

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 lezioni ¹.

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 itinerario ²) 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 (userò 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 rimane 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 sistematica, 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, giustizia/legalità, certezza/giustizia la cui riproposizione mi appare anacronistica⁵ perché, per certi versi, pongono la questione giuridica in modo non corretto, per altri versi, non consentono di mantenere la tensione del farsi del diritto, di quel *momento esperienziale* – direi sotto l’alto magistero di Giuseppe Capograssi⁶ – nel quale il diritto non è né

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. CARCATERRA, *Presupposti 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.

⁶ G. CAPOGRASSI, “Studi sull’esperienza giuridica”, in *Opere*, vol. II, Milano, 1959, p. 231 ss.

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 tutto 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 questo, 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 '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

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.

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

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 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.

La tradizione (il senso tradizionale del diritto intravisto all'inizio) passa anche per la iconicità del suo presentarsi con la quale i contenuti prendono forma 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 simbolo.

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

Il Mediterraneo è quella 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 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 anche diversi da quelli formati *anche* dal nichilismo europeo ma *anche* da una tradizione altra. Cosa sarà dell'unione e della civiltà europea, 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 estravaganti 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 riferito ¹⁰) 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 questo altro non sono) dirette a studenti del (e di un) corso di filosofia del diritto.

Aver subito avvertito che non si deve respirare aria 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

¹⁰ Vd. Lezioni, vol. 2, Capitolo III.

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

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 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.

NOTA EDITORIALE

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;

– *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. Heritier, di "Teoria e critica della regolamentazione sociale", 2014, n. 2;

– alcuni passaggi della seconda parte hanno trovato antici-

pazione 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*).

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. Levinas, *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 ricerca.

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 diritto ¹.

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 culturale ².

Quale 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 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

¹ 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.

² 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.

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”³.

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*⁴.

Il diritto che prima era legge⁵ 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 legge⁶ perché non v’è più oggi – e non vi sarà 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*⁷.

L’analisi è chiara, efficace, persuasiva.

Cosa dire?

³ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 39.

⁴ F. NIETZSCHE, *Umano, troppo umano*, af. 459.

⁵ 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.

⁶ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, p. 34 ss.

⁷ In fondo il “salvagente della forma” diventa proprio la decisione come occasione di risolvere le controversie.

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 Benedetti⁸, perché il “giurista non può essere nichilista”, tesi di Antonio Punzi⁹.

E parto da qui perché ritengo che due siano le parole con le quali spesso i giuristi hanno avuto e continuano ad avere dimestichezza 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.

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”¹⁰ 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.

⁸ 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.

⁹ A. PUNZI, *Il giurista può essere nichilista?*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 2004, n. 4, p. 715 ss.

¹⁰ R. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l’Europa*, Torino, 2016, p. 19.

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 moderno¹¹ –, 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 tradizionale del diritto¹². Questo modo segue, sul diritto, quanto in filosofia è detto come “pensiero tradizionale”¹³ e

¹¹ M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, 2012.

¹² Rimane interessante in tal senso B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino, 1990.

¹³ 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”.

sul quale ora non posso soffermarmi ¹⁴.

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.

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 formatività ¹⁵: 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 forma.

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.

¹⁴ Una più distesa e articolata disamina compie P. GROSSI, in ultimo nel recente *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2016.

¹⁵ Vd. Lezioni, vol. 1, Cap. I.