari si toccano e si confondono, ognuno è parte dell'altrui peccato e della pena, e tutto si incastra alla perfezione perché ogni cosa sia perfettamente invano. Se non in forma beffardamente illusoria – sempre svelata con la prontezza di uno schiaffo – nessuno spazio per conclusioni edificanti, per rassicuranti attribuzioni di senso e di valore. Solo un sordo, inspiegabile, estenuante disagio:

quando penso alla giustizia e all'ingiustizia

– confida una delle voci –

mi rammento di me che da bambina, appena mi ritrovavo una macchia, la lavavo con acqua talmente abbondante e tanto sapone da non sapere più se si trattava ancora della macchia o del mio tentativo di pulirla, quando la macchia e l'acqua insaponata si asciugavano mi accorgevo che erano ancora lì, l'una sull'altra, due aureole che mandavano in bestia mia madre che prendeva la scopa per picchiarmi  
– Qua la mano Isilda  
non so se per la macchia piccola o per quella grande, io lì a trattenere le lacrime con la mano tesa ...

Interrogato sul libro a molti autori, l'autore stesso prova a spiegarsi con un ricordo d'infanzia. Quando chiedevo ragione di alcunché, dice all'incirca, sempre mi davano la solita risposta: è questo – sentenziavano – l'ordine naturale delle cose<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> E. Cabral, *Experiências de alteridade (a guerra colonial, a revolução de abril o manicómio e a família)*, ivi, pp. 363 ss.

<sup>8</sup> M.L. Blanco, *Conversas com António Lobo Antunes*, Lisboa, Dom Quixote, 2002, p. 179.

*Ordine* è per i dizionari disposizione secondo un criterio, il criterio stesso, lo stato

## 2. *Duplicità dell'origine*

La formula suona familiare ai giuristi perché è familiare al discorso morale.

È nell'ordine delle cose, esordiscono i manuali universitari, che ovunque vi sia una società vi sia diritto. I beni del mondo, le risorse che soddisfano gli appetiti e gli infiniti desideri di ciascuno, sono limitati: ciò rende indispensabile l'instaurazione di criteri di attribuzione, nonché di decisione di conflitti. Oppure, in tonalità diversa: la natura dell'uomo è quella di un animale politico; egli necessita di vivere con gli altri per soddisfare i suoi più elementari bisogni – di cure, di cibo, bisogno sessuale –, e poi via via interessi più complessi e sofisticati. Perciò vi è traccia di regole di convivenza ovunque vi sia traccia di vita umana.

Nell'ordine delle cose è anche la sospensione ambigua della genesi di queste norme, la duplicità del loro fondamento. Al pari dei suoi corrispondenti nella maggior parte delle lingue europee, il termine *diritto* contiene un'allusione a ciò che è *retto*, e quindi – come suggerisce la geometria – obbligato, consequenziale, coerente. Ma esso evoca anche l'autorità ed il *comando*, in quasi tutte le culture e tradizioni simboleggiato dalla mano *destra*<sup>9</sup>. Razionalità e autorità sono due idee costantemente e dialetticamente compresenti in tutta la storia del fenomeno giuridico. La prima sta a indicare che il diritto è rivale dell'arbitrio e indissolubilmente legato all'istanza di eguaglianza: *ordinare* rapporti, trattando in modo uguale situazioni uguali e in modo difforme situazioni diseguali. La seconda ricorda che esso è espressione di potere, è al centro – in tutte le società – di lotte “politiche” ed è spesso stato imposto, nella storia, con la forza delle armi.

Pur quando sorretto da una solida posizione di supremazia, il comando rivolto a organizzare la vita degli uomini in comune aspira a un qualche grado di condivisione: senza consenso ogni potere è meno stabile, ogni forza più esposta a soccombere a una forza diversa. D'altra parte, la ragione che sottopone le cose umane a una misura di coerenza è una ragione *formale*, incapace di esprimere comandi finché non le si associ una qualche sostanza di ispirazione. Per tale convergente spinta – verso *valori*

---

degli oggetti così disposti; per N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2004 (3), p. 4, «regolarità e prevedibilità»; per Hayek (ivi ricordato a p. 6), una condizione «in cui possiamo riuscire a crearci delle prospettive e delle ipotesi circa il futuro».

<sup>9</sup> Con simili notazioni si apre, molto opportunamente, il corso di G. Iudica e P. Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, Cedam, 2004 (5), p. 1.

*condivisi* – inerisce da che mondo è mondo alle norme giuridiche la tendenza a riflettere, almeno in parte, principi etici e ai principi dell'etica di pretendere, almeno in parte, allo *status* di regole giuridiche. Benché spesso sottovalutata e oggetto anzi di sistematici processi di negazione, questa attrazione non si spegne. Mediato, di volta in volta, dal carisma di un capo, dagli appelli alla tradizione o alla religione, dalle procedure della deliberazione democratica, non si scioglie il rapporto degli ordinamenti giuridici con la più molesta, controversa, inestinguibile delle domande: come è giusto vivere?

### 3. Ius naturale, iura naturalia

Il modo preminente in cui la questione dei contenuti morali del diritto si è espressa attraverso i tempi è un affollarsi, disgregarsi, ricomporsi di pensieri e di dottrine intorno al termine *natura*. Un lungo, frammentato, inesauribile discorso che potrebbe designarsi complessivamente, nei suoi contorni irregolari, come tradizione *gius-naturalista*<sup>10</sup>. Se vi si includono anche gli assunti sub-testuali – tacite e variamente consapevoli presupposizioni, o implicazioni, di enunciati che al concetto di natura non fanno alcun esplicito riferimento – non è implausibile il dubbio che tutta intera quella questione vi si risolva.

C'è in principio la forza degli elementi – la pioggia, il vento, l'avvicinarsi delle stagioni – che impone forma alla vita umana; c'è un pensiero arcaico che associa a regolarità e stranezze dell'ambiente (il corso degli astri; il volo ora compatto ora deviante degli uccelli) comandi o direttive di comportamento; c'è il sentimento di un cosmo progettato da un Creatore, o nel quale si incarni l'unità del Logos, dello Spirito o della Ragione: la risposta alle domande su come l'uomo debba vivere sarebbe scritta o andrebbe decifrata nella struttura, nell'ordine interno di questo

---

<sup>10</sup> Si veda S. Castignone, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009 (2), pp. 41 ss., ove del giusnaturalismo si tratta *ex professo* in esordio al capitolo su *diritto e giustizia*: «tutte queste posizioni ruotano attorno all'idea che diritto e giustizia, e quindi diritto e morale, non possano essere scissi o considerati separatamente». Ivi, p. 45, il riassuntivo riferimento a N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965 (rist. 1988): egli «ha definito il giusnaturalismo, o meglio i giusnaturalismi, non come delle teorie morali, bensì come delle teorie della morale, riguardanti cioè il modo in cui si possono conoscere i valori morali. Anzi li ha riuniti in un'unica teoria meta-etica: nel senso che consistono tutti, qualunque sia il loro contenuto, in una concezione oggettivistica dell'etica, in un modo di concepire i valori come razionalmente conoscibili».

cosmo o di qualche sua parte specialmente nobile (la «natura umana»).

Su questo sfondo, filosofi e giuristi di tutte le epoche hanno preteso di dare contenuto alla categoria di *ius naturale*: con esiti, com'è nell'ordine delle cose, assai variabili<sup>11</sup>. Il censimento delle diverse verità è un facile *divertissement* per eruditi: in nome del diritto di natura si trovano di volta in volta teorizzato il primato del governo di uno, di pochi o di molti, fondata o contestata la potestà dell'uomo sulla donna, repressa o socialmente accettata l'omosessualità, giustificati lo schiavismo, l'imperialismo coloniale, l'*apartheid*, affermato il valore dell'eguaglianza tra gli umani.

Questa labilità di contenuti si apprezza tuttavia specialmente in prospettiva diacronica, ed anzi alla precisa condizione di elevare lo sguardo fino a abbracciare periodi secolari. Essa non ha impedito all'idea di diritto naturale di operare in diverse e importanti maniere, sia sul piano della discussione o della lotta politiche sia su quello tecnico della pratica giuridica.

Dal primo punto di vista, le dottrine giusnaturalistiche sono state adoperate in funzione di legittimazione dello *ius positum* – delle norme giuridiche, cioè, effettivamente vigenti in un certo momento e luogo, per perorare la loro conservazione; ma anche, all'opposto, in funzione di sua contestazione, di supporto ideologico e filosofico alla *resistenza* e finanche al *tirannicidio*, come nei monarcomachi del XVI secolo<sup>12</sup>.

Sul piano tecnico, l'assunto di un ordine inscritto nelle cose, di un insieme di imperativi sempiterni, sottratti per loro intrinseca virtù alle mutevoli determinazioni di coloro che vi sono soggetti, consentì di realizzare molto in anticipo sul tempo delle moderne costituzioni rigide una forma di subordinazione dei poteri istituzionali al diritto. Nella cultura giuridica anglosassone la formula *king can do no wrong* non è tanto il motto di un autoritarismo divinizzante, ma soprattutto – all'esatto contrario – una tecnica di controllo: i comandi del legislatore non possono né intendono essere in contrasto con i più generali e condivisi sentimenti di giustizia, quelli che si riassumono – per l'appunto – nelle dottrine del diritto naturale; alla comunità degli interpreti è affidato all'occorrenza, attraverso l'esperimento di tutte le potenzialità semantiche della parola, l'adeguamento

---

<sup>11</sup> Cfr. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 20: «e vi ha chi le attribuisce la tutela della proprietà privata, e chi della proprietà collettiva; e chi questa o quella istituzione familiare o patrimoniale».

<sup>12</sup> Su di essi ad esempio G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'età moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2003 (2<sup>a</sup> ed. aggiornata da C. Faralli), pp. 48 ss.

del significato dei primi ai contenuti dei secondi. Lo stesso avviene, nei secoli del diritto comune, anche in Europa continentale, ove la costruzione individualistica della soggettività giuridica e morale, soggettivizzando il concetto stesso di diritto, introduce nella formula che esprime la sottoposizione del principe ad un ordine superiore un problematico elemento di pluralità: *iura naturalia sunt immutabilia*<sup>13</sup>. Oltre che ad alcuni precetti di carattere procedurale (divieto di norme incriminative retroattive, obbligo del contraddittorio), l'espressione allude, soprattutto, alla proprietà, alla libertà contrattuale e d'iniziativa economica: agli elementi cardine, insomma, del diritto privato.

In séguito, richiamata più o meno apertamente dagli stessi legislatori, l'idea di diritto naturale consentì ai soggetti investiti dell'applicazione delle norme positive di integrarne, "completarne" il contenuto sulla base di quanto ad essi, come interpreti della coscienza comune, apparisse oggettivamente giusto. L'impresa delle codificazioni moderne, e in particolare la redazione del *code Napoléon*, largamente fu ispirata al programma di una definitiva, esauriente positivizzazione del diritto naturale; ma la retorica autocelebrativa, spingendosi a negare la possibilità d'ogni lacuna, non poteva che metter capo a un *cul de sac*<sup>14</sup>. Il codice civile italiano del 1865, e più precisamente l'art. 3 delle "preleggi" ad esso anteposte, evitò la trappola incaricando il giudice, al cospetto di controversie non previste, di rivolgersi, per trattarle, ai «principi generali di diritto»: formula evocativa, ancora una volta, della nozione di precetti universalmente accolti, e perciò della teoria del diritto naturale, con tutto il suo retaggio di concreti svolgimenti nella storia.

Vista su questo terreno dell'effettiva amministrazione del diritto, l'idea dell'ordine di natura non cessa di manifestare il suo aspetto bifronte: in quanto atta a contenere l'arbitrio dei *conditores* ha certo una valenza *anti-autoritaria*; ma al tempo stesso è elitaria e si rapporta problematicamente alla democrazia, perché le inerisce l'indisponibilità da parte delle maggioranze, il crisma della verità sulla quale cerchie di sacerdoti, tecnici, sapienti facilmente avanzano pretese di monopolio.

---

<sup>13</sup> Si veda G. Gorla, *Il diritto comparato in Italia e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo civil law-comon law»*, Milano, Giuffrè, 1983, particolarmente a p. 563.

<sup>14</sup> Cfr. ancora G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 443 ss., specialmente – sull'istituzione e l'abolizione del *référé législatif* – pp. 459 ss.

#### 4. No ought from an is?

La categoria di post-modernità si propone ora come il termine definitivo del secolare discorso. Già nell'età che gli storici generalisti sogliono inaugurare con la scoperta del Nuovo Mondo – pur letteralmente dominata, sul piano culturale, da imponenti figure di giusnaturalisti – sono presenti e attivi tutti i fattori preparatori del *de profundis*. La ricerca antiquaria e filologica dell'Umanesimo porta il seme del dubbio circa l'attendibilità storica delle narrazioni sacre. Dalla Riforma, dal pensiero di Erasmo e di Spinoza, dalle esplorazioni geografiche e dagli expansionismi commerciali e militari la libertà religiosa si fa largo faticosamente, attraverso cumuli di cadaveri, come un dato empirico e una condizione di sopravvivenza. La rivoluzione scientifica dei secoli XVI e XVII parrebbe armare la ricerca dell'ordine naturale di uno strumentario formidabile: ma contemporaneamente mette a prova ogni idea di finalismo intrinseco alla natura, promuove un'ondata di pensiero meccanicistico alla quale è estranea ogni questione di valore. Molte presunte leggi di natura ne verranno progressivamente smentite, e dalla conoscenza delle leggi nuove si trarranno infinite nuove possibilità di azione umana. Dal sapere della scienza torna a separarsi quello filosofico, con la sua ambizione di appropriare la totalità dell'essere al soggetto pensante; e però tale programma, che promette, più o meno implicitamente, anche di svelare la Giustizia, batte e ribatte contro la propria *impasse*: le *meta*-fisiche non rivelate sono tutte generate dalla mente umana, e la mente umana non può dirimerne i contrasti.

Il punto di convergenza di tutte queste tensioni sta nella così detta legge di Hume, la quale afferma l'impossibilità di desumere precetti da proposizioni descrittive, leggi umane da leggi di natura. Proposizioni qualificabili come corrette od errate sono quelle delle scienze che hanno per oggetto il mondo fisico; alle proposizioni *prescrittive* – e dunque in particolare alle norme giuridiche – non si addicono i predicati di vero o di falso, ma un meno categorico giudizio in termini di opportunità. «La differenza tra le due funzioni linguistiche porta nelle strutture profonde della coscienza moderna», ha scritto Uberto Scarpelli<sup>15</sup>. Eppure, perché la legge

---

<sup>15</sup> Si vedano i saggi raccolti in U. Scarpelli, *Bioetica laica*, Milano, Baldini e Castoldi, 1998, e ad esempio *Bioetica: prospettive e principi fondamentali*, ivi alle pp. 37 ss.; inoltre Castignone, *Introduzione*, cit., pp. 44 s., ov'è da rimarcare che l'autrice si guardi dall'intitolazione della "legge" a Hume riprendendo piuttosto, quanto alla sua infrazione, l'altrettanto classica espressione «fallacia naturalistica».

La teoria crociana dei concetti giuridici come *pseudoconcetti* nasce proprio dalla netta distinzione tra scienze «naturali» e «storiche» (cfr. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit.,

di Hume si imponga davvero nella cultura occidentale, occorrerà ancora che dal trionfante storicismo prendano corso meno trionfali avventure del pensiero – la genealogia della morale di Nietzsche, la psicoanalisi di Freud; e che catastrofi dal grande impatto simbolico – il naufragio del Titanic, la prima guerra mondiale – lo emendino dal mito del progresso unidirezionale<sup>16</sup>. Per Nietzsche, seguito da Foucault, non esiste un centro di volontà e di conoscenza sottratto e antecedente alle forme di potere che strutturano la vita. L'affermazione, per poco che ci si fermi a soppesarla, ha una portata sconvolgente: come una scintilla incendiaria si attacca all'alfa e all'omega d'ogni umana istituzione. La verità è una Circe dalle mille sembianze, sotto ogni cui maschera se ne troverà una ulteriore: non solo negli oggetti della nostra conoscenza, ma anche in noi medesimi osservatori alcun dato, alcun tratto, si offre come indisponibile, come un punto fermo su cui edificare dottrine morali e giuridiche; l'ordinamento sociale è perciò consegnato alla più assoluta relatività di contenuti e di valori. Nell'ordine delle cose vi è solo la volontà di potenza, la lotta come forma stessa della vita. La vita politica non è che rituale destinato a sanzionare il dominio degli uni sugli altri; il «calcolo quantitativo del consenso», cui nel sistema democratico è affidata la risoluzione dei conflitti, non può svelare il giusto, ma solo esprimere rapporti di forza<sup>17</sup>. Poiché non esiste un'essenza dell'uomo definibile e identificabile in quanto tale, la posta in gioco del confronto e dello scontro è in ultima analisi – pauroso scenario, e quanto oggi realistico! – la stessa conformazione, fisica e mentale, del soggetto di pensiero e di diritto.

---

pp. 51 ss.): gli pseudoconcetti – scrive Croce – sono arbitrari perché irrigidiscono il variabile, «che è costante solo relativamente, facendone qualcosa di assolutamente costante, e mutano il simile nell'identico».

La “legge di Hume” può essere letta anche al contrario: ciò che la legge umana proibisce non è per questo impossibile, espunto dalla realtà. I giuristi, qualche volta, lo perdono di vista, con esiti di paradossale candore.

<sup>16</sup> Si veda ad es. G. Sasso, *Tramonto di un mito. L'idea di «progresso» tra Ottocento e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1988 (2).

<sup>17</sup> Cfr. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 35. Lo Stato, il più elaborato costruito politico-giuridico della modernità, è identificato nella *Genealogia della morale* con «un qualsiasi branco di animali da preda, una razza di conquistatori e di padroni che, guerrescamente organizzata e con la forza di organizzare, pianta senza esitazione i suoi terribili artigli su una popolazione forse enormemente superiore di numero, ma ancora informe, ancora errabonda».

### 5. *Nichilismo giuridico*

Che il pensiero delle istituzioni politiche come espressione di valori sostantivi soffra di universale screditamento non si potrà mettere in dubbio dall'osservatorio privilegiatissimo del nostro Paese. Esso non è solo l'avamposto dell'enorme capacità di manipolazione delle coscienze messa in campo dai mezzi di comunicazione di massa, ma anche il luogo in cui la riduzione della funzione e delle procedure di deliberazione della legge a tattiche per la conquista e la conservazione del potere, la distanza tra proclamazioni d'intenti dei funzionari e loro comportamenti effettivi, tra contrasti esibiti ed accordi stabiliti dietro le quinte, hanno meritato, da gran tempo, il nome apposito di *trasformismo*. Una delle ultime conferme nel chiacchiericcio di fondo rilevato da intercettazioni telefoniche disposte dall'autorità giudiziaria nell'esercizio di attività inquirente: perché – sia detto per inciso – non ci sono più testimoni o confessioni, in questo Paese dalle piazze desertificate. Al culmine di un pluridecennale deterioramento della vita pubblica una legge elettorale surreale, progettata per avvelenare i pozzi e far dilagare la palude, vi ha suggellato – simile a una pietra tombale – il tramonto della rappresentanza democratica.

Il modello tradizionalmente opposto, dell'ordinamento a produzione giurisprudenziale, pare conoscere, al momento di una sensibile regressione nell'esperienza interna dei Paesi di lingua inglese, grande fortuna su scala planetaria: ma tale suo successo è proporzionale all'incapacità di imprimere forma generale ai poderosi processi che chiamiamo di globalizzazione. Sono questi ultimi, oggi, a proporsi come l'ordine naturale delle cose: un ordine che produce vertiginose ineguaglianze, desolazioni sterminate, e si rivolta contro le società del benessere dal cui medesimo grembo si diffonde.

Oggi che il progresso sembra affrancarci dall'asservimento ad ogni legge di natura, elevando all'ennesima potenza il novero delle pratiche opportunità, e che la tecnica ci avvicina luoghi, genti, usanze diversissime: più che mai il *disaccordo* – delle volontà, delle rappresentazioni, delle idee – ci si presenta come una generale condizione della nostra vita, a propria volta dotata dell'irrefragabile consistenza di un dato naturale. In alcuni ciò può indurre a coltivare un'idea intimistica del vivere virtuoso, non aspirante ad affermarsi come regola sociale. Tale posizione, sfortunatamente, urta contro l'ordine delle cose, il quale proclama ad ogni ora che istituti sociali, un diritto, *opzioni pubbliche normative* abbiano da esserci<sup>18</sup>. Il pensiero

---

<sup>18</sup> Cfr. questo passo di J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cam-

liberale, che indica a base delle istituzioni politiche il valore del pluralismo, suggerisce che il diritto non debba “scegliere”, e rispecchiare, *un* sistema di principi morali, ma semmai dare riscontro ad un nucleo comune alle diverse morali, oppure – più realisticamente? – tradurre in legge quel tanto di morale che consenta di raccogliere il massimo del consenso. Regola di coesistenza tra le diverse morali non può essere – d'altra parte – la mera tolleranza: un ordinamento sociale può mostrarsi più o meno tollerante, ma non essere specchio della pura tolleranza, perché in tal caso non prescriverebbe nulla.

I sapienti del giure vivono questo stallo con loro proprio e peculiare disorientamento. Essi «non costituiscono più il nucleo della classe politica né hanno forza di orientarne le scelte»; guardano la corrente usurare, scompaginare, travolgere, i loro antichi e più collaudati concetti. Con vario e alterno senso di disagio avvertono il proprio mestiere perdere qualunque aura di speciale dignità, il proprio profilo avvicinarsi – più che in

---

bridge University Press, 1999, ed. it. a cura di A. Pintore, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 47 ss.: «i membri di una comunità potrebbero essere divisi sulla questione se al testatore debba essere riconosciuto il potere *à la Re Lear* di escludere il figlioletto sopravvissuto dal godimento dei propri beni. Alcuni cittadini, esaltando la libertà testamentaria, sostengono che dovrebbe: dopotutto si tratta della *sua proprietà*, da trasmettere secondo i suoi desideri. Altri sostengono invece che non dovrebbe: alla sua morte, l'esigenza di rispettare le sue preferenze perde d'importanza in rapporto all'esigenza di assicurare il benessere di coloro che da lui dipendevano. Il problema è politico, non semplicemente perché i cittadini dissentono, giacché siamo in disaccordo su ogni genere di questioni – le virtù del romanzo contemporaneo, le cause delle Guerre Puniche – su cui non vi è necessità alcuna di decisione politica. La questione dei poteri del testatore è politica perché coloro che dissentono nel merito nondimeno concordano sul fatto che la comunità necessita di una qualche soluzione del problema. (...) Un uomo muore, e al momento della sua morte la sua casa è in possesso della figlia. Il rappresentante di un'associazione locale per l'assistenza dei cani randagi arriva brandendo un pezzo di carta sottoscritto dal *de cuius* (...) in cui la proprietà viene devoluta all'associazione. Il rappresentante e i suoi sostenitori sono convinti che questa sia propriamente una questione di discrezionalità del testatore e dunque, in nome della giustizia (...), cercano di entrare in possesso della casa. La figlia e i suoi amici sono parimenti convinti che lo sfratto e la conseguente privazione dell'alloggio sarebbero iniqui, e oppongono resistenza ai tentativi di portarlo a compimento. Se la comunità non ha preso posizione in materia di libertà testamentaria (...) allora entrambe le parti, la figlia e l'associazione, si avvieranno a passare alle vie di fatto. (...) Ora, la forza non è certo fuor di luogo nell'interesse della giustizia (uno dei modi di delimitare l'area dei diritti e della giustizia dal resto della morale consiste nel ritenere che i primi possono essere garantiti in modo appropriato con la forza). Ma è un insulto all'idea della giustizia che la forza venga usata da parti contendenti, in modo ostile e reciprocamente contraddittorio, in nome della giustizia».

ogni altra epoca storica – a quello di uomini buoni per tutte le stagioni<sup>19</sup>.

Irrompe infine anche nell'accademia dei giuristi il termine *nihilismo*: parola come poc'altre spaventosa, e spesso forse mal compresa, già messa dal filosofo in stretta relazione con l'altra, più consueta, di *produzione*. «L'immagine del distruggere e costruire, del trarre dal nulla e ricacciare nel nulla», ha preso – proclama Irti – «pieno possesso del discorso giuridico»: al pari di ogni merce, le norme sono «offerte ai consumatori, usate, logorate, sostituite». *Indifferenza contenutistica* e *culto della forma* sono le insegne del mondo attuale: «se gli Dei si sono ritirati, se natura e ragione si fanno silenziosi, se l'unità di senso gli è ormai negata, all'uomo non resta che costruire forme, capaci di accogliere e trattare qualsiasi contenuto».

Ben per questo gli storici della letteratura tedesca definiscono l'espressionismo come “urlo e geometria” o “caos e geometria”. La costruzione geometrica della forma domina, nella musica, la poetica dodecafonica; e, nelle arti figurative, l'astrattismo di Wassili Kandinsky e Paul Klee. (...) Non è davvero un caso che, se artisti e critici letterari teorizzano la *poésie pure*, Hans Kelsen enunci la *dottrina pura del diritto*. (...) Nel formalismo è la salvazione (...): (...) i valori formali, del tutto indipendenti dai contenuti, cioè dalle materie immesse e trattate nelle procedure, garantiscono di per sé la validità del diritto. E se ancora si parli di ragione, essa non è altro dalla *razionalità tecnica*, dal regolare funzionamento delle procedure.

Sulle procedure gli scopi «premono molteplici» e – si dice – «fortuiti». La volontà umana «genera lotte tra visioni del mondo, prospettive di vita, interessi economici e politici». La composizione della lotta nel procedimento non è altro dal dominio di una volontà sulle altre:

questa immagine (...) è taciuta nei libri dei giuristi. (...) Bisogna allora (...) aprire (...) le pagine di un grande saggista e narratore come Albert Camus. *L'homme révolté* insegna l'essenza del diritto moderno (...) più e meglio di intere biblioteche delle nostre Facoltà. (...) «Se i grandi principi non hanno fondamento, se la legge non esprime nient'altro che una disposizione provvisoria, essa non è fatta ormai se non per essere elusa o per essere imposta».

---

<sup>19</sup> Cfr. ancora Irti, *op. ult. cit.*, pp. 74 ss.: nell'opera del nuovo avvocato prendono sempre più rilievo, sulle prestazioni forensi, le prestazioni “legali”: esse «non riguardano né ragione e torto in un processo civile, né innocenza e colpevolezza in un processo penale. (...) Mirando ad accertare la compatibilità fra leggi e decisioni economico-sociali, concorrono con altre prestazioni a costituire materiale tecnico-informativo, che l'autore della decisione trova dinanzi a sé» e di cui si serve per modellare le strategie del proprio tornaconto.

Ad imporla è lo Stato – o il centro sovrastatale di sovranità dallo Stato medesimo insieme ad altri istituito –, il quale, sciolto «da ogni fondamento sovra-terreno e da ogni mistica della regalità», si configura come un congegno semovente, *machina machinarum*.

La macchina funziona *senza riguardo ad uno od altro contenuto*. Non importa il perché ed il che cosa, ma soltanto il *come* (...), ma soltanto la *validità* della norma giuridica.

La violenza, che sempre accompagna posizione e im-posizione di norme (...), assume, nell'epoca della modernità giuridica, il volto del silenzio e la fredda precisione del meccanismo<sup>20</sup>.

## 6. *Proprietà emergenti*

Leggi prodotte e poi non più vigenti, evoluzione delle specie, un universo in espansione<sup>21</sup>. Se un tratto voglia dirsi costitutivo della condizione post-moderna, sembra che esso debba risiedere nella *vertigine della storia*. Non per niente occorre narrare. Nulla di ciò che cade sotto i nostri sensi si sottrae all'effetto di movimentazione, di dissolvimento, della conoscenza, che è capacità retrospettiva. La stessa mente che si interroga su tutto ciò che è circostante scopre di avere un passato a molti strati – culturale, biologico, fisico. I primi umani si separarono dalle scimmie cinque o sei milioni di anni fa; ma in quanto appartenenti al più ampio insieme dei mammiferi è nostra una vicenda assai più lunga, di svariate decine di milioni di anni; e in quanto vertebrati di qualche centinaio di milioni. Gli organismi pluricellulari contano più di due miliardi di anni; le prime cellule viventi sono comparse sulla Terra quasi quattro miliardi di anni or sono.

Molto prima di allora, quando la temperatura del mondo era attestata su valori altissimi, non potevano esistere che fenomeni fisici «per noi inimmaginabili». Col calare di quei valori, presero a formarsi «entità ma-

---

<sup>20</sup> Irti, *Nichilismo giuridico*, cit. Il libro di I. ha preannuncio nel dialogo con Emanuele Severino: si veda N. Irti-E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001. Dichiarati – soprattutto – gli echi di Nietzsche: «noi tutti – si legge nell'aforisma 459 di *Umano, troppo umano* – (...) dobbiamo accontentarci di diritti *arbitrari*, che sono espressione della necessità che esista un diritto».

<sup>21</sup> È la “legge di Hubble”, ricavata dallo studio dello spostamento delle righe degli spettri delle galassie: le altre si allontanano dalla nostra (moto di recessione) a velocità direttamente proporzionale alla distanza.