

Presentazione

Il giuridico e il simbolico

Robert Jacob

Ciò che chiamiamo 'sistema giuridico' può funzionare solo se è supportato da effettiva convinzione. Si potrebbe pensare auspicabile che i soggetti ritengano consigliabile obbedire al diritto. La loro convinzione, secondo alcuni, sarebbe un elemento costitutivo della norma giuridica, ed è stata a volte intesa come la sua natura obbligatoria. In altri casi, al contrario, sappiamo anche che spesso i soggetti pensano che la regola applicata loro sia ingiusta. Il punto essenziale è che, in ogni caso, coloro che fanno obbedire, giudici, poliziotti, guardie carcerarie, agenti di polizia, tutti coloro che partecipano alla macchina coercitiva al servizio della norma, ritengono che la sua applicazione sia necessaria; per costoro, questa convinzione può affievolirsi e la norma racchiusa nei testi diventare una lettera morta. Non è altro che "carta straccia", come si è detto per i trattati internazionali quando le forze prodotte dagli interessi nazionali degli Stati, soggetti del diritto internazionale, si sono rivelati superiori al desiderio di mantenere la coesione presumibilmente inerente al testo dei trattati, o come si può dire della legge di alcuni Stati, che esiste solo su carta.

Da dove deriva questa effettiva convinzione? Numerosi ne

sono i fattori e tra essi, il più immediatamente visibile (ad eccezione di quelli ai quali spontaneamente il pensiero giuridico è indotto ad arrestarsi) è costituito dall'apparato simbolico che circonda il funzionamento di qualsiasi potere: le bandiere, l'incoronazione dei re, la toga del giudice, il rituale giudiziario, quello della stipula dei contratti, le uniformi, i dipinti e le sculture che ornano i monumenti pubblici, la messa in scena della comunicazione dei governanti ai governati, e molti altri elementi ancora. Questi elementi esteriori appunto non sono l'essenziale, ma è impossibile pensarli privi di qualsiasi efficacia. Gli specialisti in metodologia delle scienze sociali non considereranno senza dubbio come un modello l'esperimento condotto dal professore di diritto che sottoponendo alla classe un caso, ha diviso i suoi studenti in due gruppi, l'uno nell'aula di un tribunale, l'altro in un luogo più ordinario, evidenziando come le argomentazioni più attente all'autorità e all'ordine erano maggiori nel primo gruppo rispetto che per il secondo. Ma qualunque cosa derivi da questa esperienza, il semplice fatto che nessun sistema giuridico può fare a meno di simbolismo, che anche le giurisdizioni più tecniche rimangono ancora attaccate all'allestimento dei luoghi o ai paramenti, basterà a stabilire che l'attenzione per le forme non può essere ritenuta superflua.

Tuttavia, il giurista è un uomo del testo e il teorico del diritto stesso è uomo che si muove per astrazioni. Pertanto, un approccio come quello del professor Cananzi, che rende l'estetica del diritto una componente della sua teoria, non è molto diffuso ma merita di essere accolto. Il suo autore è ben conscio che non è senza rischi. I simboli sono innumerevoli, il loro universo è abbondante. Al confine della storia del diritto, della storia dell'arte e della sociologia dello spettacolo, coloro che si impegnano a chiarirlo hanno il compito di padroneggiare saperi molto differenti, senza però avere metodi

condivisi. Il giurista è mal preparato per allontanarsi dall'universo delle ragioni astratte nel tentativo di vedere nel suo oggetto, nel diritto, una dimensione sensibile ed emotiva. Un certo spaesamento nei primi tentativi è inevitabile.

Anche se può sembrare completamente nuovo oggi, l'approccio non è senza precedenti. Il più notevole è quello della Scuola tedesca di storia del diritto del XIX secolo. Lo spirito del popolo, il *Volksgeist*, professato dai sostenitori di questa scuola, si esprime attraverso il suo linguaggio, la sua mitologia e il suo diritto. Nessuna soluzione di continuità, quindi, tra le prime forme del sistema giuridico e l'emergere dell'arte e della letteratura. "La poesia e il diritto sono nati nello stesso letto", hanno scritto i fratelli Grimm. Al diritto romano, si intendeva opporre un presunto "diritto germanico", che sarebbe stato allo stesso titolo e alla pari una fonte della cultura giuridica europea. Poiché non è stato possibile trovare l'equivalente del *corpus* testuale che era la forza della scienza romanista, hanno cercato espressioni altrove, in particolare nei simbolismi che servivano l'emanazione. Le antichità del diritto tedesco di Jacob Grimm (*Deutsche Rechtsaltertümer*), pubblicato nel 1828, è in realtà un dizionario di simboli. A seguito di questo famoso libro è cresciuta, in tutto il XIX secolo e all'inizio del XX secolo, una "archeologia giuridica" (*Rechtsarchäologie*): studio dei manoscritti di diritto, dei luoghi della giustizia, degli oggetti legati alla pratica legale o all'attività giudiziaria, ecc. Nella letteratura abbondante prodotta da questa corrente, il meglio incontra il peggio. La cosa migliore è la produzione di un corpo di conoscenze sulle quali è essenziale ritornare (e l'autore di queste righe è lui stesso debitore di queste opere). La cosa peggiore è la tentazione per il ricercatore che si occupa di simbolismo e del suo effetto altamente suggestivo, di soccombere a questo, rimanendo intrappolato dall'oggetto trascurando ciò che gli dona senso.

L'esaltazione di un diritto germanico libera dalla soggezione al testo e risolta tutta in emozioni e simboli, è stata sperimentata a seguito della prima guerra mondiale con notevole successo. Il periodo nazista (1933-1945) è stato un momento di espansione delle pubblicazioni di teorie del diritto e, in questa abbondanza, degli studi di simbolica giuridica. Questo non è naturalmente una coincidenza. Un'ideologia politica basata sulla trascendenza del simbolo, sulla fede nella bandiera, sull'obbedienza cieca, sul culto dell'immagine del capo alimentato della ripetizione instancabile di giuramenti di fedeltà, naturalmente trovava spazio in produzioni universitarie che gli fornivano un'apparente garanzia scientifica. Di questo episodio, ci sono più tracce di quanto si possa pensare. Carl Schmitt non è l'unico autore le cui teorie, attualmente molto studiate, meriterebbero di essere collegate con il passato travagliato dove hanno trovato origine. Per fare un solo esempio, *Nomos della Terra* non sarebbe stato scritto negli stessi termini se non fosse stato preceduto da un dottissimo *Siedlungsgeschichte*, la storia di "insediamenti" (?), un concetto francamente difficile da rendere: è la storia dei processi attraverso i quali i gruppi umani si muovono e soprattutto completano gli spostamenti appropriandosi dello spazio, storia ossessionata per la delimitazione di territori, confini e chiusure.

Essendo caduta nell'oblio la vecchia *Rechtsarchäologie*, sarebbe necessario che un giorno la scienza giuridica rimetta in agenda la questione del simbolismo, prendendola nuovamente in considerazione. In questo senso, il Corso del professor Cananzi discute le posizioni opposte di due riferimenti principali nella teoria del diritto contemporanea, Kelsen e Dworkin. Entrambi hanno fatto questa riscoperta alla fine di itinerari intellettuali che non li avevano quasi tolti dall'universo dei testi. Si può pensare che la loro colpa comune è

quella di discutere le risposte prima di sollevare i problemi. Il diritto potrebbe essere o meno una sorta di religione, religione senza Dio o religione secolarizzata. Ma per affrontare questo campo, non complica la questione della definizione del diritto, già molto spinosa e controversa, con quello della definizione della religione, che non lo è di meno? Che cosa è una religione? Si potrebbe produrre una teoria generale capace di rappresentare tutti i fenomeni sottesi sotto questo termine e ogni campo simbolico necessariamente collegato ad esso? Ritengo che agganciando la questione del simbolismo ad una teoria del diritto già costituita, si cerca subito, troppo presto, l'equivalente di una teoria della fede, che è anche pre-costituita. Il dogmatismo delle grandi religioni monoteistiche fornirà un paradigma. Un movimento simile abita anche un altro pensiero, preso in considerazione nel Corso di D.M. Cananzi: quello di Pierre Legendre. La ricerca della matrice del pensiero giuridico occidentale nell'altra "Bibbia d'Occidente" deve ancora comprendere il pensiero giuridico in riferimento alla prima delle due Bibbie, anche se, da una all'altra, l'autore si impegna a invertire i legami di dipendenza.

Esposto su venti libri, il pensiero di Legendre è complesso, originale, non classificabile. Sostenuto da più di cinquant'anni nello studio dell'interpretazione scolastica medievale dei due grandi testi del diritto romano e del diritto canonico, è stato nutrito anche dalla psicoanalisi. Non è esente da contraddizioni, ripensamenti, e assume i suoi lati paradossali. Dove l'ebraismo conosce solo un Dio immateriale, di cui vieta una rappresentazione, il cristianesimo – osserva Legendre – ha sostituito un Dio di carne, la cui rivelazione ha comunicato l'immagine agli uomini. Così ha posto l'immagine di Dio al centro di tutta la normatività, che le figure del papa e dell'imperatore ereditano. Ma una volta che questo ruolo fondatore è compiuto, l'immagine sembra scomparire. Dà via ad un vuo-

to, sede del sovrano, intorno al quale l'interpretazione dei dottori medievali costruisce questa scienza della norma che è la matrice di qualsiasi sistema giuridico successivo. Tutto succede come se il testo fosse diventato una propria immagine, producendo da solo tutto l'effetto della fede. È "l'amore del censore", come dice il titolo di uno dei suoi primi libri, l'amore che il sovrano promette a una società che in sé potrebbe essere solo un testo, come suggerisce il titolo di uno dei suoi libri più recenti. In questo modo così stimolante è la lettura dei suoi scritti, la "antropologia dogmatica" rivendicata da Legendre ma riengo è di scarso aiuto a chiunque cerca di apprendere le immense collezioni di immagini, molto reali e distinte dai testi, che la pratica della legge ha prodotto per secoli.

Ecco perché oppongo un approccio empirico. Non dalla teoria del diritto, ma dai simboli stessi. Elencare gli oggetti, rituali, immagini, sforzarsi di classificarli. Un approccio che ricorda la lezione dei linguisti, il che significa che nessun segno in sé ha senso, ma che lo fa solo attraverso le sue relazioni con altri segni, in modo che sia tutto l'insieme a dover essere preso in considerazione. Privilegiare anche l'intervento del simbolo nelle logiche pratiche. Lo scopo di un procedimento giudiziario non è, contrariamente a quello che si insegna agli studenti, l'applicazione di una norma giuridica pre-costituita, ma con o senza questa norma, il riequilibrio di una certa forma di consenso tra le parti in opposizione attraverso il contraddittorio e la decisione. Così il rito del procedimento mantiene un'autonomia rispetto alla norma del diritto sostanziale, che la sua logica gli conferisce.

Non dobbiamo però cercare una filosofia di riferimento? Se dovessi nominarne una, sarebbe l'epistemologia di Ernst Cassirer. Nella sua *Filosofia delle forme simboliche*, Cassirer

mostra che ogni pensiero, compreso il pensiero scientifico e quello matematico, inizia con la manipolazione di oggetti simbolici. Distaccandosi da essi, evolvendo verso l'astrazione, il pensiero mantiene qualcosa delle manipolazioni iniziali. Questo modello dovrebbe adattarsi senza difficoltà al campo giuridico, in cui le manipolazioni e gli oggetti simbolici non scompaiono mai. Potrebbe essere una chiave d'accesso per tematiche con problemi molto attuali. Il nostro tempo, come sappiamo, è segnato dalla concorrenza sempre più acuta tra le due culture giuridiche europee, il *common law* dell'Inghilterra e degli Stati Uniti da un lato e, dall'altro, quella chiamata ancora ingiustamente la famiglia romano-germanica (con un esagerato rispetto per l'immaginazione di studiosi tedeschi dei secoli passati) e ciò che sarebbe più accuratamente definito la famiglia romano-canonica degli Stati del continente europeo. Ora, il rapporto con il rituale di queste due culture giuridiche è molto diverso. Il pensiero giuridico romano nasce innanzitutto da una riflessione sull'efficacia dei riti, *mancipatio*, *stipulatio*, *abrogatio*, ecc. Alla fine si è liberata da essa per produrre un *corpus* testuale astratto che, unendosi al *corpus* del diritto canonico, ha fornito l'universo mentale in cui Legendre vede la struttura degli ordinamenti giuridici successivi. Segue una certa discrepanza fra i riti del procedimento giudiziario e la norma applicabile, poiché i riti ricevono la norma dandole effetto ma non producendola. Al contrario, ogni processo di *common law* è progettato per produrre una propria norma. La produce nel corso di un contraddittorio rigorosamente regolato, che può essere di grande intensità drammatica. Oggi, il pianeta è invaso da film e serie televisive che rendono questo rito familiare a tutti. In questo modo, il rito è più che mai il vettore di familiarizzazione ad un modello e, più che mai, la riflessione sull'efficacia del rito dovrebbe imporsi ai giuristi. Non è interessante fare dell'estetica del diritto, come estetica dei sistemi giuridici, una disciplina au-

tonoma, chiamata a perfezionare i suoi metodi, i suoi concetti e le sue analisi. In questo risiede l'interesse dell'insegnamento di Daniele Cananzi e del Centro di ricerca che ha fondato; impresa alla quale non si può che augurare il successo che merita.

Fuori testo
Lezioni 2009-2017

1. *Publiccare le lezioni per un professore potrebbe sembrare tanto un'azione naturalmente connaturata all'attività didattica quanto un atto di superbia.*

Non fosse altro che per questo è opportuna una preliminare avvertenza che specifichi le ragioni e gli obiettivi di questa piccola impresa (dal punto di vista oggettivo) che molto però (da quello soggettivo) mi ha personalmente coinvolto e impegnato.

Inizio da principio per inquadrare l'ottica nella quale mi muovo e nella quale il benevolo lettore è invitato a proseguire – ove proprio volesse farlo – la lettura.

Gli ultimi otto anni accademici di mia attività didattica frontale (2009-2017) hanno corrisposto a corsi istituzionali di Filosofia del diritto e di Teoria dell'interpretazione. Questo periodo copre il mio impegno da professore e lascia una traccia nei tre volumi di queste lezioni ora raccolte in unitaria ed esplicita colleganza.

Perché? Quale l'esigenza che mi ha spinto e che le ha suscitate?

Non certo atto di superbia o la convinzione di finalmente(!?) dare al mondo scientifico pillole, per altro non attese e ritenute anche non desiderate, dell'ennesimo solone.

Molto semplicemente ho sempre pensato che il professore insegna, tiene corsi che si compongono di lezioni, anche secondo l'antico uso di approntare 'edizioni ad uso degli stu-

dentì. Lezioni che, personalmente, non ho mai voluto 'improvvisare' ma sempre preparare con attenzione volta a proporre argomentazioni che potessero essere seguite dagli studenti in modo non troppo faticoso e seguendo una scaletta strettamente concatenata dei passaggi ritenuti rilevanti.

Sono sempre stato socraticamente convinto di quello che ritrovo fermato da Massimo Recalcati nel giustamente noto saggio L'ora di lezione: "Il maestro non è colui che possiede il sapere, ma colui che sa entrare in un rapporto singolare con l'impossibilità che attraversa il sapere, che è l'impossibilità di sapere tutto il sapere. (...) Si deve dire allora che un insegnamento ha come tratto distintivo il confronto con il limite del sapere attraverso il sapere, mentre il maestro che mostra di possedere il sapere può essere solo una caricatura risibile del sapere" (Torino, 2014, p. 5).

Non so se a chi in questi anni mi ha ascoltato, le cose che gli ho presentato siano apparse 'caricature di sapere' e se io stesso non gli sia apparso una 'caricatura di professore'. Può essere, non lo escludo e non escludo che, nel caso, il mio povero e paziente ascoltatore pensasse il vero.

Quella che però conosco certamente è la mia assoluta convinzione nelle poche cose che in questi anni ho detto e la mia intenzione di coerentemente informare al dire il fare, la mia azione quotidiana dentro e fuori l'aula.

Non ho mai amato le ricorrenze, ecco perché non aspetto la cifra tonda per fare uscire queste pagine che, per altro, come preciserò subito, non corrispondono al raggiungimento di un obiettivo particolare.

Rappresentano, questo sì, un momento delicato nel quale ho pensato di volgermi indietro e di guardarmi allo specchio, domandandomi criticamente circa le cose dette, gli studi compiuti, in un periodo non lungo ma neanche brevissimo.

In questo una prima ragione per le lezioni.

Una seconda, e correlata, ragione mi dà la sponda per

precisare che la veste unitaria odierna raccoglie due volumi di lezioni già apparsi in prima edizione, rispettivamente nel 2012 (Percorsi ermeneutici di filosofia del diritto) e nel 2013 (Formatività e norma) che, esauriti nella disponibilità editoriale, trovano una seconda vita con contenuti rivisti e ampliati, insieme al terzo e ultimo volume, Estetica del diritto, che li unisce e raccoglie, completando l'itinerario e svelandone la stretta connessione.

Accennavo prima, il lettore non troverà una summa o le risposte finalmente rese disponibili al 'grande pubblico', né il testo delle lezioni già svolte e ora fissate con qualche stabilità. Al contrario, i tre volumi sono solo i materiali per un discorso – più ampio e di anno in anno diverso – che nelle lezioni svolgo e appaiono non come risultato di quanto ho fatto ma come brogliaccio per il da fare. Una seconda ragione di queste lezioni, dunque, è proprio quella di rendere disponibile ai discenti delle pagine nelle quali ritrovare frammenti del discorso svolto insieme ma anche i riferimenti e le citazioni, e, ma credo solo in minima parte, lo spirito degli incontri vis-à-vis.

In questi termini, non si tratta di un consuntivo ma di un lavoro in fieri che si limita a ordinare i cartigli che si stratificano e che affollano il tavolo, dando ad essi – ma questo è un auspicio – un ordine e una certa intelligibilità che aiuta chi segue le lezioni e che tenta di fare comprendere il discorso del corso a chi invece non lo segue. La pagina scritta insomma non nasce dalla lezione ma rimane perennemente destinata alla lezione, alle lezioni che verranno.

2. Sperando di avere chiarito lo spirito, è bene entrare nel merito di questo itinerario in tre tappe.

Lezioni, ci si dovrebbe chiedere, ma di cosa? Di due materie diverse ma affini e conurbate, rispondo subito: la Filosofia del diritto e la Teoria dell'interpretazione. Tanto conur-

bate che passare dall'una all'altra potrebbe essere cosa difficile, per certi versi, se, per altri versi, non intendessi l'interpretazione una disciplina tecnica e non una sorta di secondo tratto del discorso filosofico.

In che senso? La Teoria dell'interpretazione non può essere insegnata – a meno di intenderla, appunto, come una sorta di 'filosofia due' – senza l'aspetto pratico: la ricerca giurisprudenziale, lo studio delle sentenze, l'esame dei casi ma anche dei testi di legge, dei provvedimenti di organismi sovranazionali, solo per fare esempi. Ed è proprio facendo questo che la pratica e la tecnica giuridica incontrano i problemi teoretici: quelli legati alle strutture giuridiche e quelli legati all'attività del giurista.

L'itinerario nasce – Formatività e norma. Elementi di una teoria estetica dell'interpretazione giuridica (Lezioni, vol. 1) – proprio da queste questioni pratiche che rendono man mano sempre più urgente il superare l'interpretazione come sola attività e chiedono di interrogarsi sulla dimensione del diritto. In un argomentare che si ritrova attorno alla questione della forma del/nel diritto: una questione di struttura estetica, estetica della formatività. Ma è proprio la forma che spinge verso un dimensionamento del diritto più articolato e disteso.

I Percorsi ermeneutici di filosofia del diritto (Lezioni, vol. 2) – secondo tratto nell'itinerario delle lezioni – operano proprio questo passaggio e dalla Teoria dell'interpretazione compiono il trasbordo di questioni e strutture nella Filosofia del diritto. Una dimensione ermeneutica che non conclude ma apre il discorso a questioni legate e che rimanevano in parte implicite e in parte appese dal tratto estetico dell'interpretazione giuridica, così come apre a questioni altre che chiedono di essere pensate superando l'attenzione verso il solo fenomeno giuridico e coinvolgendo quella congerie di sfere che il diritto tocca e scuote, ma dalle quali è esso stesso toccato e scosso.

Estetica del diritto (Lezioni, vol. 3) è proprio il terzo e ultimo tratto dell'unitario itinerario. Qui del diritto vengono forniti in prima approssimazione elementi per discutere il tempo geologico e lo spazio simbolico.

Perché questo ulteriore prolungamento? Perché – come insegna un maestro del pensiero giuridico, Santi Romano – il giurista “deve avere occhio capace di dominare e scrutare nei minimi particolari un orizzonte quasi sconfinato e, comunque, più largo e mutevole di quelli che si offrono alla vista dei cultori di tante altre discipline. Questo orizzonte è quello dell'intera vita sociale, che è così varia e proteiforme, della quale nessun rapporto o fenomeno può da lui essere trascurato a priori, giacché quelli che hanno interesse per il diritto sono nella realtà fusi e mescolati con altri che di tale interesse possono mancare, e il compito preliminare del giurista è quello, delicatissimo, di isolare e sceverare i primi dai secondi, distinguendoli e sciogliendo il loro amalgama” (“Giuristi”, in Frammenti di un dizionario giuridico, Milano, 1983, p. 115).

Lungi da me ritenere sia agevole possedere le capacità che Romano prescrive per il ‘buon o vero giurista’; sono però convinto che queste debbano iniziare a delinarsi nel periodo dello studio universitario e che ciò non può essere sola trasmissione di sapere – correrebbe il rischio, per riprendere Recalcati, di rimanere trasmissione del limite di sapere e del non saputo – ma deve fare percepire quanto il diritto sia un fenomeno complesso e variegato e stratificato. Quanto sia necessario fare esperienza del diritto – quello che vive nella domestica esistenza dei singoli individui, quello che praticamente e senza clamori, spesso, incide sulla vita di ognuno – per tentare di impadronirsi del suo segreto comporre astratto e concreto, reale e ideale, particolare e universale.

3. Oltre questo unitario itinerario che ho voluto solo molto sommariamente distendere, ciascuno dei tre volumi si pre-

senta indipendente e portatore di sue proprie esigenze e di sue proprie questioni che vengono evidenziate e introdotte dalle rispettive introduzioni alle quali qui opero semplice rimando. Conseguentemente anche il loro impiego non è necessariamente contemporaneo. Tanto è vero, del resto, che Formatività e norma è un corso di Teoria dell'interpretazione, insegnamento non per matricole, come invece spesso capita a Filosofia del diritto, disciplina dei restanti due volumi delle lezioni. Una indipendenza e una specificità nella trattazione che si riscontrano anche nelle strutture non omogenee: alle partizioni del primo volume seguono i capitoli con appendice del secondo e una suddivisione ancora più articolata del terzo tomo.

Trattasi di materiali, come dicevo, e in quanto tali rilevanti non per quel che contengono ma quali strumenti e strumentali per l'ora della lezione. Momento non destituito da un certo fascino per chi, come me, con passione svolge un mestiere non sempre agevole e facile ma che affronta con l'umiltà che gli anni di studi ermeneutici mi hanno insegnato: "che l'altro potrebbe avere ragione" è l'anima dell'ermeneutica, spiega non a caso Hans-Georg Gadamer (Ermeneutica, Milano, 2006, p. 539), suggerendo che il bello risiede nel dialogo, nell'incontro tra idee, posizioni, argomenti diversi, meglio ancora se 'opinioni dissenzienti', le quali aiutano a saggiare i limiti del sapere ma anche la robustezza del saputo.

Del resto, la pubblicazione delle lezioni rappresenta anche il voler fare il punto di un periodo di ricerca per trarre linee di ulteriore sviluppo che non andranno a proseguire – così avverto in Estetica del diritto – questo ciclo di lezioni ma che dovranno avviare un altro modo di pensare il diritto, con altri strumenti e dunque anche con un diverso registro.

Non un consuntivo e, anzi, il ribadire la mia incapacità a concludere, dettata – del resto – dall'idea che la vita rimette

tutto costantemente in discussione, anche per il diritto; e non lascia il suo studioso (pratico o dottrinale che sia) acquietarsi su nessuna certezza assoluta. Sarebbe proprio una 'caricatura di sapere' quella – e in questo davvero latrice di superbia – che non riconoscesse quanto un maestro della filosofia e della filosofia del diritto, Giuseppe Capograssi, intende dicendo che "la vita non c'è, bisogna farsela" (Pensieri a Giulia, n. 1917). La paradossalità del diritto e le aporie infinite che il giurista quotidianamente affronta, risalgono a questa verità iniziale ed enigmatica, verità che sfida l'autodeterminazione e l'obbligatorietà, la coscienza e la legge, la decisione e il fondamento, la libertà e la responsabilità. Sfida che è del diritto e del suo legislatore e interprete, il giurista, artigiano della ragione.

Proprio il maestro sulmonese riassume la questione (Il problema della scienza nel diritto, Opere, II, p. 387) in spirito che qui valga da esergo generale: "nasce una immagine molto diversa dalla immagine astratta e comune che la scienza dà di sé stessa, quando si presenta come occupata a fabbricare provvisori e artificiali concetti al servizio quotidiano della pratica. (...) La scienza del diritto è una forza di vita, è un atto di vita che sta nella vita e partecipa alla vita (...) strumento ma strumento che ha la sua autonomia la sua funzione autonoma. Ora una domanda nasce: in quanto sta nella vita, in quanto è vita, la scienza ha dunque una sua visione della vita? C'è nel suo profondo da dove nasce la forza del pensiero, con cui investe l'esperienza, una sua idea del diritto, una sua idea dell'esperienza giuridica, una sua idea che è il suo profondo fine, la profonda verità a cui essa aderisce, a cui dirige tutto il suo lavoro?".

Avvertenza

Solitamente non uso operare rinvii a miei scritti, ma data la stretta interconnessione e la sostanziale unitarietà dei tre volumi delle lezioni, indicherò alcuni collegamenti per approfondire singoli punti, impiegando l'abbreviazione *vd.* seguita da *Lezioni vol. 1, 2 o 3* e dal numero del capitolo.

Introduzione

Sul diritto e altre questioni

Le ricerche che costituiscono la struttura essenziale di queste pagine sono state portate avanti, in tempi per me non facili, negli ultimi due anni (a.a. 2014-2016) e vanno a terminare un percorso di studi e di attività didattica che lascia una traccia cartacea nei tre volumi che compongono le lezioni¹.

Nessuna atmosfera di consuntivo ma la consapevolezza che la medesima ricerca debba trovare – e articolarsi con – altri strumenti, con i quali proprio le pagine seguenti iniziano a prendere dimestichezza.

Estetica del diritto rappresenta dunque l'approdo ulteriore e non ultimo, della mia indagine sul diritto che già in passato, e prima del ciclo delle Lezioni, aveva segnato in modo decisivo i miei studi, prendendo anche forma di prolegomeni.

E non deve sembrare strano che sia estetica questa tappa. In fondo, la struttura essenziale della giuridicità è fortemente segnata dalla forma, meglio, come dico da qualche anno con Pareyson, dalla *formatività*; e formatività è da intendere sia nel senso architettonico-strutturale (sul quale mi sono già intrattenuto proprio nel primo tratto di questo itinerario²) sia nel senso politico-simbolico, che intendo ora indagare, seppur molto sommariamente e per capi generalissimi.

¹ Non ripeto cose già dette, vd. *Fuori testo. Lezioni 2009-2017*.

² Vd. *Lezioni*, vol. 1, spec. Cap. 1.

Come il giurista ‘pratico’ sa da sempre³, e come quello ‘teorico’ ha spesso avuto modo di cogliere⁴, il diritto è un fenomeno molto particolare (impiegherò la dimensione del paradosso per specificare questa particolarità) che si esplicita nel suo farsi, pur non finendo mai per corrispondere alla sua prassi, e che nel suo farsi tocca una serie di altri fenomeni, dai quali rimane influenzato ma dai quali resta sempre differente.

Di tutto questo, seppur in minima parte, il presente studio intende fornire alcune tracce per la riflessione, ipotesi di comprensione.

L’immagine che ne viene fuori non è certamente capace di dare una coerente sistemica, ma non intende neanche porsi questo obiettivo, ritenendo proprio che nella sua magmaticità vada rintracciata la specificità del giuridico.

Rifuggo dal procedere per questioni o dal partire da coppie dicotomiche (ad es. giustizia/legalità, certezza/giustizia) la cui riproposizione mi appare anacronistica⁵ perché, per certi versi, pongono la questione giuridica in modo non corretta, per altri versi, non consentono di mantenere la tensione del farsi del diritto, di quel *momento esperienziale* – direi sotto

³ Bastino i rinvii a due figure tra le principali della scienza giuridica: S. ROMANO, “Giuristi”, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 115; F. VASSALLI, “Arte e vita nel diritto”, in *Studi giuridici*, vol. II, Milano, 1960, p. 398 ss.

⁴ Rinvio alle considerazioni e alle impostazioni di F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 1999; G. CARCATERA, *Pre-supposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012; A. PUNZI, *Prudentia iuris. Materiali per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2016.

⁵ Rimangono rilevanti le considerazioni di A. KAUFMANN, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all’ermeneutica*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1973, n. 4, p. 712 ss.

l'alto magistero di Giuseppe Capograssi⁶ – nel quale il diritto non è né disciolto nella prassi né idealmente e astrattamente elaborato.

È entrando nell'*officina della prassi* – seguo Paolo Grossi⁷ – che la tensione dell'attività giuridica si coglie in tutta la sua complessità e la difficile composizione degli aspetti di volta in volta toccati, coinvolti, interrogati. Il periodo delle etichette – dico con molto rispetto – da usare alla bisogna, mi sembra superato e abbastanza vano mi appare l'appagamento che si può provare sostenendo, in fondo, che il bene è bene, il male è male, che il diritto deve essere giusto e non deve essere ingiusto. Considerazioni, evidentemente, tanto condivisibili quanto tautologiche e banali.

A ben vedere, il dibattito più recente sembra proprio convergere su queste conclusioni, non senza fornire idee contrastanti e linee contraddittorie. Due letture tratte da questo dibattito e, non a caso, rappresentative della divergenza delle linee che lo animano, sono proprio quelle che aprono questa indagine, mostrando *il senso paradossale del diritto* attraverso la contemporanea paradossalità della riflessione giuridica, costantemente stratonata dal lato della storicità immanentistica delle forme umane e dal lato della storicità trascendente delle medesime.

Il tema che ne deriva, da mettere a frutto, è dato dal cogliere un *senso tradizionale del diritto* che tenga presente non tanto 'il passato per il futuro' quanto la *forma invariante*⁸ del diritto nel tempo e le sue conseguenti modalità di adeguazione nella storia. Ed è in questa specifica accezione che parlo di

⁶ G. CAPOGRASSI, "Studi sull'esperienza giuridica", in *Opere*, vol. II, Milano, 1959, p. 231 ss.

⁷ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, 2004, p. 63.

⁸ Il punto, tipico della scuola messinese, è discusso da A. GORASSINI, *Lezioni di biodiritto*, Torino, 2007.

‘tradizione’ e ‘senso tradizionale’ – come ho imparato da Giuseppe Riconda⁹ – ed è proprio in questi termini che tratto l’estetica del diritto nelle seguenti pagine.

In questa ottica, un’indagine sul diritto – come un itinerario di filosofia giustamente pretende – non può operare troppa (e troppe) *epoché*, per dirla con lessico husserliano. Le altre questioni, oltre quella strettamente giuridica, si affacciano prepotentemente sul sentiero dell’indagatore del diritto. La questione della religione e di Dio, ad esempio, in tutto il suo portato sociale e politico, oltre che fideistico.

Il piano di riferimento che ne viene fuori è la necessità di avere una maggiore dimestichezza con quelle forme giuridiche che non possono essere deformate né menomate del senso, della genesi e della struttura che le rende più complesse e complicate di quanto, a prima e frettolosa vista, possa apparire.

La bellezza dei tempi d’oggi, per il teorico del diritto almeno, sta proprio nella possibilità di meglio pensare in un momento nel quale le antiche sovrastrutture sono state cancellate dall’urgenza della storia che ha travolto, nei suoi più vicini momenti, anche le impalcature che hanno acquietato il giurista moderno, così che, forse, le questioni prime emergono (per chi se ne vuole accorgere) in tutta la loro centralità.

Le due letture che aprono la prima parte del volume servono ad “annusare l’aria” – se così mi posso esprimere – e aprono, così, i giochi e le danze, non a caso attraverso la figura della fattispecie (piano dell’immanenza) e la presenza dei valori (piano della trascendenza). In fondo, è possibile osservare quanta trascendenza sia strutturata nell’immanente fattispecie e quanta immanenza richieda la trascendenza dei valori.

La seconda parte è dedicata a discutere – in modo certamente sintetico, mi rendo ben conto – come le questioni non

⁹ G. RICONDA, *Tradizione e avventura*, Torino, 2001.

strettamente giuridiche sfidino l'interprete odierno, il giurista in primo luogo. Anzi meglio, di quante questioni non strettamente giuridiche si compone il diritto.

Basti pensare alla questione della democrazia che dalla crisi nella quale appare sprofondata chiede di reinterrogare il nesso rappresentanza-territorialità-simbolicità, investendo la religione frammistandola con i concetti di nazione, mito, fondazione.

Un'*iconomia* introduce la questione estetica su questo primo fronte. Un fronte che si sviluppa secondo una *estetica delle strutture sociali* e che termina e completa l'indagine portata avanti nella seconda parte della ricerca.

Dall'*iconomia* all'estetica del *tempo geologico del diritto* e da questa allo *spazio simbolico* nel quale il diritto non può non mescolarsi – senza confondersi, si spera – con la politica, con l'economia, con la forte spinta verso il trascendente che è implicita nella domanda di fondamento degli imperativi e delle regole. È questo il filo rosso che lega la seconda parte ¹⁰.

¹⁰ Bisogna precisare un aspetto. Discutendo la storicità del diritto e facendolo seguendo alcune idee di Pierre Legendre, non posso non mantenere un addentellamento alle questioni storiografiche. Questo non comporta, almeno nei miei intenti, alcun sconfinamento disciplinare; le considerazioni e gli esempi portati vanno intesi proprio nel senso dell'approccio filosofico-giuridico al tema della storicità e al fine di discutere e chiarire cosa si intende per temporalità geologica e spazio simbolico del diritto. Del resto è R. ORESTANO (*Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 177) a distinguere tra storiografia e "coscienza della storicità" rilevando come possono avere due distinte linee di sviluppo. Nel mio caso miro ad analizzare la coscienza senza specifica attenzione all'altra area di competenze. Per altri versi, rimane particolarmente significativo quanto P. Costa scrive a proposito della storicità in *Legendre*, recensione a Leçon II e Leçon IV, in "Quaderni fiorentini", 1988, p. 449. Detto questo, non dimentico e anzi tengo ben presenti quanti con competenze specifiche e certamente maggiori delle mie, hanno discusso la storicità del diritto; penso ad esempio, e solo per fare solo pochi nomi, a F.

La tradizione (il senso tradizionale del diritto intravisto all'inizio) passa anche per la iconicità del suo presentarsi con la quale i contenuti prendono forme stabili nel tempo. Non si tratta di stanche e vuote liturgie ma di quanto simbolicamente esprime un *tempo geologico* e non lineare della storicità giuridica. La stratificazione della tradizione nella quale opera quell'*artigiano della ragione* che è da sempre il giurista. Un artigiano che lavora la materia giuridica attraverso quel simbolismo nel quale si incontrano e si compongono giuridico, politico, religioso, economico. Lo *spazio simbolico del diritto* segue ed è strettamente connesso al tempo geologico della giuridicità.

La simbolicità dello spazio sociale diventa così la questione attorno alla quale completare l'indagine estetica di questa seconda parte, avviata all'insegna dell'icona e che può compiersi proprio col simbolo¹¹.

La terza parte del volume prosegue l'itinerario, ancora specificandolo nello spazio e nel tempo e discutendo l'artificialità delle costruzioni giuridiche.

Il Mediterraneo è una porzione di mondo fortemente simbolica dal punto di vista giuridico ma anche religioso, politico e geopolitico. L'attualità della condizione contemporanea viene interpretata e interrogata alla luce del passato, moderno e contemporaneo soprattutto. Il Mediterraneo ha rappresentato lo spazio di confronto delle ragioni, nel quale le forze e le

CALASSO, *Medioevo del diritto*, Milano, 1954, p. 24 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1982, p. 7 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 175 ss.; P. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, Milano, 2006, p. 3 ss.; M. BRETONE, *Tempo e ragione fra antico e moderno*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2006, n. 2, p. 285 ss.; P. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, Milano, 2006.

¹¹ Mi ritrovo in quanto A. GARAPON (*Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007, p. 8 ss.) scrive del rituale come condizione per passare dalla vendetta al diritto.

potenze mondiali hanno sempre cercato equilibri, sfidato i limiti, cercato regole di convivenza.

Oggi tornato di stretta centralità, il Mediterraneo diventa lo spazio e il tempo nel quale pensare e costruire un futuro: pensare all'identità sociale, politica, economica; pensare alle sfide geopolitiche che hanno contribuito a mettere in crisi l'Europa diventata improvvisamente vecchia; pensare un'alternativa a ciò che del presente non va più e a ciò che potrebbe costituire un elemento di speranza.

Il Mediterraneo si profila, allora, nella potenzialità del dialogo, del confronto, importante punto di osservazione. La schiacciante attualità, col crudo agire del terrorismo e le fiumane di immigranti che affrontano la traversata della vita, costringe a guardarsi dall'esterno, con occhi pure diversi da quelli formati *anche* dal nichilismo europeo ma *anche* da una tradizione altra. Cosa sarà dell'Unione e della civiltà europea (che evidentemente non coincidono), dipenderà anche da come verrà operata la diagnosi e trovata la cura.

Il lettore osserverà che ognuna delle tre parti nelle quali si articola il discorso è introdotta da considerazioni che non mi appaiono stravaganti ma che fanno, così le ho intese almeno, da *viatico*. Non una introduzione in senso stretto ma una ambientazione atmosferica, mi sembra di poter definirle, in base alla quale è possibile non solo entrare nello spirito che anima il tragitto ma anche avere strumenti diversi, rispetto a quelli più strettamente giuridici, per seguirlo e ripensarlo. Una sorta di decostruzione dell'itinerario con la possibilità di una ricomposizione differente, un itinerario nell'itinerario, oppure, se si preferisce, dei sentieri interrotti (direi però senza scomodare lo sciamano della foresta nera): intendendoli proprio come quei sentieri che si perdono nella foresta, spesso aprendosi su piccole e incantevoli radure.

Come si può vedere, arrivati a questo punto, la ricerca è tutt'altro che compiuta; tanto che delle autentiche conclusioni

mi sono ancora impossibili, mi limito infatti a proporre considerazioni che aprono, più che concludere e chiudere, il discorso: il diritto chiede attenzione all'antropologia, all'etnologia, all'emblematica e alle strutture del discorso sociale.

Vedo però come lo spazio di intersezione (al quale mi sono sempre riferito¹²) tra il diritto e altre sfere limitrofe, sia da indagare forse non solo partendo dal diritto, come ho fatto in precedenza, ma anche arrivando al diritto per altre vie, come tento di fare qui e come spero di poter fare ancor meglio successivamente.

Nel futuro, se possibile, rinvio infatti la ripresa, con strumenti diversi, delle questioni, in fondo sempre le medesime, attorno alle quali lavorare, studiare, pensare, una filosofia del diritto e una maggiore articolazione delle idee (poche e non originali certamente) che qui vengono messe in prima formulazione, come materiali per le lezioni (che altro non sono) dirette a studenti del (e di un) corso di filosofia del diritto.

Aver subito avvertito che non si deve respirare area di consuntivo, significa anche mantenere il filo ideale che lega i volumi di queste lezioni: essere materiali utili per il discorso orale della lezione, per quello che verrà dunque a partire da qui, molto più di quello che ha portato a questi cartigli.

Momento magico – oso il termine – per chi ha il privilegio di poter insegnare, quello della lezione. Privilegio perché si ha la possibilità di un uditorio che ascolta e medita criticamente le cose udite, che interrompe, contraddice, obietta; magico per il rapporto che anno dopo anno si crea con le classi, sempre fatte di individui, sempre diverse e sempre diversamente sollecitanti. Per i tanti volti passati e futuri, in fondo, trova ragione il fissare in pagina quei momenti relazionali, consapevole che la pagina perde molto della magia (eviden-

¹² Vd. Lezioni, vol. 2, Capitolo III.

temente dovuta agli allievi e non al professore), ma conserva e testimonia la riconoscenza per il privilegio ricevuto e per il lavoro svolto.

Con un metodo ormai consolidato e che mi sembra sempre particolarmente confacente al mio modo di studiare, i capitoli di questo libro hanno trovato una prima formulazione in occasioni diverse e dunque una prima presentazione in forma autonoma. Questo giustifica tanto i riferimenti alla letteratura, soprattutto secondaria, che rimangono essenziali, tanto il discorso in prima persona che ho mantenuto dato gli interlocutori a cui è destinato.

Non si tratta, esattamente come per gli altri volumi della Lezioni, di una raccolta di saggi; la messa in discussione delle idee prima della loro unitaria presentazione segue l'esigenza di avere un primo confronto su singoli punti, confronto che poi sarà rinnovato con gli studenti, i quali valuteranno la tenuta coerente e unitaria dell'insieme. Così che:

– *Paradossalità del diritto. Per un recupero del senso tradizionale della giuridicità*, è il testo inizialmente predisposto per la giornata 'Diritto e interpretazione oggi: verso una nuova idea di certezza?', Link Campus University, 4 giugno 2015;

– *Cosa c'entra Dio con la religione? Il problema dell'ateismo moderno a partire dall'ultimo Dworkin*, è la rielaborazione dell'omonima conferenza del CRED, Università Mediterranea, 11 febbraio 2016, pubblicata in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 2016, n.4, pp. 619-636;

– *Iconomia: il diritto e la sua rappresentazione*, è apparso, in lingua inglese (Iconomy: Law and its Representation), nel quaderno *Visiocracy. Image and form of law*, a cura di P. He-

Heritier, di “Teoria e critica della regolamentazione sociale”, 2014, n. 2;

– alcuni passaggi della seconda parte hanno trovato anticipazione nella relazione al Convegno internazionale del CRED ‘Estetica del diritto-Esthétique du droit-Aesthetics of Law’, Università Mediterranea, 30 settembre-1 ottobre 2014, e discussione nei corsi di Filosofia del diritto dell’a.a. 2015-2016;

– la terza parte raccoglie i testi di due conferenze tenute a Reggio Calabria nel 2016, tra maggio (*Identità mediterranea? Per un riscatto del Sud del mondo*) e luglio (*Ermeneutiche identitarie allo specchio*), ed è stata pubblicata in “Sudeuropa. Quadrimestrale di civiltà e cultura europea”, 2016, n. 1, pp. 153-174.

Un primo dialogo con gli studenti è avvenuto con riferimento ad una parte di queste pagine che hanno trovato pubblicazione, in edizione molto parziale, per i corsi dell’a.a. 2016-2017.

Mentre, con riferimento all’attuale stesura, mi sono confrontato con studiosi di diverse discipline che mi hanno dato indicazioni e suggerimenti preziosi: sul versante filosofico, Riccardo Dottori (Roma), sul versante filosofico-giuridico, Antonio Punzi (Roma), Gaetano Carcaterra (Roma), Paolo Heritier (Torino), Antonio Papisca (Padova), Antonio Nicaso (Vermont) e Attilio Gorassini (Reggio Calabria); sul versante storico-giuridico, Mario Caravale (Roma), Lucio De Giovanni (Napoli), Felice Costabile (Reggio Calabria) e, naturalmente Robert Jacob (Bruxelles).

A loro, che mi hanno anche così dimostrato vicinanza e affetto, i miei ringraziamenti più sinceri perché, dialogando, ho potuto non solo confrontarmi nella mia ricerca ma soprattutto apprendere tanto, dal punto di vista scientifico e, non secondariamente, umano.

Dedico questo lavoro a mia moglie Francesca, non tanto – come si usa scrivere in occasioni simili e non senza stucchevole retorica, seppur fondata – per il tempo che le ho sottratto; glielo dedico invece per il tempo che lei mi ha donato, prezioso anzi preziosissimo, e per come ha così reso comunque felici gli anni della nostra vita insieme, con la sua amorevole dolcezza.

La sua intelligente presenza mi ha sempre consentito di non disperdermi nell'Università; mondo nel quale spiccano figure di riferimento che davvero sono capaci di fare la differenza.

Figure non rare, per fortuna, molte delle quali negli anni mi hanno onorato dell'amicizia e della loro affettuosa vicinanza; figure che mia figlia Ludovica Maria è sempre stata capace di individuare a pelle: “quello è un vero professore, papà!”.

Anche a lei, per tutto quello che ci dona ogni giorno, per la forza, il coraggio e la maturità con le quali affronta la vita e che mi sono di quotidiano insegnamento, questo libro rimane dedicato.

Roma-Reggio Calabria, 7 agosto 2016

Parte I

Due letture sul (del) diritto oggi

Viatico

Logogrammi e disegno della parola



Cristo Pantocrator, sec. XVII-XVIII, particolare
Piccolo Museo S. Paolo, Reggio Calabria

“Il problema del post-moderno è questo: in un mondo dove l’ente è quasi interamente manufatto e idea dell’uomo – *eidolon* ed *eidos* – come si riconoscono i *divina mysteria* della costituzione e del riscatto del mondo?”

“La civiltà dell’immagine è questo: forma di un *ethos* in cui la rappresentazione mira a produrre effetti di realtà e di presenza, non a restituire un originale in modo più o meno adeguato”

“L’icona stabilisce, in certo modo, l’irriducibilità dell’evento simbolico alla parola significante”

P. SEQUERI, *Ritrattazioni del simbolico*,
Assisi, 2012, pp. 54, 49, 43.

Eikon ed eidolon sono lessicalmente sinonimi, indicando la forma, la figura, ma anche l'idolo e il simulacro. Non sono però certamente sinonimi i significati che hanno finito per rappresentare. Ikona, è infatti l'essere-simile, l'apparire, l'immagine, l'idolo, invece, rappresenta il feticcio, quella forma non autentica o dalla non veritiera rappresentazione.

La civiltà delle immagini, come ricorda bene Sequeri – si edifica proprio su feticci rappresentativi di un fondamento che non è rimosso ma assente, meglio autopoietico.

La centralità della questione risalta ancora meglio se si considera quanto l'iconoclastia ha messo in luce in tema di rappresentazione e di rappresentato.

Ma la questione appartiene, in fondo, al linguaggio stesso e a ogni logogramma – come oggi si usa dire preferendo questo lemma a ideogramma o pittogramma – che finisce per disegnare, dunque rappresentare qualche cosa che non è ma che così diviene presente e reale.

In che termini il disegno della parola nell'immagine rappresentativa – e sostitutiva – della parola può essere sostenuto?

In fondo anche la parola altro non è che trasposizione grafica, disegno oltre che suono, rappresentativo. Le proposizioni disegnano realtà così come lo spartito disegna suoni, il marmo o la pittura disegnano forme.

Anche la norma giuridica rappresenta, ha una fortissima struttura simbolica per la quale si può parlare – con e dopo Paul Ricoeur – di una struttura metaforica, per la norma ancora meglio e più radicalmente che per altre realtà, ci si può chiedere: “la tensione che modifica la copula nella sua funzione relazionale non modifica forse anche la copula nella sua funzione esistenziale?” (P. Ricoeur, La metafora viva, Milano, 1976, p. 327).

Del resto, il divieto delle immagini non appare questione da relegare a regola confessionale. Possiamo chiederci con Lévinas se “sotto il sospetto raccomandato dal monoteismo ebraico relativamente alle rappresentazioni e alle immagini degli esseri, non si denunci, nelle strutture della significanza e del sensato, un certo prevalere della rappresentazione su altre modalità possibili del pensiero” (E. Lévinas, Alterità e trascendenza, Milano, 2006, p. 106).

Vi è una trascendenza della metafora, che è propria del simbolo, che è autenticamente della rappresentazione.

L’ampia questione della rappresentazione apre questo itinerario alla luce di due differenti e affatto disambiguanti posizioni:

– *“Il monte è monte, perché io dico: Quello è un monte. Il che significa: io sono il monte”*

L. PIRANDELLO, *Quaderni di Serafino Gubbio operatore*,
Milano, 1992, p. 10.

– *“Che c’è nel nome? Quella che chiamiamo rosa, anche con altro nome avrebbe il suo profumo”*

W. SHAKESPEARE, *Romeo e Giulietta*,
atto II, scena II.



I

Paradossalità del diritto. Per un recupero del senso tradizionale della giuridicità

SOMMARIO: 1. Mutamenti e movimenti. – 2. Paradossalità del diritto. – 3. Per un pensiero tradizionale.

1. *Mutamenti e movimenti*

Mutamenti nell'avvertire il diritto lungo il suo svolgersi ed articolarsi non sono mai mancati nella riflessione giuridica, accompagnati da movimenti di opinione verso questa o quella soluzione particolare, orientati da questa o quella causa specifica. Mutamenti che derivano, in fondo, da cause esogene della società ed endogene del diritto stesso, del suo interno e complesso comporsi.

Intendo qui semplicemente porre l'attenzione sul *senso paradossale del diritto*. Una direzione di ricerca che affonda le sue ragioni nei miei studi sulla modernità giuridica e sull'estetica del diritto e che costituisce lo sfondo sul quale si articola questo tratto del mio itinerario di ricerca¹.

¹ Tengo ben presente l'analisi di L. PANNARALE che tratta dei paradossi con i quali ha a che fare il giurista (cfr. *La bottiglia di Leyda*, Torino,

Parto dunque dall'orizzonte nel quale si muovono le mie considerazioni, e parto da vicino, dal di dentro del diritto e da quella parte di esso, il civile, che ritengo più sensibile alle linee di tendenza ed alla storicità del diritto².

Dal diritto civile, nei primi anni del nuovo millennio, era venuta la riflessione sul nichilismo giuridico, non mi sembra un caso che provenga dalla medesima fonte quella sulla *crisi della fattispecie* che in questo periodo anima il dibattito culturale³.

Quali i termini essenziali di questo dibattito?

Si avverte, e il giurista prontamente denuncia, il *pathos* del momento, inteso come momento di passaggio. Lo schema che viene proposto è grossomodo il seguente.

Da un lato c'è lo ieri, ovvero la fattispecie (civile ma non solo) e ciò che con essa è legato e da essa è tenuto: il modo moderno di pensare un diritto che misura la realtà, *more geometrico* procedendo per previsioni: prima la fattispecie astratta, previsione del condizionale *se A allora B*, poi la fattispecie concreta dove A e B attengono al caso e sono il caso pratico previsto e reso tale dalla previsione astratta.

Da altro lato, contrapposto e speculare, c'è l'oggi. Non più

2006) in ottica sociologica, sottolineando l'equilibrio davvero delicato e difficile tra potenza e impotenza del diritto; al paradosso legato alla verità fa invece riferimento C. CIANCIO (*Il paradosso della verità*, Torino, 1999) e anche da questa riflessione, non solo per il comune riferimento a Pareyson, ho tratto molte sollecitazioni.

² Mi riferisco all'alta lezione di maestri indimenticabili: Filippo Vassalli, Emilio Betti, Angelo Falzea, per giungere a Paolo Grossi, Giuseppe Benedetti, solo per indicarne alcuni.

³ Cfr. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in "Rivista di diritto processuale", 2014, n. 1, p. 36 ss.; *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in "Rivista di diritto civile", 2014, n. 5, p. 987 ss.; *Un diritto incalcolabile*, in "Rivista di diritto civile", 2015, n. 1, p. 11 ss.; ora tutti raccolti in *Diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

fattispecie ma il rimedio, ovvero il modo post-moderno e oltre moderno che vuole la soluzione per il singolo evento in assenza di fattispecie. Non c'è dunque il caso pratico che nasce sulla misura e nella forma dalla fattispecie astratta, ma il rimedio necessario da rintracciare di volta in volta inventata la soluzione per l'evento pratico. Se si vuole la fattispecie è il rimedio che nasce dal caso.

Giustamente perché coerentemente, il giurista che modula questo schema, Natalino Irti, con efficace semplicità conclude: “si estingue il ‘caso’, come posizione logica e rapporto tra evento e fattispecie, ma nasce e cresce la ‘casistica’, il repertorio: cioè appunto, la ‘statistica’ di decisioni su vicende concrete e particolari”⁴.

Il fatto non è piccolo piccolo. Investe, perché si riferisce a e si ambienta in, un orizzonte che la sintesi chiara aiuta a inquadrare. Ieri vi era un *sensu unitario*, la possibilità di dire in modo univoco cosa è giusto e sbagliato perché calato dall'alto, dal volere di una divinità celeste o terrestre.

Oggi non c'è questo senso unitario del diritto ma rimane l'esigenza che vi sia un diritto – Nietzsche *docet*⁵.

Il diritto che prima era legge⁶ ora deve (tornare? ad) essere decisione.

Bisogna superare quel ‘mito della modernità’ – per usare l'efficace formula di Paolo Grossi – che vuole una razionalità chiara ed evidente della legge e una identificazione del diritto nella e colla legge⁷ perché non v'è più oggi – e non vi sarà

⁴ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 39.

⁵ F. NIETZSCHE, *Umano, troppo umano*, af. 459.

⁶ Rimane molto utile sul significato moderno e antico della legge e sulle possibili combinazioni di senso l'analisi di S. COTTA, *Itinerari essenziali del diritto*, Napoli, 1972.

⁷ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, p. 34 ss.

ancor di più domani – né il fondamento a-storico e universale del diritto (come nel giusnaturalismo classico) né il fondamento blindatamene ordinamentale (come nel giuspositivismo moderno).

Il giurista Irti, allora, si appella a quella considerazione nietzscheana, vi deve essere un diritto, qualunque esso sia, e conclude per la identificazione non più di diritto e giustizia né di diritto e legge, ma di *diritto e decisione*⁸.

L'analisi è chiara, efficace, persuasiva.

Cosa dire?

Lo schema quasi sempre paga la sua chiarezza in termini di perdita di elementi che sono forse rilevanti.

2. *Paradossalità del diritto*

Parto da due considerazioni che sono conclusioni di posizioni e argomentazioni che così faccio interamente mie:

Il giurista non può smettere di praticare un “gesto fondativo”, bella espressione di Giuseppe Benedetti⁹, perché il “giurista non può essere nichilista”, tesi di Antonio Punzi¹⁰.

E parto da qui perché ritengo che due siano le parole con le quali spesso i giuristi hanno avuto e continuano ad avere domestichezza e che tendono ad adoperare, soprattutto quando guardano l'orizzonte del mondo giuridico e cercano di avere uno sguardo d'insieme: la prima è crisi, l'altra è trasformazione.

⁸ In fondo il “salvagente della forma” diventa proprio la decisione come occasione di risolvere le controversie.

⁹ G. BENEDETTI, “La contemporaneità del civilista”, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 1293 ss.

¹⁰ A. PUNZI, *Il giurista può essere nichilista?*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 2004, n. 4, p. 715 ss.

La letteratura della crisi – come qualcuno l’ha pure chiamata, all’interno della quale rientra a pieno titolo la crisi della fattispecie – in fondo è tanto copiosa quanto quella sulla trasformazione della giuridicità; e forse non è coincidenza da scaffale di biblioteca. Forse le due questioni, la crisi del diritto e la trasformazione della giuridicità, sono strettamente legate.

Il discorso sarebbe lungo e mi basta in questa sede evidenziare il punto, osservando come il diritto è sempre in crisi e il “dispositivo della crisi”¹¹ è forse la maggiore ragione per la costante opera di trasformazione che lo qualifica. E questo non è necessariamente un male, anzi, e non è sostanzialmente una critica, anzi.

Anzi. Forse bisognerebbe indagare il diritto non secondo lo schema ieri e oggi e una logica – che non ritengo appartenere al diritto – com’è quella della dicotomia.

La dicotomia contrappone due elementi che riassumono e ricomprendono il tutto. La chiarezza di questo modo di procedere è certa, ma anche la non esaustività è assai probabile. Questo, a mio avviso, capita anche per la questione di cui discuto.

Per essere lapidari (suggestionando più che argomentando): non credo che il diritto si trasformi per salti – come ha dimostrato la stessa storiografia, questo non è capitato neanche tra medioevo e moderno¹² –, e non penso che il modo migliore per comprenderlo sia quello di parlare di crisi e di evoluzione o trasformazione.

Non che – ben inteso – non ci siano le crisi e che il diritto non si trasformi, tutt’altro. Ma tutto può essere disteso in modo forse meno contraddittorio se inteso secondo un senso tra-

¹¹ R. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l’Europa*, Torino, 2016, p. 19.

¹² M. CARVALE, *Storia del diritto nell’Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, 2012.

dizionale del diritto¹³. Questo modo segue, sul diritto, quanto in filosofia è detto come “pensiero tradizionale”¹⁴ e sul quale ora non posso soffermarmi¹⁵.

Cosa sfugge all’argomentare per crisi e secondo dicotomie?

Che la struttura del diritto è una struttura particolare, che la crisi per il giurista e nel diritto è non l’eccezione ma la regola che conduce ad un continuo trasformarsi. *Sfugge che la crisi costante è determinata dalla paradossalità del diritto.*

Perché il diritto è paradossale?

È paradossale perché chiede di tenere insieme e di comporre elementi che apparentemente divergono e si contrappongono. Faccio due soli esempi: il sistema e la vitalità del diritto; la ricerca di certezza e il desiderio di giustizia.

¹³ Rimane interessante in tal senso B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino, 1990.

¹⁴ G. RICONDA, *Tradizione e pensiero*, Alessandria, 2009; si legge significativamente a p. IX: “c’è un pensiero moderno che ha rotto con la tradizione e c’è un pensiero moderno che si definisce per continuità con essa, una continuità che implica una reazione a questa rottura. Ma tale reazione non può essere una restaurazione pura e semplice del pensiero tradizionale nelle sue posizioni precedenti. E ne comporta un approfondimento, è una ‘restaurazione creatrice’; è il pensiero di coloro che rifacendosi alla tradizione, non la lasciano inerte né vivono tranquillamente, ma ne fanno emergere l’inesauribilità cercando di esplicitare le sue dense implicanze (...) di coloro che non temono di metterla alla prova nei confronti delle problematiche e delle sfide che le vengono dal mondo moderno, nella convinzione che questa è l’unica maniera di viverla concretamente; di coloro che, nella fedeltà alla tradizione, corrono il rischio di questa avventura, sanno coniugare tradizione avventura intellettuale”.

¹⁵ Una più distesa e articolata disamina compie P. GROSSI, in ultimo nel recente *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2016. Sottolinea il nesso tra tradizione e innovazione nell’attuale condizione della vita del diritto e dei suoi operatori, con sintetica ma efficace puntualità, G. ALPA, *La formazione del giurista tra tradizione e innovazione*, in *La formazione del giurista*, a cura di C. Angelici, Milano, 2005, p. 147 ss.

Si dice: o scelgo la certezza e dunque mi fermo in un punto certo, ma convenzionale, o cerco la giustizia e questa è incessante attività senza fine, dunque inevitabilmente fonte di incertezza.

Si dice: o edifico il sistema che chiude e fissa o guardo al farsi esperienziale del diritto e mi acquieto a non avere una visione unitaria e d'insieme.

Giuste queste due osservazioni, ma solo se non si riconosce la specificità del diritto e della sua struttura.

Per il diritto la forma non è statica ma è formatività¹⁶: questo significa che il sistema è quello che di volta in volta il giurista ricompone e scompone; questo significa che la giustizia non si contrappone alla certezza ma si compone proprio nel medio della forma¹⁷.

Procedere in tale direzione significa evitare la *politica della crisi*: il diritto è crisi perché mantiene questo grado di complessità strutturale ineliminabile dato dall'incontro, ma non necessariamente comportante lo scontro, tra ordine e vita. Ed evitare la *politica dell'evoluzione per salto*: il diritto si evolve superando il prima per il poi.

3. *Per un pensiero tradizionale*

Pensare di abbandonare la fattispecie, e tutto quello che con essa si tiene, significa abbandonare il moderno tutto intero, dunque anche quella grande conquista che è stato il principio di legalità, che sono state delle leggi che trovano il loro senso non nell'arbitrio del singolo decidente ma in una sorta di oggettività del senso. Significa tornare a quelle grida manzoniane che dicono ciò che si vuole esse dicano.

¹⁶ Vd. Lezioni, vol. 1, Cap. I.

¹⁷ Vd. Lezioni, vol. 2, Cap. IV.

Un *pensiero tradizionale*, invece, pensa di non dare per superato il moderno perché stereotipato nel legalismo (il diritto è tutto legge – la legge è tutto il diritto) ma di poter continuare a pensare con uno dei suoi frutti migliori: l’ermeneutica.

Il diritto è paradossale perché la sua dimensione è ermeneutica¹⁸ (ma questa è conquista moderna e contemporanea) e perché, dunque, non c’è solo una attività interpretativa nel diritto ma una dimensione ermeneutica che lega, paradossalmente ripeto, diritto ed essere umano su quell’asse ermeneutico che è rappresentato da unità/molteplicità, verità/interpretazione, nell’alta lezione di Luigi Pareyson¹⁹.

Così operando, la soluzione di una identificazione diritto-decisione appare contraddittoria. Contraddittoria nella misura in cui va a perdere la specificità della struttura giuridica.

Può il diritto trasformarsi in una *machina machinarum* decidente?

Ad essere cancellata è quella struttura sintetica che anima il diritto: quella contemporanea presenza e azione tra la legge, l’interprete e l’autonomia dell’opera giuridica che con Ricoeur e Betti può essere indiziata come “mondo del testo”²⁰.

Così, si comprende come *il giurista non può essere un decisionista, ovvero un nichilista*, come dicevo prima con Punzi.

Così si capisce come nel diritto non ci sia decisione ma si debba continuare a pensare al *giudizio*, seppur nelle tante forme che ora la giurisdizione acquista e prevede²¹. E giudi-

¹⁸ Vd. Lezioni, vol. 2, Cap. VI.

¹⁹ Su questi rinvio alla compiuta presentazione di L. PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Milano, 1971.

²⁰ P. RICOEUR, *Dal testo all’azione*, Milano, 2004, p. 108; E. BETTI, *L’ermeneutica come metodologia generale delle scienze dello spirito*, Roma, 1987, p. 121 ss.

²¹ N. PICARDI, *La giurisdizione all’alba del nuovo millennio*, Milano,

zio non è decidere ma comprendere, giudizio è evidenziare il momento ‘incompiuto, impotente, insufficiente della vita del diritto’, per dirla con Capograssi²². Il momento paradossale ma fattivo del dirimere la controversia secondo il *pathos* del ‘perché l’hai fatto?’ e non del deciso, della comprensione delle ragioni e dell’argomentazione del giudizio e non della chiusura decisoria che non chiede argomenti e comprensione.

La differenza è quella che, nell’ottica decisoria, incarna e dimostra la figura del giudice Brigliadoca di Rabelais, il quale elimina tanto il giudizio quanto la possibilità di errore decidendo col lancio dei dadi²³. Un’ottica rimediale di questo tipo non può appartenere al diritto ed al giurista²⁴, che diventerebbe così, come Brigliadoca, avido computatore di statistiche.

Rimanere al giudizio significa che il giurista non può – altrimenti perderebbe se stesso – rinunciare al continuo “gesto fondativo” della sua ragione, come dicevo con Benedetti; dunque alla sua argomentazione e motivazione, che non si dà una volta e per sempre ma ogni volta si cerca nel senso paradossale, ma possibile e concreto, del diritto.

Evitare la logica dicotomica significa assumere quella della polarità, una logica più ermeneutica e meno ideologica, se si vuole.

2007 ma anche *La giurisdizione nell’esperienza giurisprudenziale contemporanea*, a cura di R. Martino, Milano, 2008.

²² G. CAPOGRASSI, “Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)”, in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959, p. 134.

²³ Sul quale rinvio a B. CAVALLONE, *Il processo non c’è*, in “Rivista di diritto processuale”, 1998, p. 849 ss.; V. MARINELLI, *I dadi del giudice Bridoye*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2002, n. 1, p. 529 ss.

²⁴ M. TARUFFO, “L’istruzione probatoria”, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Milano, 2012, p. 106 nonché M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, p. 99 ss.

Come è stato recentemente bene ricordato²⁵, dalla logica dicotomica polare dove non c'è alternativa tra le due individuate, si differenzia la logica polare che polarizza due estremi riconoscendo tra questi tutta una serie di colori e sfumature progressive.

Mi sembra che al diritto appartenga questa seconda e che, in base alla modulazione, anche la semplificazione di uno ieri da superare perché troppo giusnaturalistico o troppo modernamente previsionistico e calcolatore, sia meravigliosamente chiara ma anche eccessivamente riduttiva.

Ritengo che sia preferibile partire dalla struttura del diritto, e questa a ben vedere è *invariante*, e in questa il giurista che giudica (non quello che decide) è costantemente impegnato nello sforzo del “gesto fondativo”. Basti ricordare ad esempio come anche nel processo penale inquisitorio vi erano principi, garanzie e tutele²⁶ per arginare l'arbitrio, certo, ma soprattutto per evitare che si cancellasse il “perché l'hai fatto?”, il giudizio.

Appartiene al pensiero tradizionale un non voler tornare indietro ma un costante andare avanti nella consapevolezza del passato, e delle conquiste e degli errori che l'hanno formato, e di un orizzonte ampio e profondo nel quale il particolare dialetticamente si compone con il generale.

Valori, principi e norme, in tal modo mi sembra che smettano di avere un ruolo accidentale o che si articolino a ripercorrere le ragioni extragiuridiche del potere nel momento più forte e invece rimangano ermeneuticamente ad affermare un

²⁵ G. ZANETTI, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, Bologna, 2015, p. 11 ss.

²⁶ M.R. DAMAŠKA, *La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione*, in “Criminalia. Annuario di scienze penalistiche”, 2012, p. 27 ss. Di primo interesse la ricerca accurata e profonda sulla base giuridica dei *iudicia dei* di R. JACOB, *La grâce de juge*, Paris, 2014.

senso giuridico della misura²⁷. Una “oggettività esistenziale”, come proprio Benedetti insegna a dire.

In fondo, delineare la possibilità di un pensiero tradizionale, nell’interezza di queste pagine, e ora introduttivamente rispetto al loro procedere successivo, necessita precisare che tradizione significa – proprio come nella lezione ermeneutica che seguì – costante *rigenerazione*, costante opera di innovazione. Come scrive Pastore, “ogni tradizione, invero, non costituisce un qualcosa di monolitico, di pietrificato. È percorsa da alternative, conflitti, dibattiti. È soggetta a continua discussione”²⁸.

E questo significa assumere per il diritto la prospettiva che ritengo più adeguata: la sua *storicità*.

La tradizione è ciò che si delinea nella storia e che permane nella storia, non un fatto isolato nel passato, ma un presente che ha un passato. La tradizione non è qualche cosa di passato e che attiene al passato, è, ripeto, qualche cosa di presente che ha un passato. La tradizione è qualche cosa che ha una storia ma non è la sua storia proprio perché costantemente confrontata col presente e dunque riconfermata ma anche innovata e rigenerata. Come osserva Luigi Pareyson, “la tradizione contie-

²⁷ Così, se non intendo male, anche G. BENEDETTI, *Diritti, principi, valori*, dattiloscritto conferenza dettata a Firenze, maggio 2015 e anche *Fattispecie e altre figure di certezza*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 2015, n. 4, p. 1103 ss.

²⁸ B. PASTORE, “Il diritto come esperienza”, in *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014; più ampiamente ancora Pastore tratta di tradizione in *Tradizione e diritto*, Torino, 1990; cfr. anche i contributi di F. OST, *La tradizione eterna giovinezza del diritto?*, e S. URBINA, *Tradizione e diritto vivente*, entrambi in “Ars interpretandi”, 2003, n. 8, rispettivamente p. 115 ss., p. 153 ss.; E. PARIOTTI, “Comunità e tradizione nel diritto”, in *La comunità interpretativa nell’applicazione del diritto*, Torino, 2000, p. 27 ss.; M. KRYGIER, *Law as Tradition*, in “Law and Philosophy”, 1986, n. 5, p. 237 ss.

ne in sé la possibilità d'un continuo rinnovamento (...) per *natura sua* non può tramandare se non rinnovando”²⁹.

E questo riporta il discorso alla letteratura della crisi. Ritengo abbia profondamente ragione Grossi quando rileva che il diritto non è mai in crisi: “compenetrato alle radici di ogni civiltà storica, la segue nel suo cammino trasformandosi in essa e con essa. In crisi è il modo con cui potere politico e forze politiche con la colpevole connivenza dei giuristi hanno ridotto il diritto”³⁰. In questo mi sembra trovare conferma quanto ho iniziato qui ad abbozzare come senso paradossale del diritto. Dire, come Grossi, che il diritto è società e deve riacquistare “la carnalità della storia”³¹ significa restituire alla giuridicità la sua originaria collocazione nell'esistenza.

Sempre in crisi per il paradosso che contiene, mai in crisi nel suo essere co-esistenziale, il diritto si coglie in tutta la sua vivacità e vitalità.

Ma questo comporta permanenza, “durata”³², significa, con termine qui adoperato, *tradizione*. Una tradizione che si rigenera e che – scrive Pareyson – “può anche implicare o richiedere profondi mutamenti, dai quali traggono motivo di timore solo coloro che puntano sulla durevolezza dei valori storici e sulle costanze dei comportamenti umani; non il custode della verità, che non teme i mutamenti”³³.

²⁹ L. PAREYSON, “Valori permanenti e processo storico”, in *Verità e interpretazione*, cit., p. 48.

³⁰ P. GROSSI, “Storicità del diritto”, in *Società, diritto, Stato*, Milano, 2006, p. 112.

³¹ *Ivi*, p. 116.

³² B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, cit., p. 262 ss.; C. ATIAS, *Présence de la tradition juridique*, in “Revue de la recherche juridique”, 1997, n. 2, p. 387 (si legge: “c’est toujours par comparaison avec le passé (...) que le juriste détermine sa position”).

³³ L. PAREYSON, “Valori permanenti e processo storico”, cit., p. 49.

Da questo punto di vista appare particolarmente chiarificativa e illuminante la distinzione pareysoniana tra tradizione e rivoluzione.

La *rivoluzione* è un voler ricominciare dall'inizio, azzerare il pregresso, il passato, e ricominciare; questo significa ritenere che non v'è verità nel trascorso e che solo il nuovo che la rivoluzione afferma, in realtà, contiene la o una verità sostenibile; questo significa assumere che la storia non è altro che il *succedersi lineare del tempo* dove ciò che viene dopo sostituisce ciò che è stato prima.

Questo vale anche per comprendere il passaggio dalla fat-tispecie al rimedio, questo spiega il mutamento verso l'ap-piattimento temporale al presente immanente e urgente; questo aiuta a comprendere la difficoltà di pensare una verità unitaria che invece si frammenta in verosimiglianze relative e contenimenti di un volontarismo tutto moderno, per altro, ed assolutistico.

La tradizione, invece, da Pareyson è pensata, ho già accennato, non come conservazione ma come rigenerazione. Cosa significa? Che l'inizio non è rimosso (come nella rivoluzione) ma non è neanche semplicemente conservato: “la tradizione è un continuo recupero dell'*origine*”³⁴; questo comporta una continuità nel tempo, un permanere nel tempo, una narratività *del tempo*, che articola il presente come rigenerazione del passato; comporta, ancora, una idea di verità unitaria che si dà nella pluralità delle interpretazioni e nella necessaria coesistenza di varie e diverse interpretazioni.

Non è questa la qualificazione propria del diritto?

Proporre un senso tradizionale del diritto si traduce nel pensare che il tempo non passa in vano, che ritenere di potere tornare al passato saltando stagioni (se non ere) della storia

³⁴ *Ivi*, p. 49.

umana è una ipotesi ingenua, per non dir altro. Ma tradizionalità comporta anche ritenere che il nuovo non deve sempre comportare adeguazione, non può comportare appiattimento rassegnato ed acritico.

A precisare questo, mi sembra, stia proprio la struttura del diritto e il suo darsi non lineare ma stratificante e geologico – come pure preciserò progressivamente grazie a Pierre Legendre – nella storia.

Di qui la storicità del diritto, che significa la vivacità e la vitalità implicite nell'essere – con le parole di Capograssi – un “tentativo che non cessa”³⁵.

In fondo, la *paradossalità del giuridico* è proprio da Capograssi evidenziata quanto – in significativo confronto col Romano di *Rivoluzione e diritto* e di *Realtà giuridica* – osserva che “tutto il problema del diritto (in tutti i sensi: nel senso comune, nel senso dogmatico, nel senso filosofico) sta qui: il problema del diritto come realtà che si è formata: e il problema del diritto come realtà che tenta di formarsi”³⁶.

Qui proprio la vita del diritto, come osserva Orlando, “visuto nella storia prima che nelle teorie razionali”³⁷.

³⁵ G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, in *Opere*, vol. II, Milano, 1959, p. 82.

³⁶ G. CAPOGRASSI, “L'ultimo libro di Santi Romano”, in *Opere*, vol. V, Milano, 1959, p. 224.

³⁷ La citazione è tratta da G. CAPOGRASSI, “Il problema di V.E. Orlando”, in *Opere*, vol. V. cit., p. 376.

II

Cosa c'entra Dio con la Religione? Il problema dell'ateismo moderno a partire dall'ultimo Dworkin

SOMMARIO: 1. Recupero dello spazio spirituale. – 2. Il religioso: Dworkin vs. Kelsen. – 3. L'ateismo moderno. – 4. Principi e valori per regole. – 5. Religione civile e neoplatonismo. – 6. Un Dio Necessario? – 7. Su una immagine decisiva.

1. *Recupero dello spazio spirituale*

La prima lettura, attraverso la crisi della fattispecie, ha iniziato ad abbozzare i lineamenti di un *pensiero tradizionale* attraverso la *paradossalità del diritto*.

Seconda lettura è quella che va a scavare quanto Pierre Legendre indica come “fondamento rimosso”¹, ovvero la spiritualità nel giuridico.

I termini della crisi delle fonti trovano un nuovo fronte sul quale estendersi.

Quando si parla di religione, fede, quando si tratta di Dio, i temi sono enormi, complicati, vischiosi. Tanti i modi e le possibilità per affrontarli anche perché sono “concetti inter-

¹ P. LEGENDRE, *Della società come testo*, Torino, 2005, p. 75.

pretativi”, tanto per dirla con Dworkin, e dunque il loro comporsi dipende anche dal senso che gli si rinosconce.

C’è chi intende la fede bastevole e, conseguentemente, inutile gli appare il ricorso alla ragione; chi invece pensa che proprio la ragione, inseguita e compresa fino in fondo, non possa lasciare alcuno spazio alla fede; chi, ancora e in via compositiva, ritiene possibile la ricerca della ragione nella fede, la riflessione su come fede e ragione possano non contraddirsi e, anzi, arricchirsi vicendevolmente, ecc.

Nelle mie considerazioni preferisco lasciare sullo sfondo la questione generale; tenterò, più che altro, di evidenziare alcuni passaggi del e a partire dall’ultimo libro di Ronald Dworkin, libro apparso poco prima della morte e col quale, dunque, ci ha lasciato. Libro che intende, in fondo, prendere posizione nel modo in cui Dworkin era solito fare, con intelligenza e con originalità.

Ronald Dworkin è una delle figure più importanti nel panorama della riflessione giuridica contemporanea, avendolo certamente fortemente segnato.

Non è secondario che proprio un post-positivista segnali la necessità della questione religiosa.

Dworkin, del resto, ci lascia un tema tutto da pensare, con rischi notevoli. Soprattutto perché quando i filosofi parlano di Dio – del “dio dei filosofi” per dirla con Pascal, appunto – spesso mi sembra che edificino un Dio tutto loro che poco o niente ha a che fare con aspetti che invece sono centrali: la fede, ad esempio, il mistero insvelabile che gioco forza deve essere forzato dall’indagine filosofica che mira a comprendere, gettare luce, chiarire questo insvelabile.

2. Il religioso: Dworkin vs. Kelsen

Premesso questo, l’agile “libretto” di Dworkin è uno di quei testi che possono essere scomposti – tale è l’ampiezza

ma anche l'abissalità del tema trattato – e ricomposto secondo diverse chiavi di lettura e seguendo una o solo alcune delle idee e delle sollecitazioni che provengono al lettore. Così farò anch'io, inanellando alcune considerazioni preliminari.

Il tema è subito indicato nel titolo: *Religione senza Dio*². Dworkin discute l'"ateismo religioso", per usare la formula – forse solo apparentemente ossimorica – che vi si trova discussa.

Una cosa mi ha colpito, una coincidenza, forse, ma forse neanche tale.

Religion without God, appare nel 2013 e nasce come lezioni tenute nelle 'Einstein Lectures' all'Università di Berna.

Molto prima, altro giurista e filosofo del diritto tra i più noti e importanti, Hans Kelsen, si era occupato di tema analogo. Nel 1952 aveva iniziato a predisporre un lavoro sulla 'religione secolare' che prendeva spunto da Eric Voegelin; uno scritto, questo di Kelsen, che l'autore aveva inviato in seconda versione nel 1955 alla casa editrice Routledge di Londra col titolo *Defense of Modern Times*; lavoro che, ancora rielaborato, viene messo in bozze per la stampa agli inizi degli anni sessanta col titolo *Religion without God?* Nel 1964 la University of California Press predispose nuove bozze con ancora diverso titolo: *Secular religion*. Poco prima del 'si stampi', Kelsen decide di ritirare il testo e paga una corposa penale. Il libro *Secular religion* è apparso a cinquant'anni di distanza dal ritiro, nel 2012 a cura dell'Istituto Hans Kelsen di Vienna e in traduzione italiana nel 2014, a cura di Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel³.

La coincidenza che mi è subito apparsa agli occhi non risiede solo nella quasi identità tra i due titoli di Dworkin e Kelsen (differenziati, nella versione penultima del filosofo

² R. DWORKIN, *Religione senza Dio*, Milano, 2014.

³ H. KELSEN, *Religione secolare*, Milano, 2014.

austriaco, dalla forma interrogativa) quanto nella volontà, sorta in entrambi ad un certo punto della loro vita di giuristi e filosofi del diritto, di trattare questo tema⁴.

La circostanza mi appare ancora più rilevante perché entrambi hanno avuto un ruolo fondamentale, come accennavo, per la riflessione sul diritto nel XX secolo.

Kelsen è uno dei padri del positivismo giuridico, la sua *Reine Rechtslehre* ha rappresentato il passaggio, epocale, dal positivismo imperativista a quello formalistico. Detto in termini meno criptici, dal pensare che la norma sia un comando (Austin *docet*) al pensarla come proposizione; Kelsen purifica così il diritto assecondando quel pensiero moderno che vuole la scienza come unica portatrice di possibili verità e il diritto come una scienza pura e rigorosa. Non più, dunque, forme e contenuti, ma forme che reggono in quanto forme giuridiche. La purificazione comporta che il giurista non debba interrogarsi su cosa sia giusto (indagine da lasciare ad altri) ma si occupi di cosa è valido in un determinato sistema di riferimento⁵.

⁴ In tale direzione, per altro non mi è difficile avvertire come sia nello spirito di questo tempo una diffusa attenzione alla religione, in tante direzioni indagate, e come sia quello del nesso tra religione e diritto un punto fisso nel dibattito scientifico. Ricorderò solo il recente convegno della SIFD, i cui atti sono apparsi *Diritto e religione*, in “Rivista di filosofia del diritto”, 2013, numero speciale e come a religione e diritti si siano dedicati autori come Durkheim, Jellinek e Weber (sui quali cfr. R. MARRA, *La religione dei diritti*, Torino, 2006) e il dibattito sulla religione civile (sulla quale cfr. recentemente G.E. RUSCONI, *Possiamo fare a meno di una religione civile?*, Roma-Bari, 1999 e *Pluralismo e religione civile. Una prospettiva storica e filosofica*, a cura di G. Paganini, E. Tortarolo, Milano, 2004). Ricordo, infine, come P. LEGENDRE abbia condotto ricerche particolarmente importanti, cfr. soprattutto *L'autre bible de l'Occident: le Monument romano-canonique*, Paris, 2009 e *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, 1999.

⁵ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, p. 47 ss.

Dworkin nasce positivista, allievo di Hart (l'altro nome che assieme a Kelsen incarna un positivismo maturo)⁶, ma ad un certo punto (la raccolta *I diritti presi sul serio* segna proprio questo momento) inizia a spiegare che il diritto non è solo insieme di norme (la legge è tutto il diritto-tutto il diritto è la legge, secondo la formula positivistica del legalismo⁷), ma frutto di norme e principi. Dworkin avvia quella stagione della quale forse tra gli attuali frutti c'è il neocostituzionalismo e il dibattito animatissimo che lo interessa oggi.

Dunque due tra le figure più importanti della riflessione contemporanea, Kelsen e Dworkin, arrivano a discutere dell'ateismo moderno. Arrivano, per riprendere il titolo di un libro meritoriamente molto famoso di Del Noce, a discutere il *problema dell'ateismo moderno*. E lo fanno – questo mi appare significativo – in direzioni che sono opposte.

Kelsen⁸, infatti, nel suo lavoro *Secular religion* sostiene la tesi che non si debba interpretare e non si possa correttamente “interpretare come teologia mascherata o snaturata, a dispetto della loro dichiarata tendenza antiteologica, le più importanti

⁶ Efficacemente riassumono il rapporto critico col positivismo tra anti-positivismo e non-positivismo A. SCHIAVELLO, *Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio*, e anche con riferimento alla questione dei valori G. ZACCARIA, *Rileggendo la giurisprudenza normativa di Ronald Dworkin: una valutazione complessiva*, in “Rivista di filosofia del diritto”, 2014, n. 1, rispettivamente pp. 19 ss., 41 ss. Data l'ampiezza dei contributi in materia, rinvio al contributo antologico di A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, 2005.

⁷ Rimane fondamentale L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, p. 25 ss.

⁸ E il normativismo kelseniano è una delle matrici per pensare (e per chi, come Irti, pensa) una natura rimediale del diritto o più radicalmente una natura nichilistica del diritto odierno; l'altra lettura del diritto d'oggi che avvia, insieme a Dworkin, queste pagine, vd. cap. I.

opere della filosofia sociale della modernità (in particolare le opere di filosofia della storia) e di considerare certe ideologie politiche del nostro tempo come ‘religioni secolari’⁹. Errato e pericoloso, a detta di Kelsen (questi sono gli aggettivi che impiega), intendere autori come gli Illuministi, come Comte, Marx e Nietzsche quali portatori di un pensiero teologico, perché questo significherebbe sostenere che, al fondo, la politica sia teologia e si debba tornare costantemente alla sua genesi per giustificarne l’azione.

Dworkin, in direzione eguale e contraria, sostiene invece che “La religione è più profonda di Dio (...) è una visione del mondo profonda, speciale ed esaustiva, secondo la quale un valore intrinseco e oggettivo permea tutte le cose; l’universo e le sue creature suscitano meraviglia; la vita umana ha uno scopo e l’universo ha un ordine”¹⁰. Sono queste le prime parole del testo nel quale si discute di un “ateismo religioso”, intendendone – o volendone mostrare – tutta la profondità, la irrefutabile presenza.

3. *L’ateismo moderno*

Di qui proprio la provocatoria espressione del mio titolo: in realtà – cavalcando con iperbole l’argomentazione di Dworkin e contro Kelsen – si potrebbe sostenere con una certa forza mista anche a fastidio: *ma cosa c’entra Dio con la religione?*

Dio è questione di fede, la religione, invece, è qualche cosa di naturale, connaturato all’essere umano in quanto tale. Usando una parola che non viene impiegata da Dworkin, la religione, non Dio, è ‘ontologicamente’ presente nell’umano,

⁹ H. KELSEN, *Religione secolare*, cit., p. 3.

¹⁰ R. DWORKIN, *Religione senza Dio*, cit., p. 17.

ben al di là della fede verso 'il' o 'un'Dio rivelato che può esserci o meno.

Non bisogna fraintendere, tra le tante modalità di lettura che – come dicevo iniziando – possono essere seguite a partire da questo libro, c'è una banalizzazione ironica. Non in questa direzione intendo muovermi. La provocazione del mio titolo intende solo immediatamente andare al punto che ritengo necessario trattare.

Il problema – non a caso Dworkin intercetta in modo diverso quanto Kelsen aveva subito intuito e trattato – è il problema dell'*ateismo moderno*, con tutte le sue rivendicazioni, con tutte le sue aporie, con tutto quello che comporta, per il diritto ma non solo.

Mi sembra utile alla non banalizzazione riprendere allora quelle pagine che prima evocavo di Del Noce¹¹, che leggo nel combinato disposto con un corposissimo volume di Cornelio Fabro, *Introduzione all'ateismo moderno*¹².

Il *pensiero moderno*, quello che parte – per intenderci secondo la cronologia storiografica tradizionale – dal Seicento¹³ e radicalizzerebbe una svolta rispetto al medioevo, sarebbe un *pensiero ateo*¹⁴.

¹¹ A. DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, Bologna, 2010.

¹² C. FABRO, *Introduzione all'ateismo moderno*, Segni, 2013.

¹³ Ma che si potrebbe agevolmente retrodatare con inizi significativi a partire dal Trecento, cfr. ad esempio P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

¹⁴ Evidentemente, anche qui, il discorso è sterminato; mi limito piantare qualche picchetto. L'approfondimento necessario dovrebbe addentarsi in una serie di studi, recenti e meno recenti, di particolare valore. Ricordo solo la monumentale opera di C. TAYLOR, *L'età secolare*, Milano, 2009, nella quale si presentano alcuni modi di pensare la secolarizzazione e i tanti significati e le accezioni che ha rappresentato. Per altro, Legendre dà una lettura particolare alla secolarizzazione, riducendone in parte la portata, cfr. P. LEGENDRE, *Le désire politique de Dieu*, Paris, 2005, p. 19 ss.

Certo, l'ateista è posizione antica e di ateismi ce ne sono e sono stati tassonomicamente classificati tanti tipi.

Solo che la modernità ci restituisce un problema radicale che non è la sola contestazione di Dio o la rinuncia a Dio. Come osserva Fabro nella *Prefazione* del suo libro: “l'oblio dell'essere, proclamato dal *cogito*, ha portato, per cadenza inarrestabile, alla perdita dell'Assoluto e ora l'uomo erra ramingo nel mondo che ne definisce i limiti e il suo pericolo mortale”¹⁵.

Il moderno, dunque, non problematizza Dio, il mondo, l'essere umano, ma ci presenta “il momento di incandescenza della loro crisi”¹⁶.

È il momento senza pari nel quale – e per la prima volta nella sua storia – l'uomo afferma un “umanesimo integrale” che, tutt'al più e ribaltandolo, ingloba eventualmente Dio, ora da intendere come creatura della mente, dei desideri, dei bisogni degli uomini. In questa inversione tra creatore e creatura, l'ateismo diviene lo spirito della modernità, ma si fa anche, come ogni spirito del tempo, crocevia di varie forme e dimensioni di ateismo:

– un ateismo di matrice *naturalistica*, per il quale l'essere umano è confinato dall'esperienza sensoriale intrascendibile;

– un ateismo di matrice *illuminista*, per il quale la ragione umana è l'unica a poter dare risposte;

– un ateismo *immanentista* di natura esistenzialista, marxista, fenomenologica, positivista.

Il punto che qui interessa principalmente è che la modernità porta in dote un diffuso ateismo e questo in ragione dell'umanesimo che comporta; e non si può ignorare, come rileva Del Noce – questa anche la critica che muove a Maritain –, “il pas-

¹⁵ C. FABRO, *Introduzione all'ateismo moderno*, cit., p. 7.

¹⁶ *Ivi*, p. 8.

saggio della coscienza laica da un umanesimo di tipo teologico a un umanesimo ateo e la tentazione che alcune tesi di questo secondo umanesimo esercitavano sugli stessi cattolici”¹⁷.

Di qui l'idea di Fabro (sulla quale si potrebbe misurare anche la differente lettura che Del Noce dà di Cartesio¹⁸): l'ateismo è essenziale al moderno perché promette all'essere umano la praticabilità di una libertà dell'uomo per l'uomo; portato principale – sempre nell'ottica fabriana – del *cogito cartesiano*¹⁹. Non intendo soffermarmi su questo aspetto della questione, mi porterebbe lontano e forse rischierei di uscire dall'ottica che qui mi interessa. Ma la indico perché certamente l'ateismo moderno, l'immanentismo ateo, hanno strettamente a che vedere con il *desiderio di libertà*: “l'animo fa risalire il mondo a se stesso – osserva Capograssi – e fa di se stesso il principio del mondo”²⁰.

Mentre ricordo brevemente un altro aspetto, questo immediato e centrale, che trova in Del Noce un attento e raffinato indagatore. L'opzione ateistica moderna e la sua attitudine razionalistica condizionante, non sono altro che “la semplice assunzione, in conseguenza dell'iniziale rifiuto della caduta, della condizione attuale dell'uomo a sua condizione normale; coincide con un'originaria svalutazione morale del miracolo e del soprannaturale”²¹.

¹⁷ A. DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, cit., p. 336.

¹⁸ Ma cfr. G. DE ROSA, *I rapporti tra A. Del Noce e C. Fabro*, in *Augusto Del Noce. Essenze filosofiche e attualità storica*, a cura di F. Mercadante, V. Lattanzi, vol. 1, Roma, 2000, p. 58 ss.

¹⁹ Sul punto cfr. i contributi raccolti in *Mito moderno e modernità senza assoluto. L'altra filosofia*, a cura di D.M. Cananzi, E. Rocca, Torino, 2016.

²⁰ G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, in *Opere*, vol. II, Milano, 1959, p. 89.

²¹ A. DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, cit., p. 356.

Questo punto lo commenta bene Cacciari: “Del Noce definisce ateistica la negazione della possibilità stessa del soprannaturale, l’affermazione che ogni idea di “trascendenza” determina un’insanabile lacerazione nell’unità dell’io. Un simile “postulato” sembra precedere e fondare l’ateismo in quanto “certezza” che al termine “Dio” nulla corrisponda di determinato o determinabile”²².

4. *Principi e valori per regole*

Posso allora riprendere più da vicino il mio iniziale discorso sui due giuristi-filosofi del diritto che non ho abbandonato per una divagazione generale sull’ateismo. In realtà le due posizioni di Kelsen e Dworkin mi appaiono due prese di posizione nei confronti di questo punto centrale dell’ateismo moderno.

Kelsen valuta “errato e pericoloso” pensare che dietro la modernità ci sia una teologia, una religione, anche se atea e senza Dio, perché questo comprometterebbe la conquista moderna di libertà, pretesa come assoluta, e impedirebbe – al contempo – di trovare una risposta giusta alle grandi domande solo con la volontà umana che isolatamente riflette su se stessa. Non c’è un qualche cosa di permanente e soprannaturale, in altre parole, che rende le scelte valutabili; l’obbligatorietà delle condotte, per dire il termine centrale a tutto, deve rimanere modernamente funzione della volontà umana e solo umana.

Dworkin, contrariamente, invoca proprio la separazione tra Natura e Dio; pensa ed è convinto di una certa unità del valore e una connessione e integrazione tra concetti etici, politici e giuridici²³.

²² M. CACCIARI, “Sulla critica della ragione ateistica”, postfazione a A. DEL NOCE, *Il problema dell’ateismo*, cit., p. XXXII.

²³ L. FERRAJOLI (*La teoria generale del diritto: l’oggetto, il metodo, la*

La sua idea di una “Religione senza Dio” gerarchizza un ordine per il quale sopra ci sarebbe un valore, poi (e solo eventualmente) Dio e poi ancora l'essere umano e perciò, come scrive: “la convinzione che il valore riceva l'avallo di un dio presuppone l'adesione alla realtà indipendente di tale valore. Un'adesione, quest'ultima, possibile anche per i non credenti”. Ed è proprio per questo, continua, “che i teisti condividono con alcuni atei un impegno che è più fondamentale di ciò che li divide, e proprio questa fede condivisa potrebbe gettare le basi per una migliore comunicazione fra di essi”²⁴.

Non stupisce che il Dworkin, teorico dell'irriducibilità dei principi alle regole, rilevi una ragione universale che chiama alla “responsabilità ineludibile di vivere bene” che accomunerebbe ogni individuo. Di qui, ancora, l'idea che non ci sia perfetta corrispondenza tra religione e Dio e che si possa essere religiosi (tutti gli esseri umani lo sarebbero) senza credere in Dio (opzione teista).

Così che “l'atteggiamento religioso insiste sulla piena indipendenza del valore: il mondo del valore si contiene e si certifica da solo”²⁵.

Cerco di brevemente spiegare meglio la posizione di Dworkin.

Il teista assume un realismo fondazionale di valori per il quale ciò che è detto da Dio va oltre la storia e regge ed è difendibile proprio per questo.

Tra i valori vi sono alcuni legati alle singole religioni ed ai

funzione, in “Rivista di filosofia del diritto”, 2012, n. 1, p. 245) parla di “metodo integrato”; di teoria integrata del diritto parla B. PASTORE, *Introduzione: una teoria integrata del diritto*, nel forum *Interpretazione e teoria del diritto: l'eredità di Ronald Dworkin* da lui curato in “Rivista di filosofia del diritto”, 2014, n. 1, p. 7.

²⁴ R. DWORKIN, *Religione senza Dio*, cit., p. 17.

²⁵ *Ivi*, p. 27.

singoli credo, altri sono invece indipendenti e comuni a tutti. Dworkin ne individua due:

1) La vita umana ha un significato oggettivo o un'importanza oggettiva;

2) Ciò che chiamiamo natura non è un mero dato di fatto ma è intrinsecamente sublime: qualcosa che ha valore e incanto intrinseci²⁶.

La 'religione senza Dio' di Dworkin, in altre parole, accettando la validità della legge di Hume circa la separazione tra fatti e valori, pensa che vi sia una realtà dei valori indipendente da una attualità che li istituisce. Ammettiamo qualche cosa come valore, perché corrisponde a quel "principio di fondo"²⁷ che abbiamo assunto e non perché qualcuno (Dio nell'ipotesi teista) l'ha comandato.

Ed è lo stesso Dworkin a rilevare la circolarità di questo suo modello, una circolarità che – come pure dice – non può essere cancellata, e di fatto non viene meno neanche nel ragionamento scientifico. Noi validiamo scientificamente delle verità in base ad altre verità che abbiamo precedentemente validato e seguendo standard specificati. "Facciamo affidamento sugli esperimenti e sull'osservazione per certificare i nostri giudizi nell'ambito scientifico. Ma gli esperimenti e le osservazioni sono attendibili solo in virtù della verità di assunti fondamentali sulla causazione e sull'ottica, per la certificazione dei quali facciamo affidamento sulla scienza stessa"²⁸.

Non ci sono, sostiene Dworkin, standard simili a quelli generalmente condivisi per il ragionamento scientifico nel ra-

²⁶ *Ivi*, p. 23.

²⁷ *Ivi*, p. 35.

²⁸ *Ivi*, p. 27.