

Saggi

Solitudine del diritto

NATALINO IRTI*

1. Muoviamo da una delle formule o espressioni più consuete nel linguaggio giuridico. Maestri e scolari, vecchi studiosi e acerbi novizi parlano di *ratio legis* o *ratio juris*, e tutti traduciamo con “ragione della legge” e “ragione del diritto”. Sembra così che la norma (versiamo in questa parola, piuttosto neutrale e accogliente, diritto e legge), che qualsiasi norma abbia, e non possa non avere, una ragione, un fondamento di razionalità. La norma, che l'uomo comune si raffigura quale *atto di volontà*, atto imperativo destinato da uno ad altro soggetto, implicherebbe un *atto del conoscere*, un sapere capace di costituire l'intima ragione. Insieme un volere e un conoscere, e questo conoscere dirige e giustifica il volere. Dunque, attraverso la *ratio*, il diritto raggiungerebbe la propria *verità*. In modo assai semplice e piano potremmo dire che, se scopo del conoscere è la verità e scopo del volere l'efficacia attuatrice, la *ratio* congiunge l'una con l'altra. Dona corpo al sapere; dona verità al volere.

2. La verità, ponendosi per ragione del diritto, giustifica le norme, le *fa-giuste*, le costituisce nel loro essere così come debbono essere. Nella verità essere e dover essere coincidono. E questo anche garantisce la *durata* delle norme: non un labile e contingente volere, che subito sia sostituito da nuovo e diverso, ma un volere duraturo e costante, in cui le radici di verità non sono erose dal tempo.

La norma dura, poiché la verità del suo fondamento la sottrae alla discontinuità del volere, all'alterna vicenda di bisogni interessi passioni. Essendo così come deve essere, il diritto non è preso dall'ansia di divenire, dal desiderio di modificarsi e riformarsi. In questa prospettiva le norme gravitano sul perché, non sul come; sulle ragioni giustificatrici, non sui metodi produttivi. La verità del fondamento può splendere in qualsiasi modo e sotto qualsiasi forma. Se il diritto è *esperienza di verità*, e unisce in sé dei e uomini, il mondo che è intorno a noi e ciò che noi facciamo nel mondo, allora non c'è luogo a distinguere fra *naturale* e *artificiale*. La Dike cosmica non tollera conflitti e lacerazioni: “La verità – nota Untersteiner – diventa un dovere universale e si connette con l'esigenza della giustizia”¹.

* Ordinario nell'Università di Roma “La Sapienza” e accademico dei Lincei.

3. La concezione ‘veritativa’ del diritto, quale abbiamo tratteggiata muovendo dalla *ratio legis*, appartiene storicamente alla Grecia arcaica. Ma ritorna e riparla sempre che un'universale verità sia sollevata contro la contingenza del volere umano, e l'una e l'altro vengano risospinti nell'originaria unità. La rottura di codesta unità si determinò nel V secolo con la crisi di antichi valori, l'irriverenza verso la legge costituita, la distinzione o antitesi tra νόμος e φύσις. Uno studioso finissimo come Marcello Gigante ha potuto scrivere che “il fondamento teorico della dottrina generale del diritto nel XX secolo riassume il momento speculativo della Sofistica greca del V secolo”². E il giurista, dall'interno del quotidiano lavoro, approva e consente, poiché quella dottrina generale, tuttora dominante nelle nostre discipline, gravita su *autonomia e relatività del νόμος*.

Il diritto è stato strappato dall'ordine cosmico, da un'unità che insieme raccoglieva natura e storia, e consegnato all'autonomia del volere umano. Esso è *positivo*, ossia non rivelato da sapienza e volontà divina, non illuminato da raggio di verità, ma *posto* da decisione umana. Il νόμος γραπτός è legge scritta, scritta dall'uomo, che ascolta propri interessi e passioni, e in cui tace ogni altra voce. Il diritto non è più verità, ma labile opinione; non più frammento o immagine dell'ordine cosmico, ma precaria convenzione.

Certo, può pur dirsi che, di contro alle leggi costituite, si fanno valere i νόμοι ἄγραφοι, e si leva l'appello alla φύσις, ma natura e norme non scritte sono riempibili di qualsiasi contenuto. Già nella Sofistica greca, mentre Ippia attribuisce alla natura un principio di universale eguaglianza, Calicle e Trasimaco vi scorgono affermazione di forza e di potenza. Ma più preme di notare che a mano a mano si considera inevitabile il passaggio attraverso il diritto positivo. La norma di natura, affinché valga nei rapporti fra gli uomini e dispieghi pratica efficacia, deve farsi norma di diritto positivo. La *positività* acquista così una funzione centrale: anche ciò che sta al di sopra o di contro all'uomo, e ciò che l'uomo desidera nel domani, è chiamato e vincolato alla positività. E, dunque, a farsi contenuto di volontà, a combattere discordi indirizzi, a prevalere nella decisione normativa.

4. La *ratio legis* – formula giuridica, da cui ci è piaciuto di prender l'avvio – assume, anch'essa, diverso significato. Già nel Cinquecento Ugo Donello ne offre, in scandita incisività del latino, una definizione laica e sconosciuta: “... *est id propter quod lex lata est, et sine quo lata non esset*”. La *ratio* non indica più fondamenti di verità o principi di giustizia, ma il semplice “*id propter quod lex lata est*”: lo scopo, il qualsiasi scopo, perseguito dalla norma. Questa diviene *esperienza di utilità*, mezzo adoperato per raggiungere un fine. La strada è ormai aperta: al giudizio di verità o falsità subentra il giudizio di idoneità, di coerenza o incoerenza rispetto allo scopo prescelto. Il diritto esce dal mondo della verità, ed entra nel mondo della strumentalità. La *ratio* non è più il fondamento universale, dove s'identificano verità e giustizia: essa si frange nelle innumerevoli e contingenti *rationes*, che sostengono, per lungo o breve tempo, le singole norme. Ciascuna ha la propria, né migliore né peggiore di altre. Compagnano allora le scuole esegetiche, i giuristi, che, accompagnando il frammentismo delle norme e delle loro *rationes*, si tengono alla lettera, spiegano articolo per articolo, e non cercano o non trovano alcuna unità di senso.

5. Non affrettiamo i tempi, e torniamo alla distinzione o antitesi fra νόμος e φύσις, o il qualcosa che comunque stia di fronte o di sopra al diritto, e serve a orientarlo e vincolarlo. Questo "qualcosa" è a mano a mano perito. L'uomo folle, che, nell'aforisma celebre di *La Gaia Scienza*, corre al mercato ed esclama "Dio è morto", dovrebbe dar notizia di altri e terribili perimenti. Il diritto incominciò a sbarazzarsi della natura già nei tempi remoti, in cui ad essa si attribuiva questo o quel principio universale (chi, l'eguaglianza degli uomini; chi, il dominio del forte sul debole). Mentre si disputa sui dettami naturali, il diritto continua la propria vita nella concreta determinatezza delle scelte normative. Intorno si agitano chiososi gli interpreti della natura, ma il diritto rimane legato alla catena della positività.

La tecnica moderna, riducendo la natura a oggetto sfruttabile e manipolabile, e confezionando di caso in caso il proprio volto (che è poi il volto dell'uomo), la *cancella come mondo contrapposto alla storia*. Il diritto, nello sporgersi dalla storia, non la trova più di fronte o di contro a sé. L'uomo, che pone le norme, è il medesimo che foggia e determina il volto della natura, il medesimo che sperimenta la tecnica sulle cose esterne, sicché egli – come notò Werner Heisenberg³ – incontra sempre e soltanto se stesso. "Non si tratta più – soggiunge il grande fisico – di un'immagine della natura, ma di un'immagine delle nostre relazioni con la natura". Potremmo dire che l'unità originaria, la compattezza del cosmo, si è ristabilita, attraendo la natura dentro la nostra stessa storia, e perciò abolendola come φύσις contrapposta al νόμος. La crisi del diritto naturale coincide con la crisi dell'immagine "oggettiva" ed extra-storica della natura.

6. Altri e gravi annunci darebbe l'uomo folle dell'aforisma nietzscheano. Non soltanto la morte della divinità, e la manipolazione tecnica della natura, ma anche il perimento o il declino di quei simboli e istituti terreni, con cui l'uomo aveva cercato di colmare l'assenza di principi meta-storici o di reintrodurli sotto altre forme. Di questo tramonto si può fare qui breve e sommaria notazione.

Albert Camus indica nel regicidio del 21 gennaio 1793 una tra le fonti del moderno nichilismo. L'assassinio di Luigi Capeto – monarca "di diritto divino, vale a dire senz'appello, quanto alla sua legittimità"⁴ – è rifiuto del rappresentante terreno di Dio e sconsecrazione della storia. Il giurista può altresì notare che, venuto meno il principio teologico di legittimità, quest'ultima finisce per coincidere con la positiva legalità. Ciò che è legale – ossia definito mediante norme – è insieme legittimo, poiché non disponiamo di alcun criterio o misura, capace di sovrastare il diritto storico e di farsene giudice. Contro il diritto positivo non c'è più istanza di appello, ma solo volontà di abrogare o modificare le norme, e dunque d'introdurre altro e diverso diritto positivo.

7. Degli altri istituti terreni, che un tempo sostenevano e proteggevano il diritto, e che ora o sono tramontati o appaiono controversi, menzioneremo la tradizione romanistica, i codici, la sovranità territoriale degli Stati.

La tradizione del diritto romano, cioè la consegna, compiuta di secolo in secolo, e da maestri ad allievi, di un'eredità logico-argomentativa, lasciava immaginare un vincolo di continuità, tale da raffrenare e orientare la volontà degli uomini. Non c'è bisogno di volger-

ci alla natura o al cielo, perché la storia, la nostra umana e terrena storia, ci istituisce eredi e ci offre un modello vincolante, una geometria di concetti giuridici ragionati una volta per sempre. La *ratio legis* si trovava già incarnata nella *ratio scripta* del diritto romano. Non fu difficile, per i critici ed avversari della scuola storica, di obiettare che così divenuto (il diritto romano) sbarrava la strada al divenire; e non difficile sollevare, contro lo spirito del popolo e l'informe spontaneità delle consuetudini, la razionalità tecnica del legislatore. La "polemica sulla codificazione", agitata ai primi dell'Ottocento fra il Savigny e il Thibaut, ha per noi un'importanza fondamentale. Le tesi del Thibaut esprimevano interessi della borghesia ed esigenze del moderno capitalismo: il bisogno – ci dirà Max Weber – di un diritto razionale e calcolabile.

I codici apparvero come lo strumento più efficace per raccordare questo bisogno con la sovranità territoriale degli Stati. Essi, da un lato, garantivano l'unità giuridica dello Stato, sopprimendo o limitando la molteplicità delle leggi locali; dall'altro, offrivano al capitalismo un diritto previamente calcolabile: che si lasciava ridurre all'interno del rischio d'impresa. Il calcolo giuridico confluiva, insieme con fattori mercantili e finanziari, nell'unità della decisione imprenditoriale. La *ratio legis* è radicalmente rovesciata: non luce di verità, ma scopo coerente con bisogni del capitalismo e attese della borghesia. Che poi significa: coerente con le volontà, che nel mondo moderno sono in grado di emanare norme e di assicurarne la pratica efficacia.

Si diceva che codici e sovranità territoriale degli Stati, stretti in alleanza contro la scuola storica, e capaci, appena conseguita la vittoria, di sostenere e orientare il diritto positivo, sono venuti in crisi. Qui non può neppure profilarsi un'analisi di problemi così gravi e complessi. Ci limiteremo a segnalare che i grandi codici declinano per l'urto di quella potenza legislativa, che pure li ha costituiti ed eretti contro il passato. La potenza del far diritto, sciolta da vincoli teologici e metafisici, e tutta piegata al servizio delle forze storiche, come sacrificò le vecchie tradizioni agli interessi della borghesia così oggi rispecchia bisogni di altri gruppi economici e categorie sociali, di ceti politici e comunità minori. I codici sono svuotati ed erosi; le strutture non riescono ad accogliere e sistemare le novità legislative. Le officine del diritto lavorano in ogni ora del giorno: norme internazionali, norme europee, norme nazionali, norme regionali, norme negoziali. L'indebolimento della sovranità statale agevola il fenomeno: essa non è più in grado di racchiudere in unità la molteplicità delle fonti, e rovina insieme con i codici, che ne furono espressione e garanzia.

8. La caduta degli dei, celesti e terreni, lascia il diritto in *nuda solitudine*. Nuda – s'intende – di vincoli e condizioni, criteri e misure, che siano sopra il diritto; ma gremita di interessi e bisogni e attese, i quali chiedono di soddisfarsi mediante la posizione di norme. Nessuna norma è *necessaria*; di nessuna può dirsi che senza di essa il diritto non sarebbe, e l'ordine giuridico non si costituirebbe. Tutte le norme sono *possibili*, cioè *suscettive di posizione e de-posizione*. L'incondizionata volontà come le crea e istituisce, così è in grado di modificarle e abrogarle.

Codesta indefinita possibilità determina duplice conseguenza. Da un lato, il carattere di precarietà, l'assenza di durata, propria del diritto moderno e contemporaneo. Nessuna norma (né costituzionale né ordinaria, né generale né speciale) è garantita contro la possibi-

lità di modificazione o abrogazione. Su tutte incombe il rischio di esser ricacciate nel nulla. La vicenda del nascere e morire, del non essere ancora e del non essere più, appare come il destino del diritto.

Si diceva che quella indefinita possibilità suscita altra conseguenza, già diagnosticata da Ortega y Gasset, e da noi accertabile nella quotidianità politica. Per i romani – osserva il pensatore spagnolo⁵ – il diritto “è ciò che non si può fare, come non si può fare una legge cosmica, la legge di gravità, ad esempio”. A noi il diritto appare ciò che, nella sua propria indole, si può incessantemente fare, il *reformabile* per eccellenza. Se i partiti di governo deliberano una riforma, i partiti di opposizione annunciano per il domani una riforma della riforma, e via seguitando nel tempo. Ogni norma è segnata dalla caducità; e insieme ogni norma, ogni norma di qualsiasi contenuto, è provvista della possibilità di essere. Oscillazione tra l'essere e il nulla.

9. I fenomeni della modernità o post-modernità giuridica, che mi provo a cogliere e descrivere, si riconducono tutti a una premessa, già affiorata nel nostro discorso. La norma giuridica è considerata un prodotto del fare umano: non qualcosa che si trova dentro di noi o dinanzi a noi, ma qualcosa che noi vogliamo e determiniamo.

La parola ‘*produzione*’ è entrata nel lessico giuridico senza destar scandalo e clamore. I giuristi non ne sospettavano la densità rivoluzionaria, poiché essa sembrava esprimere, quasi per similitudine o metafora, l'antico fenomeno dell'emanar norme. A poco a poco, mentre tramontavano miti e dei, ha svelato ciò che propriamente recava in sé: l'estendersi al diritto delle tecniche produttive e dello spirito meccanico, applicati nel mondo dell'industria e dell'economia. Se la norma giuridica è un prodotto – risultato, al pari di innumeri altri, del fare umano –, allora sono ben concepibili (e sempre nella storia furono ideate e manovrate) le tecniche del legiferare. Il diritto esige meccanismi, idonei a garantire, mercè la ripetitività di atti tipici, l'incessante produzione di norme. I meccanismi non tollerano il fortuito e il caso, che generano “guasti” e impediscono la regolarità del funzionamento. Ecco perché la produzione si collega sempre ad una *procedura*, cioè a una sequenza prestabilita di atti tipici, che non variano di caso in caso, ma funzionano identici in tutti i casi. Il consumo di norme è tale che occorrono procedure stabili, dotate di alto grado di produttività. L'instabilità dei prodotti trova compenso nella relativa stabilità della macchina produttrice.

10. In un acutissimo saggio del 1912, Walter Rathenau – quasi meditando sulla propria esperienza d'impresa – così descrive la funzione della macchina⁶: “Modella con la stessa indifferenza un libro di preghiere e una bilancia di precisione. Ma soprattutto essa pone, al posto della durata, la facilità di sostituzione. Questa antitesi può essere simboleggiata dalla biancheria filata in casa e dai tovaglioli di carta”. La pagina porge spunti e note efficaci per capire le procedure di produzione normativa. Le quali, non essendo vincolate ad alcun contenuto, sono perciò *indifferenti a tutti i contenuti*. L'indifferenza contenutistica garantisce regolarità e rapidità di produzione. Qualsiasi materia, cioè qualsiasi ipotesi di norma, può immettersi nei canali della procedura (nomodotti, ebbi gusto di definirli), tentare di percor-

rerli con successo, giungere a risultati favorevoli. L'esatto funzionamento dei nomodotti assicura la posizione della norma, la sua *validità*: parola, quest'ultima, che nulla dice circa il merito della norma, se giusta o ingiusta, se utile o disutile, ma soltanto esprime la regolarità del processo produttivo. Ed è quanto basta al giurista dell'età nostra.

Le procedure assumono, conforme alla loro indole, un carattere di estrema oggettività. Come per la fabbricazione di qualsiasi merce la fatica dei singoli è assorbita e dimenticata nell'esito finale, così il prodotto normativo ci appare alla conclusione di un processo senza volto e senza nome. Il soggettivismo, a cui la modernità giuridica sembrava sospingere mercè la negazione di ogni criterio meta-storico, si rovescia nell'aligdo oggettivismo delle procedure. Le vibrazioni emotive della volontà, l'asprezza dei conflitti politici ed economici, l'urto delle ideologie; tutto ciò, insomma, che precede e accompagna la posizione di norme, d'improvviso si tace e spegne. L'oggettiva funzionalità delle procedure purifica, e risolve in sé, le rudi passioni degli uomini⁷.

Dovremmo pur meditare circa il rapporto fra tecniche normative, in cui si esprime la volontà che altri voglia in certo e preciso modo (il legislatore vuole che la volontà dei governati prenda un dato indirizzo; il creditore vuole che la volontà del debitore decida di eseguire la prestazione; e via seguitando); circa il rapporto, dicevo, fra tecniche normative ed altre forme della tecnica. È il tema, sul quale si è aperto e svolto il mio dialogo con Emanuele Severino; e non starò qui a ripeterne termini e posizioni. Forse mi basterà di osservare che il diritto, come forma di volontà di potenza, si trova ora in alleanza ora in disaccordo con altre forme: valga, per modo d'esempio, il confronto tra scelte giuridiche e tecniche della genetica. Può accadere che forze, sostenitrici e propositrici di una soluzione normativa, soccombano dinanzi alla forza di altra tecnica, e vengano perciò o sostituite o costrette a piegarsi al vincitore. Nessuno può pronosticare il destino delle diverse specie di tecnica, e reputare taluna come sovrastante e inevitabile.

11. La concezione procedurale del diritto non è novità degli ultimi anni. Ogni ordinamento giuridico, venuto ad un certo grado di sviluppo, è *procedurale*, cioè regola, in modi di tipicità ripetitiva, posizione e applicazione di norme. Se procedura (o, in linguaggio più antico, processura) è scansione prestabilita di atti tipici, i quali volgono verso un fine unificante, allora il diritto è, per sua indole, procedura o insieme di procedure. Soltanto il decisionismo occasionalistico, creando diritto in singoli stati di cose e sprezzando la normalità quotidiana, non ha bisogno di procedure. Il punto è che, in talune epoche, le procedure sottostavano a vincoli e condizioni esterni, e dunque non macinavano tutto ciò che il mugnaio versava in esse. Il risultato delle procedure, il prodotto normativo, era *giudicabile in base ad un criterio superiore*, che potremmo appunto definire meta-procedurale. Il diritto moderno e contemporaneo si è chiuso nelle procedure, non per altro valutate e giudicate che nella loro funzionalità produttiva.

Le procedure democratiche (destinate, in linea di principio, a ricondurre le leggi alla volontà dei governati, sicché questi finiscano per obbedire a se medesimi), le procedure democratiche, si diceva, sono una specie nel genere delle procedure produttive di norme. Anche esse formali oggettive meccaniche: dove il criterio aritmetico della maggioranza serve a selezionare le proposte di norme, ed a convertire talune e non altre in diritto vigen-

te. Quel criterio nulla dice (e non vuole né può dire) circa il merito della norma, e cioè il suo contenuto di giustizia o di convenienza. Esso ha soltanto la funzione di garantirne la validità, la possibilità di esistere come norma entro l'ordinamento democratico. Quest'ultimo non si sottrae al *ritmo triadico*, che è proprio del diritto contemporaneo: proposizione / posizione / im-posizione di norme. La proposta è convertita in norma dalle procedure di posizione; la norma, così prodotta, si dirige ai destinatari con la minaccia di coercirne la volontà.

12. La solitudine del diritto, lasciato a se stesso, e tutto racchiuso nelle tecniche produttive, è, in qualche modo, la splendida solitudine della forma. Splendida, non per virtù estetiche (ancorché si dia la metallica bellezza della macchina), ma per l'inesausta capacità di accogliere e oggettivare le volontà umane. Il silenzio della divinità – cioè, fuor di metafora, la mancanza di vincoli contenutistici – getterebbe il volere umano in un caos violento ed oscuro. L'una volontà contro l'altra; la lotta perenne non consentirebbe neppure di individuare vincitori e vinti.

Tornano qui alla memoria pagine di storia culturale: la "salvazione mediante forme", invocata da Charles Baudelaire; la formula, coniata negli studi sull'espressionismo, di 'caos e geometria'. Certo è che il diritto, divelto da qualsiasi contenuto, e perciò esposto all'urto incessante delle volontà, cerca la salvazione in geometria di forme. Al grado più alto di indifferenza contenutistica corrisponde il grado più alto di formalismo procedurale. Il diritto, che sembra tragicamente segnato dalla perdita di centro, si raccoglie intorno a un nuovo centro, che è la sua stessa capacità produttrice, il suo auto-generarsi nella posizione di norme. La lotta tra partiti politici ha per premio la disponibilità di questa macchina, l'uso di questo formalismo, che converte in diritto tutto ciò che tocca⁸.

Note

¹ M. Untersteiner, *I sofisti*, nuova ed., Milano, 1996, pag. 24. Fra i contributi più recenti segnalerei J. De Romilly, *La legge nel pensiero greco – Dalle origini ad Aristotele*, trad. it. E. Lana, Milano, 2005; e A. Jellamo, *Il cammino di Dike – L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*, Roma, 2005.

² M. Gigante, *Nomos Basileus*, 1955, Napoli, 1993, pag. 15.

³ W. Heisenberg, "L'immagine della natura nella fisica contemporanea", 1953, in AA.VV., *Le arti nell'età della tecnica*, a cura di M. Guerri, Milano, 2001, pp. 39-40.

⁴ A. Camus, *L'uomo in rivolta*, trad. it. L. Magrini, Milano, 1960, pag. 133.

⁵ J. Ortega y Gasset, *Una interpretazione della storia universale*, trad. it. L. Pajetta, Milano, 1978, pag. 247.

⁶ W. Rathenau, "La meccanizzazione del mondo", 1912, in *Tecnica e cultura – Il dibattito tedesco fra Bismarck e Weimar*, a cura di T. Maldonado, 3a ed., Milano, 1991, pag. 179.

⁷ Cfr. E. Cassirer, *Forma e tecnica*, 1930, trad. it. A. D'Atri (sotto il titolo *Critica della ragion tecnica*), Milano, 2004, pag. 136: lo strumento "si pone in mezzo fra la prima posizione del volere ed il fine, e proprio in questo porsi nel mezzo permette di separare l'uno dall'altro e di porli nella giusta distanza".

⁸ Per i temi svolti in questa relazione (svolta in Firenze il 12 novembre 2005 presso la locale sezione della Società Filosofica Italiana), cfr. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.