



Poltica.eu

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

INDICE

EDITORIALE	2
<i>STUDI E RICERCHE</i>	
HAYEK ON MIND AND ANTI-FOUNDATIONALISM FRANCESCO DI IORIO	5
IL DIRITTO E L'INTERAZIONE TRA GLI UOMINI LON LUVOIS FULLER	13
IL DIRITTO COME INTERAZIONE. NOTA A MARGINE DEL SAGGIO DI LON L. FULLER MARCO STEFANO BIRTOLO	49
NICHILISMO GIURIDICO? UNA SFIDA AL DIRITTO VITTORIO POSSENTI	58
SERGIO COTTA: UN CRISTIANO-CATTOLICO PENSANTE. RICORDI E PENSIERI DI UN ANZIANO EX-ALLIEVO PIERFRANCO VENTURA	69
I CAMBIAMENTI DEL GIORNALISMO POLITICO NEI MEDIA MAINSTREAM DANILO BORIATI	80
<i>PAGINE LIBERE</i>	
UOMINI SOLI NELL'EPOCA DELLA POST-VERITÀ MICHELE ROSBOCH	86

Politica.eu

EDITORIALE

Politica.eu apre il suo spazio a una serie di testi di autori classici, con l'intento di inaugurare una riflessione e una discussione attorno a grandi tematiche di rilevanza attuale, come quella segnalata dalle considerazioni critiche sul *nichilismo giuridico* contenute nell'articolo di Vittorio Possenti, e quella relativa alla critica del fondazionalismo in Hayek, esposta nell'articolo di Francesco Di Iorio. Un primo saggio di questo progetto, accompagnato da una nota di Marco Stefano Birtolo, è *Il diritto e l'interazione tra gli uomini*, del filosofo del diritto americano Lon Luvois Fuller, apparso per la prima volta in traduzione italiana nel 2004, e qui riproposto sull'onda della recente rivalutazione di questo autorevole pensatore.

Per il prossimo numero si annuncia in particolare, accanto a una eventuale ripresa di elementi tematici contenuti in questo scritto, una prima rivisitazione dei nessi tra politica e filosofia, e tra politica e religione, attraverso pensatori classici, nella scia di quanto parzialmente emerso nel numero precedente, *Diritti dell'uomo, politica, religione*, dedicato a Sergio Cotta nel decennale della sua morte (si ospita qui il contributo di Pierfranco Ventura alla prima *call for papers* lanciata dalla Rivista, che, per ragioni di spazio, non poté a suo tempo essere pubblicato).

Con questo fascicolo la Rivista si ripropone dunque in un formato *omnibus*, integrato dall'intervento di Danilo Boriati in tema di sociologia politica dei *media mainstream*, e dal contributo di Michele Rosboch all'approfondimento delle problematiche sollevate dalla cosiddetta post-verità.

Gli sviluppi programmatici annunciati varranno a consolidare i risultati sin qui raggiunti, ma soprattutto a stimolare un dibattito critico sulle questioni essenziali oggi

emergenti nel pensiero politico, nella formazione di un giudizio politico, come negli indirizzi perseguiti nell'impegno dell'attività politica.

Lorenzo Scillitani

Ivo Stefano Germano

 **Poitica.eu**

STUDI E RICERCHE

HAYEK ON MIND AND ANTI-FOUNDATIONALISM

FRANCESCO DI IORIO*

Abstract: Hayek's *The Sensory Order* provided a proto-connectionist theory of mind that is linked to a fallibilist and evolutionary concept of knowledge. According to Hayek's cognitive psychology, human knowledge presupposes what Gadamer calls a «shifting horizon», i.e. a selective standpoint that is conditioned temporally. Because of his theory of the historical finitude of mankind that is linked to his cognitive psychology, Hayek rejects any kind of foundationalism. His criticism of foundationalism, which has not been studied extensively, matches well the view developed by enactivist cognitive scientists such as Varela, Maturana and Thompson.

Keywords: Hayek – Popper – Gadamer – Foundationalism – Sensory Order

1. Popper on Foundationalism¹

According to Popper², foundationalism is a particular aspect of epistemologies that deny the uncertainty and selective nature of knowledge³. These epistemologies maintain that we «can intuit or perceive the essence or the true nature of a thing»⁴. Foundationalism is intended to resolve the infinite regression problem in epistemology. According to foundationalism, beliefs are justified based on basic, certain and invariable beliefs that do not need support from other beliefs because they are self-evident. Truth, meant as absolute truth, is rooted in these foundational beliefs from which all the other beliefs can be explained by inference⁵. Foundationalism argues that reason can grasp and know in detailed and clear terms the ultimate and invariable ground «of all forms of

* Francesco Di Iorio, Professore Associato di Filosofia, Università Nankai (Cina). Email: francedi.iorio@gmail.com

¹ This article directly draws from sections 2.15 and 2.16 of my book *Cognitive Autonomy and Methodological Individualism: The Interpretative Foundations of Social Life*. Springer, Berlin and New York, 2015.

² K. Popper, 2002, 3-27.

³ See also F. Di Iorio, 2015, 44.

⁴ K. Popper, 2002, 16.

⁵ F. Di Iorio 2015, 44; see also G. Boniolo, 1990, 40 ff.; D. Antiseri, 2010, 45 ff.

knowledge»⁶. Foundationalism can meaningfully be defended in fields such as logic and mathematics, but regarding empirical science and ethics, foundationalism looks weak.

Regarding empirical sciences, Popper argued, like Gadamer, that «foundationalism is rooted historically in two main variants. Curiously, these variants have often been *wrongly* considered to be antithetical to each other. Both are expressions of what Gadamer calls “the Method”, i.e. scientism»⁷. One of the two variants is Bacon’s empiricism. According to this variant, the «ultimate source of all knowledge was observation»⁸. In other words, Bacon assumed that the foundational bricks of scientific knowledge could be acquired through sense data. He believed «that experience provided the basic and absolutely certain beliefs that justify all other beliefs»⁹. The other variant of foundationalism is Descartes’ rationalism or intellectualism. According to Descartes, the indisputable source of the foundational self-evident truths «was the intellectual intuition of clear and distinct ideas»¹⁰.

For Popper, both these variants of foundationalism are inconsistent with the idea of human fallibility. «Observation cannot imply certainty. It is the same for intellectual intuition»¹¹. According to Popper, «Intellectual intuition and imagination are most important, but they are not reliable: they may show us things very clearly, and yet they may mislead us»¹². In addition, Popper argued «that the idea that there is an exclusive and privileged source of knowledge defended by both empiricism and rationalism is equally mistaken. This is because the way human beings acquire knowledge can be very different. Sometimes the source can be a direct observation, whereas at other times it can be something else, such as a post on an internet blog or the discovery of an inconsistency in a scientific article»¹³. Popper also pointed out that both Bacon’s and Descartes’ variants of foundationalism are part of an «optimistic epistemology»¹⁴. At the roots of the teaching of these thinkers, there is «the doctrine that truth is manifest»¹⁵. This means that «truth, if it does not reveal itself, has only to be unveiled or discovered. Once this is done, there is no need for further argument»¹⁶. For both of these philosophers, errors depend on «our sinful refusal to see the manifest truth»; or on the fact that «our minds harbour prejudices inculcated by education and tradition», or on «other evil influences which have perverted our originally pure and innocent minds»¹⁷. For Popper, the «theory that truth is manifest ... is the basis of almost every kind of

⁶ B. Wachterhauser, 2002, 69.

⁷ F. Di Iorio, 2015, 45.

⁸ K. Popper, 2002, 4.

⁹ F. Di Iorio, 2015, 45.

¹⁰ K. Popper, 2002, 4.

¹¹ F. Di Iorio, 2015, 45.

¹² K. Popper, 2002, 37.

¹³ F. Di Iorio, 2015, 45.

¹⁴ K. Popper, 2002, 7.

¹⁵ Ivi, 8.

¹⁶ Ivi, 9.

¹⁷ *Ibidem*.

fanaticism»¹⁸. It leads to misleading conclusions such as: «only the most depraved wickedness can refuse to see the manifest truth; only those who have reason to fear truth conspire to suppress it»¹⁹.

According to Popper, both Bacon's and Descartes' variants of foundationalism were rooted in Plato's essentialism. Plato argued that, to understand the essence or nature of things, i.e. the absolute truth about things, it was necessary to recover a kind of forgotten knowledge that the human soul «possessed in its pre-natal state of omniscience» – a knowledge about «the unchanging world of eternal reality»²⁰. Consequently, Plato maintained that it was necessary «to destroy prejudices, false beliefs which are often traditional or fashionable beliefs»²¹. According to Popper, this idea – the idea that people need to purge their minds of *tradition* or *prejudices* in order to grasp absolute certain truths – contains the germs of both Descartes' intellectualism and Bacon's inductivism²².

2. Gadamer on the historicity of knowledge

Gadamer argued that both Bacon and Descartes did not understand that knowledge presupposes a historical horizon, i.e. a selective interpretative standpoint that is temporally variable²³. This horizon is a shifting horizon because of human fallibility and also because the metaphysical assumptions of research (e.g. value-judgments) are historically variable. According to Gadamer, humans are limited by a «historical finitude»; this is because a «closed horizon is an abstraction»²⁴. Life is inevitably characterized by a «historical movement»²⁵. It «is never absolutely bound to any one standpoint, and hence can never have a truly closed horizon»²⁶. The hermeneutical horizon «is, rather, something into which we move and that moves with us»²⁷. As a consequence, «others after us will understand in a different way»²⁸. Given the historicity of our knowledge, «all dogmatism, which proceeds from the soaring desires of the human heart, reaches an absolute barrier»²⁹. Both foundationalism and anti fallibilism more generally are afflicted with «historical short-sightedness»³⁰.

¹⁸ Ivi, 11.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Ivi, 15-16.

²¹ Ivi, 16-17.

²² Ivi, 17-19; see also F. Di Iorio, 2015, 45.

²³ See F. Di Iorio, 2015, 46.

²⁴ H-G. Gadamer, 2006, 302.

²⁵ Ivi, 303.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Ivi, 366.

²⁹ Ivi, 331.

³⁰ Ivi, 369; see also C. Lawn, 2006, 123-124.

Gadamer also pointed out «that foundationalism cannot be accepted because it does not take into account that our basic beliefs are linked indissolubly to a set of intuitive and tacit skills. Because it is impossible to make perfectly explicit all implicit knowledge, the basic pillars of science cannot be explained in a clear and detailed way. The tacit presuppositions of our consciousness can neither be completely articulated, nor justified as *more geometrico*, i.e. in a geometrical manner»³¹. These presuppositions are composed of «practical» skills rather than logical and theoretical skills³². Human beings use a «kind of knowledge» that «lies outside the rational concept of knowledge», i.e. outside the Cartesian theory of knowledge³³. According to Gadamer, the basic presuppositions of scientific reasoning are necessarily vague³⁴.

As stressed above, Gadamer, like Popper, also criticized ethical foundationalism. In his opinion, there are no basic moral values that are absolutely correct and historically invariable. This view is also shared by Popper. Two points must be considered. «First, no moral principle can be treated as a tautological truth»³⁵. In addition, «ethical views cannot be found in experience». As stressed by Popper, Hayek and others, this is a consequence of Hume's law³⁶.

According to Hume's law, «which is implicit in classical logic, a moral conclusion cannot be inferred validly from statements of fact»³⁷. It is true that «at least in principle, we cannot rule out the possibility of conceiving a different kind of logic that could allow the inference of choices of values from statements of fact. However, even this alternative logic would not enable us to defend a foundationalist conception of ethics. Even if we conceive inferential rules that allow us to deduce values from descriptions of reality, this deduction would not imply something absolutely indisputable – because facts are not essences but rather fallible and selective constructions. They are not noumena, but phenomena. If we had rules enabling us to deduce moral conduct from facts, we would have rules allowing us to deduce moral conduct from a partial and relative standpoint»³⁸. The same fact can be analyzed and built from infinite alternative hermeneutical horizons, i.e. standpoints. «Because of this, and because our knowledge is fallible, we could not demonstrate that the truth of any deduction is implied by the certain and absolute knowledge of the fact informing our deduction»³⁹.

³¹ F. Di Iorio, 2015, 46; see also H-G. Gadamer, 1981, 1 ff.

³² H-G. Gadamer, 2006, 19; see also F. Volpi, 2003.

³³ *Ibidem*.

³⁴ See F. Di Iorio, 2015, 45.

³⁵ F. Di Iorio, 2015, 46; see also G. Boniolo, 1990, 107, 117-118.

³⁶ D. Antiseri, 2010, 45 ff.

³⁷ F. Di Iorio, 2015, 46.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*; see also G. Boniolo, 1990, 105-106.

3. Hayek's Criticism of Foundationalism

In *The Sensory Order* (1952), Hayek develops the idea that mind as an apparatus of interpretation and provides one of the earliest connectionist-type theories of mind⁴⁰. According to Hayek, «every sensation must ... be regarded as an interpretation of an event in the light of the past experience of the individual or the species»⁴¹. In his opinion, knowledge presupposes what Gadamer calls a historical horizon, i.e. «a sort of accumulated knowledge»⁴².

Hayek's theory of mind supported a fallibilist and evolutionary approach that matches well Gadamer's and Popper's criticism of foundationalism. Hayek argued that the sensory order is linked to an «incessantly changing»⁴³ interpretative horizon. This undermines Baconian foundationalism. If perception cannot be reduced to invariable sense-data, the assumption that we can acquire basic and invariable beliefs by means of perceptive experience must be rejected⁴⁴. Hayek's theory destroyed «the concept of elementary and constant sensations as ultimate constituents of the world»⁴⁵. He criticized theories such as Russell's «neutral monism». According to Russell, the world consists of just one type of substance «which is both physical and psychical»⁴⁶. For Hayek, this view must be rejected, because it «is explicitly based on the assumption that sensations are what is common to the mental and the physical world, and that their essence is their independence from past experience»⁴⁷. Russell's view «seems to be based on entirely untenable psychological conceptions»⁴⁸. The sensory qualities «will remain variable and...the distinction between them will be modified by new experiences»⁴⁹.

To criticize the Cartesian variant of foundationalism, Hayek emphasized the evolutionary nature of human reason. He rejected Cartesian dualism, i.e. «the conception of an independently existing mind substance which stands outside of the cosmos of nature» and which man is endowed with «from the beginning»⁵⁰. For Hayek, since this theory neglects that reason is the product of both a biological history and a cultural history, it «is contrary to all we know about the evolution of man»⁵¹. «Because every aspect of cognition is linked to both of these different histories, and because those

⁴⁰ See W. Butos, 2010.

⁴¹ F. Hayek, 1952, 166.

⁴² Ivi, 167.

⁴³ Ivi, 175.

⁴⁴ See F. Di Iorio, 2015, 47.

⁴⁵ F. Hayek, 1952, 176.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Ivi, 175.

⁵⁰ F. Hayek, 1973, 17.

⁵¹ *Ibidem*.

histories are still playing themselves out, both perceptive and intellectual skills are based on presuppositions that are meant to change»⁵².

Moreover, like Gadamer, Hayek also criticizes Descartes because he neglects that all knowledge is linked to tacit and practical skills that cannot be made completely explicit⁵³. According to Hayek, Descartes' view that we do not have «to accept anything as true which could not be logically derived from explicit premises» which are «clear and distinct, and therefore beyond possible doubt» is based on mistaken assumptions⁵⁴. For Hayek, making the tacit dimension of knowledge completely explicit is impossible because objectivism is wrong, i.e. because it is impossible to put the interpretative horizon represented by human consciousness aside «in order to reach a perfectly neutral standpoint»⁵⁵. Since we are always and necessarily linked to a certain a priori perspective, our reason is intrinsically limited: «There is ... on every level, or in every universe of discourse, a part of our knowledge which, although it is the result of experience, cannot be controlled by experience, because it constitutes the ordering principle of that universe»⁵⁶. «In this regard, Hayek spoke of a Gödelian limit; according to Hayek, some basic or ultimate interpretative categories cannot be fully explained because they are the presuppositions of all the others. They are prior to any meaning, so they have no place in the order of meanings that they create. To get around this problem, Hayek argued, we should place ourselves outside our own mind by reaching an absolute standpoint»⁵⁷ which is impossible⁵⁸.

Hayek's view is similar to that developed by heterodox cognitive scientists such as Varela, Maturana and Thompson who linked the hermeneutical criticism of foundationalism and the connectionist theory of mind. The view supported by these cognitive scientists is called *enactive* or *neurophenomenological* paradigm and is an improved and more recent version of Hayek's theory of mind. These cognitive scientists «argued that the Hayekian-like theory of mind matches the hermeneutical concept of the *historical finitude* of humankind»⁵⁹. In their opinion, since human knowledge depends on common sense, and since common sense is nothing more than a biological and cultural tradition, foundationalism is wrong: «what we took to be solid ground is really more like shifting sand beneath our feet»⁶⁰.

⁵² F. Di Iorio, 2015, 48.

⁵³ See P. Nemo, 1988, 60-61.

⁵⁴ F. Hayek, 1973, 10.

⁵⁵ F. Di Iorio, 2015, 48.

⁵⁶ F. Hayek, 1952, 169-170; see also F. Hayek, 1967, 60-63.

⁵⁷ F. Di Iorio, 2015, 48.

⁵⁸ F. Hayek, 1952, 184-190; see also P. Nemo, 1988, 60-61; G. Boniolo, 1990, 116-127; P. Heritier, 1997, 42-43; R. Koppl, 2010, 3 ff., 2008, 115-118; V. Fano, L. Graziani, 2011; J. Birner, 1999, 2013.

⁵⁹ F. Di Iorio, 2015, 48.

⁶⁰ F. Varela *et al.*, 1991, 217.

BIBLIOGRAPHY

ANTISERI Dario, 2010, *Laicità: Le sue radici, le sue ragioni*. Rubbettino, Soveria Mannelli.

BIRNER Jack, 1999, «The surprising place of psychology in the work of F. A. Hayek». In *History of Economic Ideas*, 7: 1-21.

BIRNER Jack, 2013, «F. A. Hayek's The sensory order: An evolutionary perspective?» In *Biological Theory*. Pre-Published online: 30 September 2014. doi:10.1007/s13752-014-0189-4.

BONIOLO Giovanni, 1990, *Questioni di filosofia e di metodologia delle scienze sociali*. Borla, Roma.

BUTOS William, 2010, «The unexpected fertility of Hayek's cognitive theory: An introduction to the social science of Hayek's "The sensory order"». In *Advances in Austrian economics*, Vol. 13. ed. W.N. Butos, 1-20.

DI IORIO Francesco, 2015, *Cognitive Autonomy and Methodological Individualism: The Interpretative Foundations of Social Life*. Springer, Berlin and New York.

FANO Vincenzo, GRAZIANI Pierluigi, 2011, *On the necessary philosophical premises of Gödelian arguments*. Unpublished paper.

GADAMER Hans-Georg, 2006, *Truth and method*. Continuum, London/New York.

GADAMER Hans-Georg, 1981, *Reason in the age of science*. MIT Press, Cambridge, MA.

HAYEK Friedrich August, 1973, *Law, legislation and liberty, Vol. 1: Rules and order*. University of Chicago Press, Chicago, IL.

HAYEK Friedrich August, 1952, *The sensory order: An inquiry into the foundations of theoretical psychology*. Routledge & Kegan Paul, London.

HERITIER Paolo, 1997, *Ordine spontaneo ed evoluzione nel pensiero di Hayek*. Jovene, Napoli.

KOPPL Roger, 2010, «Some epistemological implications of economic complexity». In *Journal of Economic Behavior & Organization*, 76: 859–872.

LAWN Chris, 2006, *Gadamer: A guide for the perplexed*. Continuum, London.

NEMO Philippe, 1988, *La société de droit selon Hayek*. Puf, Paris.

POPPER Karl Raimund, 2002, *Conjectures and refutations*. Routledge, London.

VARELA Francisco *et. al.*, 1991, *The Embodied Mind: Cognitive Science and Human Experience*. MIT Press, Cambridge, MA.

VOLPI Franco, 2003, «Hermenéutique et philosophie pratique». In G. Deniau, J-C. Gens (ed.), *L'héritage de Hans-Georg Gadamer*. Société d'anthropologie phénoménologique et d'herméneutique générale. Paris.

WACHTERHAUSER Bryce, 2002, «Getting it right: Relativism, realism, and truth». In R.J. Dostal (ed.), *The Cambridge companion to Gadamer*. Cambridge University Press, Cambridge, UK.

IL DIRITTO E L'INTERAZIONE TRA GLI UOMINI*

LON LUVVOIS FULLER

Come indicato nel titolo, intendo il termine *diritto* in un senso molto ampio. Lo intendo nel senso di ricomprendervi non soltanto i sistemi giuridici statuali e nazionali, ma anche i sistemi di minore importanza – per lo meno «somiglianti al diritto» per struttura e funzione – presenti nelle associazioni di lavoratori, in quelle professionali, nei *clubs*, nelle chiese e nelle università. Questi sistemi giuridici in miniatura, beninteso, riguardando i doveri e i diritti di ricevere dei benefici da parte dei membri, all'interno dell'associazione stessa. Tali sistemi presentano il loro aspetto drammaticamente più rilevante quando chi si allontana dal tracciato prestabilito è chiamato a rispondere di infrazioni che possono portare all'applicazione di provvedimenti disciplinari o all'espulsione.

Quando il concetto di diritto coincide con questo largo raggio di azione, diventa chiaro che molte questioni, oggi centrali, sono, in senso lato, per loro natura giuridiche.

* Ed. or. *Human Interaction and the Law*, da L. L. FULLER, *The Principles of Social Order*, Duke University Press, Durham 1981, 211-246 (già pubblicato nell'«American Journal of Jurisprudence», 14/1969).

La traduzione, aggiornata e rivista, è di Lorenzo Scillitani e di Marco Stefano Birtolo, ed è stata pubblicata per la prima volta nel 2004 nella rivista *Nuovo Sviluppo* (Quaderno 2004). Al fine di mettere in luce le ragioni che hanno portato alla riproposizione del saggio di Fuller, riportiamo, per completezza, la nota alla traduzione del 2004:

«Usiamo il diritto come strumento di costrizione per tenere la gente lontana dal male o da comportamenti dannosi, oppure, mediante le norme giuridiche, provvediamo i nostri cittadini di un'impalcatura di base all'interno della quale essi possano organizzare le loro relazioni in maniera tale da rendere possibile una coesistenza pacifica e vantaggiosa?» (L. L. Fuller, 1974, «Law as instrument of social control and law as a facilitation of human interaction». In *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, cit. in A. Dal Brollo, Presentazione a L.L. Fuller, 1986, *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano, IX). A questa domanda, quanto mai attuale, Lon Fuller, filosofo del diritto statunitense (1902-1978) il cui nome risulta purtroppo pressoché scomparso dalla scena del dibattito scientifico-culturale italiano corrente (nonostante la riproposizione di questo autore formulata da Riccardo Motta nel n. 1/1999 dei «Materiali per una storia della cultura giuridica» a proposito di Roderick Macdonald e della sociologia delle norme implicite, ed il recente richiamo alla *inner morality* del diritto fatto da Gianluigi Palombella in un articolo pubblicato sul n. 3/2003 di «Diritto e questioni pubbliche»), tenta di offrire una risposta articolata nel saggio qui proposto in traduzione italiana, suggerendo prospettive di interpretazione del fenomeno giuridico che attendono di essere riaperte.

La traduzione dei termini e delle espressioni relativi agli usi linguistici del diritto anglosassone, ove si è resa necessaria, si è avvicinata il più possibile ai significati consueti per il lettore italiano. In alcuni casi, come ad esempio con riferimento alla *contract law*, è parso opportuno non tradurre l'originale allo scopo di custodire la ricchezza semantica delle forme del lessico giuridico nordamericano, documentata ed esplicitata nel testo (N.D.T.).

La pressione del nostro stato presente si muove – come mai prima d’ora – ad uno sforzo di comprensione. Dobbiamo riuscire a cogliere e comprendere le forze morali e psicologiche che sono alla base del diritto in generale e che lo rendono efficace nelle vicende degli uomini.

1. La natura e il significato del «diritto consuetudinario»

Se, in questo sforzo di comprensione, prendiamo in considerazione le trattazioni sul diritto, troveremo che queste di solito cominciano col distinguere due modi di essere del diritto. Da una parte, si ha il diritto formalmente emanato o dichiarato da un’autorità che può essere definito *made law*; dall’altra parte, si ha quello che è noto come diritto consuetudinario. Il diritto consuetudinario non è il risultato di un’emanazione pubblica, ma deve la sua efficacia al fatto di essere direttamente espresso nel comportamento reciproco degli uomini.

Analogamente al modo in cui vengono considerati questi due modi di essere del diritto, le trattazioni in materia dedicano generalmente la loro quasi totale attenzione al diritto formalmente emanato o dichiarato, al diritto contenuto nelle legislazioni, nelle sentenze, nei regolamenti, nei provvedimenti amministrativi. La disamina del diritto consuetudinario spesso si limita a porre la questione «Perché dovrebbe essere considerato vero e proprio diritto?». Al di là dei dibattiti condotti su questo argomento, e al di là dell’analisi della sua funzione nelle società primitive, il diritto consuetudinario è generalmente lasciato ai margini, in quanto ritenuto in gran misura irrilevante per le civiltà avanzate. Si tende a considerarlo come una sorta di pezzo da museo, idoneo a costituire oggetto di studio serio per antropologi incuriositi dai modi di vita dei popoli che si trovano allo stato tribale.

Ritengo che l’aver trascurato il fenomeno chiamato diritto consuetudinario abbia nuociuto gravemente al nostro modo di considerare il diritto in generale. Se pure si accetta l’analisi, piuttosto approssimativa, che i trattati offrono sull’argomento, ciò non toglie che un’adeguata comprensione del diritto consuetudinario sia di capitale importanza nel mondo attuale. In primo luogo, gran parte del diritto internazionale, forse la parte più vitale di esso, è essenzialmente diritto consuetudinario. La pace nel mondo forse dipende dal buon funzionamento di un sistema giuridico di questo tipo. In secondo luogo, in gran parte del mondo è ancor oggi vigente il diritto consuetudinario. Le nazioni emergenti (in particolare in India, in Africa e nel Pacifico) sono attualmente impegnate nell’ardua transizione da sistemi di diritto consuetudinario a sistemi di diritto formalmente emanato. Le poste in gioco che questa transizione comporta – per loro e per noi – sono davvero altissime. Quindi, il fatto che regoliamo il comportamento verso i nostri compatrioti al di fuori del diritto consuetudinario non vuol dire, di per sé, che questo non abbia importanza per noi come cittadini del mondo.

La tesi che mi accingo qui a sostenere è, comunque, qualcosa di più radicale di una semplice insistenza sul fatto che il diritto consuetudinario riveste ancora oggi notevole importanza. Sto per dimostrare che non si può comprendere il diritto «comune» (ossia il diritto pubblicamente dichiarato o formalmente emanato) a meno che non si riesca a comprendere il diritto denominato consuetudinario.

Devo confessare che, nel preparare la mia relazione, a questo punto ho incontrato una grossa difficoltà, che è dovuta proprio al termine «diritto consuetudinario». Questo è il termine che si trova nei titoli e negli indici dei libri e, se si vuol mettere a confronto ciò che devo dire con ciò che altri hanno detto, questa è l'espressione che si dovrà prendere in considerazione. Nello stesso tempo, l'espressione di cui si tratta è delle più infelici perché, pressoché inevitabilmente, occulta la natura del fenomeno che essa pretende di designare. Invece di fungere da indicatore neutro, questa espressione pregiudica ciò che esprime; essa afferma che l'efficacia e il significato di ciò che prende il nome di diritto consuetudinario consistono semplicemente nell'abitudine o nell'uso.

Contrariamente alla prospettiva sinora indicata, sosterrò che il fenomeno che va sotto il nome di diritto consuetudinario può essere descritto come un *linguaggio di interazione*. Per interagire in modo significativo, gli uomini hanno bisogno di un ambiente sociale in cui le mosse dei partecipanti al gioco rientreranno di solito in qualche modello prevedibile. Per impegnarsi in un efficace comportamento sociale gli uomini hanno bisogno del sostegno di anticipazioni che consentiranno loro di sapere che cosa faranno i loro simili, o che almeno li renderanno capaci di valutare la portata generale da cui saranno attinte le risposte alle loro azioni. A volte si parla di diritto consuetudinario come per indicare un codice non scritto di comportamento. La parola *codice* in questo caso è appropriata, perché ciò che vi è implicato non è soltanto una negazione, una proibizione di determinate azioni colpite da disapprovazione, ma è anche l'altra faccia di questa negazione, il significato attribuito ad azioni prevedibili ed oggetto di approvazione, e che quindi offrono un punto di orientamento per risposte a comportamenti interazionali. Parsons e Shils hanno trattato, con riferimento all'azione sociale, della funzione delle «aspettative complementari»¹; il termine *aspettative complementari* indica precisamente la funzione che qui sto attribuendo al diritto che si sviluppa a causa dell'interazione fra gli uomini, una forma giuridica che i dizionari e i titoli dei libri ci costringono a chiamare diritto consuetudinario.

Nel continuare il raffronto con il linguaggio, supponiamo di dover aprire un trattato di linguistica e di imbatterci, come primo capoverso del libro, nell'affermazione seguente: «Una lingua parlata consiste in un certo tipo di suoni che gli uomini emettono con la bocca. Le forme di questi suoni sono stabilite dalla consuetudine e dalla tradizione; la forza dell'abitudine è tale che, all'interno di qualsiasi cultura, gli uomini emetteranno sempre la medesima serie di suoni che i loro antenati emisero, tutt'al più con modifiche ed aggiunte di secondaria importanza».

¹ T. Parsons, E. Shils (a cura di), 1951.

La reazione potrebbe essere che si tratta di un modo molto strano di aprire una discussione sulla lingua. Saremmo propensi a rispondere «ma questa affermazione non ci dice *per* che cosa esiste il linguaggio. Evidentemente, la sua finalità è *comunicazione*. Se questa è la sua finalità, la ragione per cui gli uomini continuano naturalmente ad usare in genere gli stessi suoni dei loro padri e, adesso, dei loro contemporanei è semplicemente che vogliono essere *capiti*».

Questa immaginaria introduzione alla linguistica tuttora non è lontana, nel pensiero, da quanto si trova, circa il diritto consuetudinario, nei trattati di giurisprudenza. Sarà bene cominciare a riflettere brevemente su alcune valutazioni del diritto consuetudinario tratte dalla letteratura esistente.

Una disamina molto citata si può trovare negli *Elements of Jurisprudence* di Holland. Questi sostiene che la caratteristica che contraddistingue il diritto consuetudinario è di «essere una linea di condotta osservata a lungo ed in generale». Holland continua spiegando che:

Nessuno mai ha assistito coscientemente al momento in cui prende avvio tale linea di condotta, ma difficilmente si può dubitare che in genere essa abbia avuto origine nella scelta consapevole della più conveniente fra due azioni, sebbene molto probabilmente nell'adozione casuale di una fra due alternative indifferenti; la scelta, nell'uno come nell'altro caso, è stata ripetuta o deliberatamente o casualmente, fino a consolidarsi in abitudine.

L'esempio migliore della elaborazione di queste abituali linee di azione è il modo in cui è formato un tracciato attraverso un terreno. Un uomo attraversa il terreno, nella direzione suggerita o dal fine che egli persegue ovvero dal puro caso. Se altri seguono la stessa strada, che probabilmente percorrono dopo che è stata calcata una prima volta, è fatto un tracciato.

Prima che si sia formata una consuetudine, non c'è alcuna ragione di diritto perché si prenda una direzione piuttosto che un'altra, benché possano esserci motivi di opportunità, di scrupolo religioso, o di ispirazione casuale. Una linea di azione abituale, una volta formata, diventa ogni anno più forte ed inviolabile. Si tratta di una linea di azione che tutti si sono abituati a vedere seguita, e in genere ritenuta vantaggiosa, e qualunque deviazione da essa è sentita come fuori dalla norma, immorale. Tale linea d'azione non è mai stata riconosciuta dall'autorità organizzata dello Stato, ma è stata indiscutibilmente osservata dagli individui che compongono lo Stato².

Ora, riconosco che, in tutta questa lucida riflessione, non si è assolutamente accennato al fatto che il diritto consuetudinario trova origine nell'interazione o che serve alla finalità di organizzare e di favorire l'interazione. Invero, l'immagine del battistrada solitario sembra scelta quasi apposta per escludere le complicazioni che sorgono quando gli uomini tentano di seguire un orientamento reciproco delle loro azioni.

Nella prima edizione della *Encyclopedia of Social Sciences*, l'articolo sul diritto consuetudinario comincia con la citazione di Holland, ne prende in prestito l'immagine del battistrada solitario, e termina il primo capoverso con lo spiegare che il ruolo giocato

² Th. Holland, 1896, 50-51.

dal diritto consuetudinario nelle società primitive è dovuto alla «forza dell'abitudine», che «prevale nell'intera preistoria della specie»³.

Citerò adesso brevemente un passo tratto da un autore in genere più aperto – e, direi, capace di più profonda intuizione riguardo al diritto consuetudinario, rispetto a quelli appena citati. In *Jurisprudence*, Salmond discute la questione seguente: quali ragioni possono autorizzare una corte ad adottare una norma consuetudinaria come *standard* decisionale? Una di queste ragioni consiste nel fatto che:

La consuetudine è l'incarnazione di quei principi che hanno ottenuto l'approvazione della coscienza nazionale quali principi di verità, di giustizia e di pubblica utilità. Il fatto che qualche norma sia già sancita dalla consuetudine fa presumere che meriti di essere sancita anche dal diritto... Più in generale, sarebbe opportuno che i tribunali, nel ricercare le norme di diritto che è loro compito applicare, fossero disposte ad applicare quelle che già godono del prestigio e dell'autorità derivanti da un consenso consolidato, piuttosto che tentare il più arduo compito di dar forma ad una serie di norme che di per sé apparissero sotto la luce della natura⁴.

Queste osservazioni, naturalmente, sono ricche di saggezza – così come di una considerevole dose di conservatorismo. Ma, per quanto riguarda la natura del diritto consuetudinario, la nozione qui espressa sembra voler dire che, proprio come una società può avere norme imposte dall'alto, così, per una sorta di preferenza collettiva inespressa, gli uomini sono considerati capaci di regolare le loro interazioni secondo un diritto che la società cui appartengono ha tacitamente indicato loro come giusto. Ciò che manca è una qualche ricerca sugli effettivi processi sociali attraverso i quali questo diritto è stato posto in essere e dai quali è supportato.

Potrei aggiungere altre citazioni tratte dalla letteratura giuridica, ma queste non introdurrebbero alcun cambiamento sostanziale, nel tono o nella sostanza, nella discussione già portata avanti. Il punto che qui vorrei sottolineare riguarda, in ogni caso, non tanto ciò che gli autori dicono del diritto consuetudinario, quanto ciò che essi non dicono. Essi pongono quasi tutte le domande riguardanti le norme consuetudinarie, tranne una: quali sono i processi formativi di queste norme? Essi si chiedono: che cosa fare del diritto consuetudinario ereditato? Ma non si pongono tante domande del tipo: quali funzioni, fra quelle che ha posto in essere, quel diritto ha soddisfatto? Esistono, nella nostra società, gli stessi bisogni funzionali? E, in caso affermativo, come andiamo loro incontro? Si verificano, attorno a noi, processi analoghi a quelli che, prima del diritto formalmente stabilito, ponevano in essere le norme consuetudinarie?

Su tali questioni tornerò più avanti. Intanto, vorrei affrontare certe obiezioni che si possono sollevare contro la proposta di considerare il diritto consuetudinario come un

³ *Encyclopedia of the Social Sciences*, 1930, 662. Non c'è articolo corrispondente alla voce «Diritto consuetudinario» nella seconda edizione dell'enciclopedia.

⁴ J. Salmond, 1924, 208-209.

linguaggio di interazione. Nel rispondere a queste obiezioni, riuscirò forse a chiarire il punto di vista dal quale mi pongo.

La prima obiezione è che il diritto consuetudinario delle società primitive può formulare norme che non hanno a che fare con l'interazione fra gli uomini. Si possono avere offese contro divinità e spiriti; un uomo può essere punito, perfino con la morte, per un'azione commessa in assenza di altre persone, dove quell'azione violi qualche tabù. La mia risposta è che le visioni animistiche della natura sono capaci di ampliare immensamente il significato che le azioni di un uomo possono rivestire per quelli che stanno con lui. Vi è un passo, in Walter Bagehot, che cade molto a proposito. Bagehot osserva che «la ragione per la quale la cattiva religione di *A* non può crear danno, ora o per l'avvenire, al benessere di *B* è, strano a dirsi, un'idea moderna»⁵. Il limite entro il quale le credenze e le azioni di un uomo saranno considerate capaci di interessare quelli che gli stanno vicini dipenderà dal livello al quale gli uomini considerano se stessi come parti l'uno dell'altro, e dalle loro credenze nelle forze sacre che li tengono uniti. All'interno della famiglia estesa la distinzione fra azioni altruistiche ed azioni rivolte a proprio vantaggio assumerà un aspetto molto diverso da quello che presenta nella nostra società, in larga parte composta, qual è, da estranei, fortemente increduli nel soprannaturale.

Un'ulteriore obiezione alla concezione del diritto consuetudinario come linguaggio di interazione può essere formulata nei termini seguenti: una concezione del genere è un po' troppo razionalistica ed attribuisce al diritto consuetudinario un'attitudine funzionale, una finalità così trasparente, che è ben lontana dalla consuetudine primitiva. Il diritto consuetudinario è pieno di *routines* rituali e di cerimonie senza scopo; queste ultime forse soddisfano una certa inclinazione al dramma, ma può essere difficile dire che esse siano finalizzate ad una reale comunicazione, o allo sviluppo di aspettative stabili che organizzeranno o favoriranno l'interazione.

Per rispondere, vorrei dire, invece, che funzione significativa del rito è proprio la comunicazione, mediante azioni definite con tale precisione da non poter ingannare circa il loro significato. Erikson fa un'interessante disamina del fenomeno rituale che si sviluppa nelle interazioni fra la madre e il bambino.

Al risveglio, il bambino invia alla madre un messaggio e subito ridesta in lei tutto un insieme di comportamenti emozionali, verbali e di manipolazione. Ella gli si avvicina sorridente e sollecita, chiamandolo per nome con allegria o con ansia, e comincia a darsi da fare: guardando, sentendo, odorando, si accerta dell'esistenza di possibili fonti di disagio e dà inizio ad operazioni che servono a riordinare la situazione del bambino, preparandogli da mangiare, prendendolo in braccio etc. Se osservato per diversi giorni (specialmente in condizioni inconsuete), è chiaro che questo avvenimento quotidiano acquista una sempre maggiore formalizzazione, cioè la madre si sente obbligata (e, magari, per niente compiaciuta) a ri-

⁵ W. Bagehot, 1956, 177. Quest'opera fu pubblicata per la prima volta nel 1872.

petere un'operazione che desta nel bambino risposte anticipabili, che incoraggiano lei, a sua volta, a continuare⁶.

Erikson prosegue con l'osservare che la formalizzazione di questa operazione, la componente rituale presente in essa, è colta con maggiore acutezza dagli estranei, ossia da quelli che non appartengono alla famiglia, o al ceto o alla cultura al cui interno quell'operazione ha luogo. Erikson conclude col sostenere che la finalità dell'operazione è di esprimere un *riconoscimento reciproco*; la sua funzione fondamentale, in altre parole, è la comunicazione. Erikson si rifà a studi del comportamento rituale degli animali, che indicano come tale comportamento si sia sviluppato per «produrre una serie di segnali in modo da evitare fatali incomprensioni», e conclude che, nel caso del comportamento umano, «il superamento dell'ambiguità è una finalità importante della ... ritualizzazione». Certamente, presso un popolo che non possiede alcun mezzo ufficiale di registrazione di matrimoni, si può dire che le elaborate cerimonie nuziali di alcuni sistemi consuetudinari perseguono una finalità di comunicazione e di chiarificazione.

Per illustrare le questioni che ho trattato con riguardo al fenomeno rituale e, più in generale, con riguardo alla funzione di comunicazione caratteristica delle pratiche consuetudinarie, vorrei fare riferimento, in breve, ad un'evoluzione che sembra stia verificandosi nelle relazioni diplomatiche fra Russia e Stati Uniti. Forse si sta assistendo qui a qualcosa di simile ad un diritto consuetudinario in via di formazione. Sembra essersi affermata, fra questi due Paesi, una sorta di reciprocità, riferita al ritiro forzato di rappresentanze diplomatiche. Ad esempio, il governo americano ritiene che un membro dell'ambasciata russa sia implicato nello spionaggio, o forse, direi, lo ritiene *iperimplicato* nello spionaggio; lo dichiara *persona non grata* e chiede la sua partenza da questo Paese. La risposta che ci si aspetta, fondata su esperienze passate, è che la Russia accoglierà tale richiesta, ma nello stesso tempo chiederà in cambio il ritiro dalla Russia di un rappresentante diplomatico del medesimo rango. Viceversa, se i russi espellono un messo diplomatico, gli Stati Uniti reagiranno rispedendo indietro un emissario russo.

Quanto meno si ha qui, per il momento, un complesso abbastanza stabile di aspettative; nel campo interessato da questa consuetudine, ogni paese è in grado di fare affidamento, con notevole anticipo, sulle reazioni della controparte. Ciò significa che le sue decisioni possono essere determinate da un calcolo preventivo dei costi abbastanza preciso. Noi sappiamo che, se cacciamo uno dei loro uomini, essi caceranno uno dei nostri.

Sarebbe il caso di osservare che la consuetudine è diventata *routine*, e che presenta (almeno allo stato latente) caratteristiche rituali e simboliche. Per esempio, supponiamo che le autorità americane si trovino di fronte al seguente dilemma: i Russi hanno dichiarato *persona non grata* un membro di alto rango dell'ambasciata americana a Mosca, e risulta difficile trovare un membro altrettanto importante da far tornare in

⁶ E. Erikson, 1966, 603. (Devo questo riferimento al mio collega Alan Stone).

Russia. Potremmo ipotizzare, ad esempio, che le rappresentanze sovietiche del medesimo rango dell'americano espulso fossero persone che Washington preferirebbe restassero in questo Paese. In questa situazione, ai responsabili della decisione da assumere potrebbe venire in mente, al fine di preservare un giusto equilibrio, di rispedire in Russia cinque uomini di rango più basso di quello dell'americano espulso, o forse addirittura di procedere all'espulsione di dieci funzionari d'archivio come ritorsione più idonea.

Ora, secondo me, qualunque responsabile ufficiale dovrebbe riflettere a lungo prima di abbracciare una simile alternativa. Il rischio starebbe nell'alterazione procurata al chiaro simbolismo del rapporto di uno a uno, nella confusione che potrebbe introdursi nel riconosciuto significato delle azioni implicate. È questo il caso in cui entrambe le parti probabilmente vorrebbero essere ben consigliate ad attaccarsi ad un rituale noto, in quanto un allontanamento da esso potrebbe far perdere i vantaggi acquisiti di uno stabile sistema di interazioni.

L'esempio appena discusso può non essere dei migliori, perché rappresenta, come qualcuno potrebbe osservare, una sorta di diritto consuetudinario, molto ridimensionato, un diritto che attribuisce una reciprocità non di vantaggi, ma di espressioni di ostilità. Occorrerebbe ricordare, però, che gran parte del diritto consuetudinario dei popoli primitivi espleta proprio questa funzione. Ostilità tribali aperte e senza quartiere spesso diventano, nel tempo, oggetto di restrizioni tacite e formalizzate, e possono sopravvivere, alla fine, soltanto come una finta battaglia rituale⁷. Inoltre, nella consuetudine diplomatica che ho illustrato, dev'esserci una reciprocità più articolata di quella che affiora alla superficie. All'epoca dell'incidente della *Pueblo*, fu avanzata la proposta che Russia e Stati Uniti potessero avere un medesimo interesse a spiarsi l'un l'altro con moderazione e discrezione. Non vogliono che i russi indaghino sui nostri segreti militari, ma vogliamo che essi, in base all'informazione su cui fanno affidamento, sappiano che noi non stiano pianificando un attacco a sorpresa contro di loro. Questo interesse condiviso forse costituisce parte del retroterra dello scambio di scortesie diplomatiche che, conformato ad un modello rituale, esiste fra i due Paesi.

Ho già confessato di dover adoperare con disappunto l'espressione *diritto consuetudinario* così frequentemente in questo studio. Ambedue le componenti di questa espressione, aggettivo o sostantivo, presentano problemi. Riprenderò brevemente le difficoltà create dal sostantivo. Intanto, sarebbe opportuno esplorare, con maggior attenzione rispetto a quanto fatto finora, i problemi che la ricerca di un surrogato soddisfacente di diritto consuetudinario comporta. Come ho già osservato, la principale obiezione verso questa espressione è dovuta al fatto che essa lascia pensare che la semplice ripetizione di qualche azione da parte di A creerà in altri la giusta aspettativa che A ripeterà questa azione, con l'implicazione che la forza di questa rivendicazione varierà proporzionalmente alla durata del comportamento ripetitivo di A. Naturalmente,

⁷ È dunque meno paradossale, di quanto possa sembrare a prima vista, il titolo dell'antologia di P. Bohannon, 1967.

nessun teorico del diritto consuetudinario condivide di fatto una assurdità del genere, per quanto gran parte del linguaggio adoperato possa a volte sembrare suggerire il contrario. Il mio vicino per anni potrebbe essersi alzato ogni mattina alle otto in punto, oppure nessuno considererebbe questa abitudine consolidata come capace di creare un obbligo verso di me, a meno di far parte di una qualche organizzazione delle nostre attività, come nel caso in cui dipendesse da lui farmi accompagnare in macchina al lavoro. Allora, invece di parlare vagamente di un obbligo che sorge attraverso una duplice abitudine o ripetizione, sarebbe meglio dire che un significato di obbligatorietà viene alla luce quando una stabilizzazione di aspettative interazionali si è determinata in modo tale che le parti si siano trovate a dirigere il loro comportamento reciproco in base a queste aspettative.

Il termine *aspettativa interazionale*, tuttavia, è da solo capace di ingenerare difficoltà. Sbaglieremmo, per esempio, a supporre che l'aspettativa o l'anticipazione relativa dovessero rientrare attivamente nella sfera della coscienza. Infatti, le anticipazioni che, nella maniera più inequivocabile, strutturano il nostro comportamento e gli atteggiamenti verso gli altri spesso operano proprio al di fuori della nostra coscienza. Per prendere un esempio da un qualunque banale contesto, è stato dimostrato che la distanza stabilita dalle persone fra di loro, nel condurre una normale conversazione, varia in modo prevedibile a seconda delle culture e da individuo a individuo. Al contempo, la maggior parte della gente, senza una indagine preliminare, non saprebbe indicare che cosa intende per distanza nella conversazione. La mia incapacità di definire in modo disinvolto una distanza adeguata non mi impedisce, tuttavia, di interpretare come offensivo il gusto di qualcuno che avvicinasse spiacevolmente la sua faccia alla mia, né diminuirebbe il mio imbarazzo e il mio disagio di fronte all'atteggiamento di chi, all'avvicinarmi ad una distanza da me ritenuta normale per una conversazione, continuasse ad arretrare. Il nostro atteggiamento verso gli altri, l'interpretazione del loro atteggiamento verso di noi sono, in altri termini, costantemente strutturati da *standard* che non rientrano nella sfera cosciente dei nostri processi mentali. L'analogia linguistica è, ancora una volta, pertinente; spesso prendiamo coscienza delle regole grammaticali solo quando sono violate, ed è talora la loro violazione che ci porta ad articolare per la prima volta regole che avevamo in precedenza applicato senza conoscerle.

Qualunque analisi in termini di «aspettative interazionali» deve pure affrontare il problema dell'oggetto che è in qualche modo estraneo alle aspettative che organizzano la vita di un gruppo particolare. Può trattarsi di un estraneo in senso vero e proprio, di un mercante, ad esempio, che viene da lontano per vendere le sue merci ad una tribù. Oppure può trattarsi di qualcuno che, quantunque nato e cresciuto all'interno del gruppo, può essere «alienato», troppo poco sensibile per capire il sistema, o forse troppo sensibile per accettare alcune delle assurdità ed anomalie. Evidentemente, a questo punto, sarebbe impossibile iniziare un'analisi adeguata dei problemi sollevati. Si può tuttavia azzardare un'ipotesi: è al vero estraneo – «lo straniero» del famoso saggio di

Simmel⁸ – che dobbiamo non soltanto l'invenzione del commercio ma, più in generale, la scoperta che è possibile per gli uomini organizzare le loro relazioni reciproche con un contratto esplicito.

Passiamo adesso ai problemi legati al sostantivo nell'espressione *diritto consuetudinario*. Se si parla di un sistema di stabili aspettative interazionali come del modo più idoneo a descrivere ciò che i trattati nominano diritto consuetudinario, ci si trova nell'imbarazzo per cui molte di queste aspettative hanno a che fare con questioni apparentemente lontane da qualsiasi contesto giuridico. Per esempio, le prescrizioni dell'etichetta corrispondono in pieno alla definizione proposta, ma si sarebbe poco propensi a qualificare come giuridiche regole di questo genere.

Quanto precede ci fa domandare: in quale misura ciò che è designato come diritto consuetudinario merita davvero di essere chiamato *diritto*? Gli antropologi hanno tentato di rispondere a questa domanda⁹, e diverse sono le risposte fornite, ivi compresa quella per cui la domanda è mal posta, dal momento che non si può applicare un concetto intriso di nozioni esplicitamente giuridico-legislative ad un contesto sociale in cui le regole di condotta sono introdotte senza l'intervento di un organo investito del potere di legiferare. Tra quelli che hanno preso sul serio la questione, Hoebel ha formulato la risposta forse più interessante; sarà opportuno prenderla per un attimo in considerazione. Hoebel suggerisce che, quando si tratta delle società senza stato o primitive, «si può definire il diritto nei termini seguenti: una norma sociale è giuridica se l'ignorarla o il trasgredirla sono contrastati, dietro minaccia o in via di fatto dal ricorso alla forza fisica da parte di un individuo o di un gruppo in possesso del privilegio socialmente riconosciuto di agire in questo modo»¹⁰.

Questa spiegazione comporta, a mio parere, un certo numero di problemi. In primo luogo, essa sembra definire il «diritto» in base ad una mancanza. Se la funzione del diritto è di dar luogo ad un ordinato sistema di relazioni fra i membri di una società, che dire di un sistema che opera in modo così scontato da non dare mai motivo di far ricorso alla forza o alla minaccia della forza per far rispettare le sue norme? Il perfetto funzionamento di un sistema del genere lo priva del titolo prestigioso di «diritto»?

Ancora, si può sempre sapere in anticipo se la trasgressione di una determinata norma sarà punita con la violenza? La gravità della violazione di una qualsiasi norma è sempre, in una certa misura, in funzione del contesto. Si può azzardare l'ipotesi che poche società reprimano con l'uso della violenza le trasgressioni delle norme dell'etichetta. Poniamo, ad ogni modo, che le delegazioni in rappresentanza di due tribù sul piede di guerra si incontrino per fare la pace; il membro di una delle due delegazioni chiama con un soprannome offensivo la sua controparte; il risultato è una guerra sanguinosa e disastrosa. È verosimile che i membri della tribù si limitino a comminare al

⁸ K. Wolff (a cura di), 1950, 402-408.

⁹ La maggior parte dei riferimenti bibliografici sul tema si può trovare in M. Gluckman, 1955, capp. 5 e 9.

¹⁰ E. A. Hoebel, 1954, 28.

colpevole una modesta sanzione di biasimo sociale? Se questo esempio sembra inventato, basta notare che, nella nostra libera società, è un principio giuridico riconosciuto che nessuno sia considerato responsabile per aver espresso un'opinione non lusinghiera circa l'intelligenza e la probità di qualcuno. Se un avvocato, sostenendo una causa in tribunale, si avvalsesse di questa libertà nel rivolgersi al giudice, potrebbe benissimo essere accompagnato con la forza fuori dell'aula delle udienze e condannato a scontare una pena detentiva per vilipendio.

Forse, l'obiezione fondamentale alla proposta formulata da Hoebel è che questi ignora la caratteristica di *sistema* del diritto primitivo. Il diritto della tribù o della famiglia estesa non è soltanto una tabella di permessi e divieti; è un programma per la vita in comune. Alcune parti del programma possono articolarsi come norme distinte, accompagnate da speciali sanzioni. Ma la logica fondamentale del diritto consuetudinario continuerà ad appartenere al sistema nella sua interezza. Può darsi che Lévi-Strauss, a volte, porti questa caratteristica dei sistemi sociali primitivi al limite della caricatura¹¹, ma in tal caso i suoi lavori offrono un antidoto salutare alla tendenza a presumere che qualsiasi sistema consuetudinario possa ridursi ad una specie di codice di paragrafi numerati, ogni paragrafo evidenziandosi come una microlegge in sé completa.

Una recente polemica fra antropologi merita di essere presa in considerazione, a questo riguardo. In un'opera celebre, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia*, Max Gluckman fa notare che un elemento-chiave del pensiero giuridico dei Barotse risiede nel concetto di «uomo ragionevole». Il fatto che questo concetto svolge un ruolo anche in sistemi più avanzati depone a favore, secondo Gluckman, di una certa universalità nel modo di pensare il diritto. Le conclusioni di Gluckman furono criticate in maniera alquanto vigorosa da alcuni suoi colleghi¹².

Può forse aiutare a chiarire quelle conclusioni, la considerazione di una norma giuridica, nota ad ogni lettore, consuetudinaria almeno in origine. Parlo del «regolamento del traffico», in base al quale (nella maggior parte dei Paesi), al sopraggiungere di un veicolo, si tiene la destra. Ora, parrebbe superfluo e addirittura assurdo inserire in questa sede qualcosa di simile al concetto dell'uomo ragionevole; io tengo la destra non perché io sia un uomo ragionevole, ma perché questa è la regola.

Ma immaginiamo una situazione in cui i presupposti della regola non reggano più. Ad esempio, si guida in un'area di parcheggio, senza indicazione di corsie, dove altri veicoli vanno e vengono, avanti e indietro. Ancora, se si guida in una normale autostrada, si va incontro ad un veicolo che si avvicina sbandando sulla strada a destra e a sinistra, apparentemente fuori controllo. In situazioni come queste, si richiedono semplicemente il giudizio e il discernimento dell'«uomo ragionevole»; in un contesto del genere, il regolamento del traffico può offrire una sorta di indicazione di massima sul da farsi nel caso in cui altri elementi della situazione non offrano alcuna chiara soluzione.

¹¹ Vedi C. Lévi-Strauss, 1966.

¹² M. Gluckman, 1955, 82-162, 387-398.

La società primitiva, come il traffico dei veicoli, è regolata da un sistema di ruoli interdipendenti. Quando qualcuno viene meno al suo ruolo, o si verifica una situazione in cui un ruolo consueto viene privato di alcuni o di tutti i suoi significati, allora devono imporsi delle rettifiche. Non esiste altra formula capace di determinare queste rettifiche, se non la ragionevolezza – che si applica alla luce di quanto richiesto dal sistema nella sua globalità. Non è dunque un caso che Gluckman riferisca di aver colto per la prima volta il significato dell'«uomo ragionevole» per il diritto dei Barotse quando ha riflettuto sulla controversia designata come «il caso del padre prevenuto»¹³.

Prima di passare ad altre questioni, vorrei insistere ancora un po' sull'analogia tra i sistemi giuridici primitivi e le norme che regolano il traffico. A questo punto, forse il lettore perdonerà un lavoro di fantasia un po' sbrigliato. Cominciamo con l'immaginare che un abitante della terra sia intervistato da un visitatore extraterrestre. Nella sua dimora spaziale, questo visitatore esercita una professione che chiameremo antropologia del diritto. Nell'occuparsi del suo lavoro, il visitatore venuto dello spazio è stato attirato dalle leggi che regolano il traffico sulla terra, e che costituiscono qualcosa di assolutamente familiare a lui, perché sul suo pianeta il movimento di cose e di esseri viventi è assicurato automaticamente da un centro di calcolo. Il visitatore extraterrestre comincia col chiedere quale norma si applica quando due veicoli si avvicinano l'un l'altro da opposte direzioni. La risposta è che ciascun automobilista tiene la destra. Il visitatore venuto dallo spazio chiede: «Perché la destra, e non la sinistra?». L'abitante della terra replica che non esiste un particolare motivo per giustificare questa o quella norma e che, in alcune culture che conoscono il traffico automobilistico, di regola si tiene la sinistra. (A questo punto, l'antropologo annota sul suo taccuino che gli abitanti della terra sembrano stranamente indifferenti ai principi fondamentali del loro sistema giuridico, e che basta loro seguire delle norme in quanto si è detto che sono le norme giuste da seguire).

Riprende l'intervista, e l'antropologo chiede: «Quale norma si applica quando si sorpassa un altro veicolo? Secondo me, sarebbe la stessa, cioè che si tiene la destra; questo renderebbe la legge semplice e comprensibile». Con sorpresa del visitatore extraterrestre, l'abitante della terra ribatte che, in questo caso, si sorpassa a sinistra. Perché mai questa anomalia? L'abitante della terra risponde asserendo che non è affatto un'anomalia, ma un logico corollario della norma che prescrive di tenere la destra al sorpassare di un veicolo. A questo punto, l'antropologo comincia a perdere la pazienza, e chiede all'abitante della terra di dargli una ragione facilmente comprensibile del perché la norma che obbliga a sorpassare a sinistra sia compatibile con la norma che obbliga a tenere la destra al sorpassare di un veicolo. Chi di noi avverte di poter difficilmente dare una risposta sollecita a questa domanda può consolarsi con l'osservare che questa nostra incapacità ci serve a capire le difficoltà che i primitivi incontrano talvolta nello spiegare agli stranieri la logica interna dei loro sistemi giuridici, con particolare riguardo ai complessi sistemi di classificazione della parentela.

¹³ Ivi, 37-45.

Qualche riflessione sui problemi della regolazione del traffico può tornare utile anche ad aiutarci a comprendere l'influenza della trasformazione sociale – urbanizzazione ed industrializzazione, per esempio – su popoli abituati a regolare la propria vita in base al diritto consuetudinario. Come ogni esperto automobilista sa, la semplicità della vecchia espressione «circola tenendo la destra, e sorpassa a sinistra» ha subito modifiche sostanziali nell'adattamento alle condizioni delle moderne autostrade. Questi cambiamenti si riflettono in articoli del tutto trascurati del codice stradale. Ad esempio, sorpassare a destra può essere lecito quando si guida in un'autostrada a più corsie, in strade urbane a senso unico, o quando chi guida davanti segnala una svolta a sinistra. Ma queste qualificazioni introducono un sacco di incertezze. È lecito sorpassare a destra quando si guida su una larghissima autostrada a più corsie, che non sia divisa in due carreggiate ad unico senso di marcia? Ancora, chi guida davanti segnala la svolta a sinistra, si parte per sorpassarlo a destra, poi si scopre (prima che l'altro se ne accorga) che non è possibile svoltare a sinistra. Ovvero, mentre si guida su di una strada a senso unico, ci si sta per avvalere del diritto di sorpassare a destra, quando all'improvviso ci si accorge che la strada sta per diventare a doppio senso di circolazione. L'automobilista americano che affronta queste complicazioni può capire l'esitazione dell'uomo di una tribù africana, che si sforza scrupolosamente di vivere in città secondo un sistema di norme, in campagna secondo un altro, e talora incontra qualche difficoltà a tenere separati i due sistemi.

2. I fondamenti interazionali della «contract law»

La breve esposizione della *contract law* presentata qui di seguito è stata inserita in questo contesto innanzitutto per la luce che essa può gettare sul diritto consuetudinario che, come si dice frequentemente e a proposito, prevede un elemento di consensualità. Per questo comune aspetto, *contract law* e diritto consuetudinario sono, per la verità, cugini stretti, e l'analisi del primo servirà a comprendere il secondo. Nell'analisi che svolgerò, avrò modo di rivedere, in una prospettiva un po' diversa, alcuni dei problemi già affrontati, in particolare il problema di sapere come determinare il momento in cui si può a ragione sostenere che schemi di interazione abbiano dato luogo ad un obbligo duraturo.

Per restare all'obiettivo generale appena indicato, ci occuperemo ora del contratto come fonte di un sistema sociale, come uno dei mezzi idonei a fondare «stabili aspettative interazionali». Pertanto, l'espressione *contract law*, così come è stato indicato nel titolo di questo paragrafo, riguarda innanzitutto non il diritto *dei* o *circa* i contratti, ma la «legge» che un contratto di per sé fa nascere. Questo impiego della parola *legge* ovviamente costituisce un notevole allontanamento dalle convenzioni seguite in materia.

La nostra resistenza a ricondurre la parola *legge* all'obbligo creato da un contratto è comunque, per molti versi, un fatto anomalo. Nel far rispettare i contratti, i tribunali mostrano di derivare i legittimi diritti e doveri delle parti in causa dai termini del loro accordo, come se fosse applicata una legge. Almeno in certi contesti, i Romani non esitavano ad identificare con la parola *lex* le condizioni contenute nei contratti, e invero il termine latino sembra trarre origine da un contesto contrattuale. Oggi, gli esperti di diritto internazionale indicano nei trattati la prima fonte di questo diritto. Per quanto il termine *diritto consuetudinario* sia stato considerato da alcuni teorici del diritto come un abuso linguistico, attualmente la maggior parte degli autori sembra essersi liberata, al riguardo, da qualunque scrupolo; l'accettazione del diritto consuetudinario e il rispetto del diritto contrattuale sono, in via assoluta, le cose più importanti poiché, se ciò che è assimilato al diritto è come un esplicito processo di sviluppo legislativo, il contratto diventa molto meno ricettivo di quel modello rispetto ai processi taciti attraverso i quali il diritto consuetudinario si forma. Infine, a riprova del fatto che i giuristi non rifiutano l'espressione *legge del contratto* perché ritenuta in conflitto con qualsiasi esigenza di logica giuridica, ricordo la facilità con cui essi condividono l'idea racchiusa nell'espressione, purché convenientemente parafrasata. Pertanto, dubito che qualche giurista si trovi in profondo imbarazzo (sebbene possa essere un po' interessato) di fronte alla formulazione contenuta nell'articolo 1134 del Codice civile francese, per cui un contratto «ha forza di legge» tra le parti (*les conventions legalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*).

Se ci si consente di pensare la *contract law* come la «legge» che le parti stesse pongono in essere col loro accordo, il passaggio dal diritto consuetudinario alla *contract law* diventa facilissimo. La difficoltà consiste quindi non nel rubricare le due modalità di espressione del diritto, ma nel sapere come tracciare una netta linea di demarcazione. Evidentemente, direi (col linguaggio qui usato) che, in un caso, le aspettative legate all'interazione sono create dalle parole, nell'altro, dalle azioni.

Si tratta, però, di una visione troppo semplicistica della questione. Quando sono usate, le parole devono essere interpretate. Quando il contratto ricade in un'area generale di rapporti caratterizzati da una ripetizione, esiste un sistema di pratica *standard* alla luce del quale le ambiguità verbali vengono superate. Qui, infatti, le regolarità interazionali che esistono al di fuori del contratto sono rese per iscritto nel caso dell'interpretazione. In genere, nel diritto commerciale, è difficile saper dire se, entrando in un particolare ambito di consuetudini, le parti si siano adeguate ad un sistema retto dal diritto consuetudinario o saper dire se, con un tacito accordo, esse abbiano inserito una pratica *standard* nelle condizioni del contratto.

Il significato di un contratto non può essere determinato soltanto dall'area di consuetudini in cui il contratto matura, ma dalle interazioni che fra le parti stesse si sviluppano sin dall'entrata in funzione del loro accordo. Se l'adempimento di un contratto ha luogo durante un certo periodo di tempo, le parti dimostreranno spesso, col loro

comportamento, ciò che esse a volte denominano «interpretazione pratica del loro accordo»; questa interpretazione, fornita sulla base degli atti, può influenzare il significato che si suole attribuire alle parole del contratto stesso. Se la discrepanza fra atti compiuti dalle parti e parole dell'accordo da esso raggiunto diventa troppo grande per consentire ai tribunali di formulare un'interpretazione pratica, questi possono ritenere che il contratto sia stato tacitamente modificato o addirittura revocato, se si tiene conto del modo in cui le parti si sono comportate l'una verso l'altra dall'entrata in vigore dell'accordo.

In generale si può dire che, nell'effettiva esecuzione di un complesso accordo amichevole, il contratto scritto spesso costituisce la cornice che racchiude un sistema di relazioni, piuttosto che una precisa definizione di tale sistema. Per questa definizione si dovrebbe guardare ad una sorta di diritto consuetudinario a due, implicito nelle azioni delle parti, piuttosto che alle formule verbali del contratto; se questo è vero per i contratti che alla fine sono portati dinanzi ad un tribunale, ciò deve accadere molto più di frequente in situazioni in cui le parti fanno opera di interpretazione senza ricorrere al processo.

Se le parole di un contratto devono essere interpretate nel loro contesto interazionale, o alla luce delle azioni ad esse sottese dalle parti, anche le azioni che il diritto consuetudinario pone in essere devono essere interpretate, talvolta, quasi come se fossero parole. Questo problema di interpretazione è il più importante problema del diritto consuetudinario e, insieme, il più trascurato; intrinsecamente arduo, esso è reso tale ancor più da teorie inadeguate circa la natura del diritto consuetudinario, come, per intenderci, quelle che lo interpretano come espressione della «forza dell'abitudine» che «predomina sin dall'inizio della storia dell'umanità».

Il problema centrale dell'«interpretazione» nel diritto consuetudinario è di sapere quando scorgere dentro un atto, o dentro una serie di atti ripetuti, un significato di obbligatorietà quale si può ricondurre ad una promessa esplicitata parole per parola. Non v'è chi non ammetta che una persona, una tribù o una nazione non contraggano un obbligo – morale o giuridico – per il semplice fatto che nelle loro azioni si possa riconoscere una serie di ripetizioni. Probabilmente nessuno nega, altresì, che le azioni capaci di dare origine al diritto consuetudinario devono essere tali da costituire *interazioni*, benché il discorso si complichino qualora si ricordi che, in talune circostanze, l'azione può presentare le caratteristiche di azioni, come nel caso del tacito consenso o della tolleranza. Al di fuori di queste opinioni, c'è quasi un vuoto di idee.

In questo vuoto, per lo meno si tenta chiaramente di formulare una prova, che viene scoperta nella dottrina della *opinio necessitatis*. Secondo questo principio (che trova ancora qualche credito in diritto internazionale), il diritto consuetudinario si stacca da azioni caratterizzate da ripetizione quando e solo quando tali azioni sono motivate da un senso di obbligatorietà, in altri termini, quando ci si comporta come si deve non perché lo si voglia, o perché si agisca senza riflettere, ma perché si ritiene di dover agire in quel

determinato modo. Si tratta di una spiegazione strettamente inadeguata che, in casi ben noti di diritto consuetudinario consolidato, diventa una tautologia; e non vale in situazioni in cui il diritto consuetudinario è in via di formazione.

Forse si potrebbe suggerire che un modo migliore per affrontare il problema si può trovare nel principio formulato nel comma 90 della Nuova Esposizione dei Contratti dell'Istituto Americano di Diritto. Formulato per tenere il problema a portata di mano, tale principio correrebbe lungo le seguenti linee (sfortunatamente un po' complicate): «Lì dove, con la sua azione rivolta a *B*, *A* (qualunque possa essere stata la sua reale intenzione) abbia ragionevolmente dato ad intendere a *B* di voler egli (*A*) comportarsi per l'avvenire, in situazioni analoghe, in una maniera analoga, e *B* abbia effettivamente adattato con ragionevolezza i suoi affari all'aspettativa per cui *A* si comporterà in futuro proprio secondo tale aspettativa, allora *A* è obbligato ad applicare lo schema fissato dalle sue azioni passate nei confronti di *B*. Questo crea in *A* un obbligo verso *B*». Se dunque lo schema di interazione applicato da *A* e *B* si estende alla comunità di appartenenza, viene a stabilirsi una norma di diritto consuetudinario generale. Questa norma, com'è ovvio, diventerà parte di un più ampio sistema, che implica una complessa rete di aspettative reciproche. L'assimilazione della nuova norma ad un più ampio sistema, naturalmente, è resa più facile dal fatto che le interazioni che hanno dato origine a quella norma si sono determinate nei limiti fissati da quel sistema, ed hanno mutuato parzialmente il loro significato per le parti dal più ampio contesto nel quale si sono verificate.

Il noto fenomeno del comunicarsi del diritto consuetudinario da un contesto sociale ad un altro richiede un'ulteriore distinzione fra diritto consuetudinario e *contract law*, che ora merita di essere criticamente esaminata. Si direbbe che un contratto obblighi solo le parti, mentre il diritto consuetudinario di solito fa valere le sue norme in un contesto sociale ampio e talora non chiaramente definito. Prima di tutto va osservato che, mentre rappresenta un fatto comune, la diffusione del diritto consuetudinario non è affatto inevitabile. Un diritto che si può chiamare diritto consuetudinario a due può esistere ed esiste; è ancora soltanto un pregiudizio linguistico quello che ci fa esitare ad adoperare la parola *diritto*.

Lì dove il diritto consuetudinario di fatto si diffonde, non ci si deve ingannare circa il processo attraverso il quale questa estensione ha luogo. Lo si è talvolta considerato alla stregua dell'espressione disarticolata di una volontà di gruppo; i membri del gruppo *B* si accorgono che le norme che governano il gruppo *A* presentano un diritto adatto a loro; pertanto essi fanno proprie quelle norme con un atto di tacita adozione collettiva. Una illustrazione di questo tipo fa astrazione dai processi di interazione che sono alla base del diritto consuetudinario, ed ignora la loro universale caratteristica comunicazionale. Si prenda, ad esempio, dall'ambito delle relazioni internazionali, la norma che impone di dare il benvenuto ai capi di Stato in visita con ventuno colpi di cannone. Sembra che, grazie ad un processo di imitazione, questa norma sia attualmente abbastanza diffusa tra le varie nazioni. Si può dire, superficialmente, che l'interesse rivestito da questa norma

sta nel modo appropriato in cui il risuonare del colpo di cannone segnala l'arrivo di un visitatore illustre. Ma perché ventuno colpi invece di sedici o di venticinque? Sembra che, una volta, lo schema del numero ventuno fosse consueto, ed il distaccarsene poteva dar luogo ad equivoci; chi assisteva allo spettacolo delle cannonate passava il tempo non a divertirsi per il potente rombo del cannone ma a contare i colpi, attribuendo ogni sorta di significati – deliberati e non – a qualsiasi alterazione dell'ultima successione di colpi. In generale si può dire che, lì dove *A* e *B* hanno familiarizzato con una norma stabilitasi tra *C* e *D*, è probabile che *A* adotti questo schema nei riguardi di *B*, non semplicemente o necessariamente perché lo schema in questione sia particolarmente adatto alla loro situazione, ma perché *A* sa che *B* intenderà il significato del suo comportamento e saprà come rispondere.

Nel caso dell'enunciazione per cui un contratto obbliga solo le parti che lo hanno concluso, che attivamente e consapevolmente approvano le sue condizioni, un rapido sguardo alla moderna pratica contrattuale basta a mostrare quanto questa enunciazione possa diventare lontana dalla realtà e puramente formale. Solo una minuscola parte dei «contratti» stipulati oggi sono realmente oggetto di negoziazione o rappresentano qualcosa di simile ad una esplicita composizione dei rispettivi interessi delle parti. Persino i contratti degli avvocati, in teoria adattati in modo particolare alla situazione delle parti, possono essere pieni di clausole tradizionali o *standard*, prese in prestito da altri contratti e dalla pratica generale. Queste clausole possono essere introdotte per innumerevoli motivi – perché l'avvocato ha fretta di concludere, o perché, in base ai precedenti, sa come i tribunali interpretano le clausole, e ancora perché gli interessi in gioco non bastano a giustificare l'onorario, che sarebbe adeguato ad un frasario particolarmente raffinato.

Ma la realtà della pratica contrattuale è molto più lontana dall'immagine di un «incontro di volontà» di quanto sia suggerito da un semplice riferimento a clausole *standard*. Difatti, la stragrande maggioranza dei contratti è prestampata, preparata da una delle parti per la realizzazione dei suoi interessi ed imposta all'altra parte sulla base del «prendere o lasciare». Negli ultimi anni, i tribunali americani, occupandosi di questi contratti, hanno esercitato sempre più il diritto di annullare clausole ritenute vessatorie o grossolanamente inique. Questa prassi contrasta con quella diffusa nella patria della *common law*, dove i tribunali sono molto più conservatori in materia, propensi come sono, in generale, a far rispettare il contratto «per come è scritto», ossia come se fosse stampato su lastra. Tutto questo fa un po' sorridere perché, dall'epoca di lord Coke, i tribunali hanno liberamente rivendicato il diritto di rifiutare l'applicazione del diritto consuetudinario, ritenuto irrazionale e contrario al comune senso dell'equità. Se, nella società moderna, si dovesse cercare l'equivalente più vicino al «ripugnante» diritto consuetudinario dell'epoca di Coke, lo si potrebbe certamente trovare nel contratto standardizzato prestampato, redatto da una delle parti e firmato, senza essere letto, dall'altra.

Resta da discutere un'ulteriore distinzione fra *contract law* e diritto consuetudinario. Questa distinzione sta nell'idea che un contratto comincia ad essere efficace subito, oppure dal momento in cui le parti decidono che lo diventi, mentre la consuetudine diventa legge solo attraverso una pratica osservata nel tempo. È, questa, una visione troppo semplicistica. L'idea che il diritto consuetudinario cominci ed avere efficacia gradualmente, e dopo un lungo periodo di tempo, è dovuta in parte ad errate implicazioni lette nella parola *consuetudinario*, ed in parte al fatto che per davvero occorre normalmente del tempo perché cristallizzino le reciproche aspettative interazionali. Ma esistono circostanze in cui il diritto consuetudinario (ovvero un fenomeno per descrivere il quale non abbiamo alcun altro nome) può sorgere quasi dalla sera alla mattina. Come ha osservato un'autorità nel campo del diritto internazionale, «una norma di diritto internazionale consuetudinario, fondata sulla prassi degli Stati, può imporsi molto rapidamente, addirittura quasi all'improvviso, se si sono verificate circostanze nuove, che richiedono perentoriamente una regolamentazione, benché il fattore-tempo non sia mai del tutto irrilevante»¹⁴. (L'affermazione, che a volte s'incontra, per cui, per essere riconosciuta come legge, una consuetudine deve esistere «da tempo memorabile» è indirizzata ad una questione molto particolare: in quali casi la consuetudine dovrebbe essere considerata alla stregua di disposizioni inderogabili della norma generale? Evidentemente, questa domanda è abbastanza diversa dal chiedersi in quali casi la consuetudine regolerebbe una questione in precedenza non regolata affatto dal diritto. La dottrina della *opinio necessitatis* probabilmente trova origine dal medesimo contesto, perché forse ha senso dire che non si sarebbe nemmeno pensato che un uomo violasse foss'anche una sola legge lì dove agisse nella convinzione che una legge consuetudinaria speciale o locale lo obbligasse a comportarsi in quel modo).

Così come per l'idea che un contratto crei immediatamente un obbligo, e prima che venga compiuto qualunque atto, siamo di fronte ad una nuova, fallace semplificazione, specialmente quando la questione sia osservata da un punto di vista storico. Evidentemente, è pericoloso tentare generalizzazioni del corso storico dello sviluppo giuridico in tutte le società. Tuttavia, si può affermare, con relativa sicurezza, che l'osservanza dei contratti sul piano giuridico si impone per la prima volta in due contesti. Il primo contesto è dato dalla promessa rituale, che è la promessa accompagnata da un giuramento tradizionale o dalla pronuncia di una prescritta formula verbale. In tal caso, per la verità, il contratto obbliga immediatamente e senza bisogno di essere provato da una particolare azione. Ma il vero e proprio convenzionalismo di questo procedimento di «obbligazione», o il discredito suscitato dall'insistere su di esso, senza dubbio hanno sempre impedito di adoperarlo, come avviene nel caso dei suoi equivalenti moderni.

La seconda manifestazione giuridica originaria del principio contrattuale riguarda la situazione dello scambio diseguale. A consegna del pesce a B in cambio della promessa da parte di B di un cesto di verdura. A prende il pesce ma rifiuta di consegnare la verdura. È

¹⁴ Giudice Fitzmaurice, cit. in C. Parry, 1965, 60n.

evidente che, in questa situazione, si poté accedere ad una riparazione per via giuridica in una lontana epoca storica. Va comunque rilevato che l'obbligo fatto rispettare si fondava non semplicemente su parole, ma in primo luogo sull'azione (e sull'inazione) che ad esse veniva fatta seguire.

Verosimilmente, in tutti i sistemi giuridici l'applicazione del contratto bilaterale da eseguire coincide con un'evoluzione abbastanza tardiva. È questa la situazione in cui *A* e *B* si accordano, come già detto, sullo scambio di pesce contro verdura; quando *A* comincia a consegnare il pesce, *B* rifiuta la sua offerta e disconosce l'accordo. Sembra che il riconoscimento, in capo ad *A*, di una pretesa giuridica in tale situazione si sia prodotto contemporaneamente allo sviluppo di qualcosa di simile ad un'economia di mercato. Ma è probabile che, in un contesto del genere, si abbia un'azione, almeno nel senso di tolleranza (astensione), al verificarsi della registrazione del contratto. Nel cercare un'opportunità per scambiare il pesce con la verdura, *A* rinuncia, concludendo il contratto con *B*, all'opportunità di entrare in un commercio analogo con *C*, *D* o *E*. così, ancora una volta, l'accordo diventa esecutorio perché le sue parole sono state sottolineate, per così dire, dalla fiducia ripostavi, nel caso in esame, dall'aver tralasciato altre opportunità una volta concluso il contratto in questione.

Infine, va ricordato che la promessa di un dono libero da riserva o obbligo conserva a tutt'oggi uno *status* giuridico alquanto incerto. Possono darsi ingombranti forme giuridiche perché tali promesse diventino esecutorie, ed i tribunali hanno talora mostrato notevole ingenuità nel rilevare impliciti elementi di scambio in ciò che si presenta, all'apparenza, come espressione di pura generosità. Negli Stati Uniti si è imposta una dottrina (ora note in generale come teoria del comma 90) in virtù della quale la promessa può diventare esecutoria quando il promissario abbia seriamente e ragionevolmente preso in considerazione il suo previsto adempimento nel regolare i propri affari. Come in precedenza ho suggerito, questo principio non è lontano dallo stesso principio che sta alla base del diritto consuetudinario in generale.

3. I fondamenti interazionali del diritto formalmente emanato

Già all'inizio di questo capitolo ho formulato l'intenzione di sostenere una tesi più radicale di una mera insistenza sul fatto che il diritto consuetudinario è ancor oggi di notevole importanza: vale a dire che non si può capire il diritto comune (ossia il diritto pubblicamente dichiarato o formalmente emanato) se prima non si riesce a capire che cosa è quello che viene chiamato diritto consuetudinario. Il tempo ha cominciato a dare ragione al tentativo qui operato.

Nelle pagine precedenti ho trattato sia il diritto consuetudinario sia la *contract law* come fenomeni interazionali. Li ho considerati come derivati dall'interazione e come idonei a regolare e a favorire l'interazione. Si può dire lo stesso del diritto formalmente

emanato quale, ad esempio, è rappresentato dal diritto legislativo? Si può considerare il diritto formalmente emanato come dipendente dallo sviluppo di «stabili aspettative interazionali» fra legislatore e cittadino? Il diritto formalmente emanato realizza la finalità di regolare e di favorire le interazioni dei cittadini fra di loro?

Non si può negare la presenza di idee come queste nella letteratura. Si può dire che occorre scoprirne le tracce con cura. Analogamente la finalità generale del diritto formalmente emanato, la formula *standard* – sia in giurisprudenza, sia in sociologia – si riferisce al risultato che il diritto permette di ottenere come strumento di controllo sociale. A volte, insieme con questa concezione si trova l'idea che il bisogno del diritto è dovuto per intero alla natura umana moralmente imperfetta; se si potessero ritenere gli uomini moralmente affidabili, non ci sarebbe bisogno del diritto. Per come è concepito, il diritto viene posto in essere per un esercizio di autorità e non dall'interazione di aspettative reciproche. La legge non invita il cittadino ad interagire; la legge agisce al di sopra di lui.

Esaminiamo la questione se il diritto formalmente emanato sia idoneo a regolare e a favorire l'interazione umana, domandandoci in qual modo questa concezione si riferisca ad alcuni modi effettivi di espressione del diritto. In primo luogo, consideriamo il diritto che è rubricato sotto i seguenti titoli: contratto, rappresentanza, matrimonio e divorzio, proprietà (sia privata sia pubblica) e le norme di diritto processuale. Tutte queste espressioni fondamentali del diritto sono innanzitutto sufficienti a stabilire i termini in cui gli uomini si mettono in rapporto fra di loro; esse favoriscono l'interazione umana allo stesso modo in cui il traffico è reso scorrevole dalla disposizione delle strade e dalla installazione di pali segnaletici. Dire che non ci sarebbe bisogno di queste forme giuridiche se gli uomini fossero disposti ad agire moralmente è come dire che gli uomini potrebbero fare a meno del linguaggio se fossero abbastanza intelligenti per comunicare senza di esso. Il fatto che le forme giuridiche sopra elencate contengano limitazioni come pure autorizzazioni non toglie nulla, in alcun senso, al loro potere di favorire l'interazione; ciò non è più paradossale dell'affermare che il traffico autostradale può essere facilitato da segnali che indicano «Divieto di svolta a sinistra» oppure «Stop, dare la precedenza».

Tuttavia, è difficile che una teoria del diritto come interazione possa trovare accoglienza semplicemente perché sembra adatta a certe espressioni del diritto, quali i contratti, la proprietà, la rappresentanza, i diritti di famiglia. Ad esempio, il diritto penale offre un campo di prova completamente diverso, perché in questo caso una concezione fondata sull'interazione trova un contesto molto meno congeniale alle sue premesse. Sarebbe ridicolo, per esempio, interpretare la norma che punisce l'omicidio come se fosse diretta a favorire l'interazione allontanando dai conflitti fra gli uomini la paura che possano uccidersi a vicenda. Verosimilmente, l'omicidio è proibito perché è ingiusto, non perché la minaccia di esso possa ridurre la potenziale ricchezza delle relazioni fra gli uomini.

In una prospettiva storica, tuttavia, la questione assume un carattere molto diverso. Gli studiosi della società primitiva hanno colto la prima vera comparsa del concetto di diritto come tele nelle limitazioni poste all'ostilità di sangue. Un membro della famiglia *A* uccide un membro della famiglia *B*. In una società primitiva, la naturale risposta a questo atto consiste, per i membri della famiglia *B*, nel cercare di vendicarsi contro la famiglia *A*. Se a questa vendetta non sono fissati limiti, può scoppiare una guerra mortale fra le due famiglie. Di conseguenza, si è diffusa, in molte società primitive, una norma per cui, nel caso in esame, la vendetta di sangue da parte della famiglia *B* deve essere limitata ad una sola uccisione, benché si ritenga che la famiglia offesa abbia titolo, come se fosse di diritto, a questa sorta di controuccisione. Uno sviluppo normativo più recente proibirà di solito la vendetta di sangue e richiederà invece un risarcimento sotto forma di «moneta di sangue» da pagare per un omicidio. In tal caso, evidentemente, la legge che punisce l'omicidio serve a regolare l'interazione e, magari, a favorire l'interazione ad un livello più vantaggioso, per tutti gli interessati, della catena di omicidi e contro-omicidi.

Al giorno d'oggi, la legge che punisce l'omicidio sembra, a prima vista, essersi del tutto staccata dalle sue origini interazionali; è come se questa legge proiettasse il suo comando, «tu non ucciderai», sui membri della società in generale ed a prescindere dalle loro interrelazioni. Ma di fatto è accaduto che fenomeni di interazione che una volta erano centrali sono stati spinti, dallo sviluppo giuridico e morale, ai margini, dove restano vivi come sempre. L'esempio più chiaro è dato dal diritto di autodifesa; si è ancora legittimati ad uccidere un aggressore se ciò è necessario a salvare la propria vita. Ma, in questo contesto, come si interpreterà «necessario»? Fino a che punto ci si può aspettare che un uomo rischi la propria vita per evitare di toglierla ad un altro? Inoltre, esiste il problema di diminuire la gravità del reato di omicidio «a sangue caldo», come nel caso di chi sorprenda un altro a letto con sua moglie. Infine, non vanno dimenticati i problemi riguardanti l'omicidio commesso per evitare un delitto o per fermare un delinquente in fuga. In tutti questi casi molto dibattuti, la norma che punisce l'omicidio può essere modificata, o la pena può essere ridotta, in riferimento alla domanda che cosa ci si può ragionevolmente aspettare da un uomo che si trovi in queste situazioni interazionali?

Credo sia evidente che qui non sto sostenendo la tesi che il diritto, per il modo in cui effettivamente è formulato e reso operante, realizzi sempre ed esclusivamente la finalità di regolare e favorire l'interazione fra gli uomini. Di sicuro, non si possono senza difficoltà far entrare a forza in questo schema ideale alcuni modi di essere del diritto. Forse il modo di essere più significativo risiede nell'ambito del diritto penale riguardante ciò che è noto col nome di «delitti senza vittime». Vi rientrano le leggi che vietano la vendita di bevande alcoliche e i metodi anticoncezionali, l'uso di pratiche omosessuali, la prostituzione, e il gioco d'azzardo. Premesso che le persone implicate siano sane di mente, e che non vi sia inganno, – ad esempio che la ruota della *roulette* non sia stata manomessa –, queste leggi, ben lungi dal favorire l'interazione, hanno la finalità di impedire le forme di

interazione desiderate da chi vi partecipa e non destinate direttamente, quanto meno, a ledere altri.

Ritengo non trattarsi di un caso se in questo campo – proprio quello in cui la limitazione introdotta dal diritto si mostra, nella maniera più inequivocabile, come uno «strumento di controllo sociale» – si sono dovunque aperte, nel diritto, le più grosse lacune. Si tratta di un campo caratterizzato dalla corruzione, da un'osservanza selettiva e sporadica delle leggi, dal ricatto, dall'esplicita tolleranza dell'illegalità. Non c'è bisogno di sostenere, in questa sede, che tale contesto giuridico richieda un riesame critico. Il problema è di sapere con quale criterio-guida procedere a tale riesame.

Comincerei col chiedermi perché il diritto venga meno così sensibilmente ai suoi compiti in questo ambito dei delitti senza vittime. La risposta consueta è che non si può imporre la moralità per legge. Ma non è così. Mantenere le promesse è probabilmente un obbligo morale, ma il diritto può costringere e costringe efficacemente gli uomini a mantenere le promesse. Di più, la coazione giuridica a mantenere le promesse, lungi dall'indebolire il senso morale dell'obbligo, serve a rafforzarlo. Poniamo, ad esempio, che i soci di un'impresa commerciale stiano discutendo intorno alla necessità di dare esecuzione ad un contratto sfavorevole. Coloro che ritengano di essere moralmente obbligati ad eseguirlo sono in grado di ricordare ai soci che si sentono meno obbligati che, se si rompe il contratto, saranno trascinati in giudizio e subiranno, non solo il costo, ma anche l'infamia di una sentenza sfavorevole. Esistono dunque aree di interessi umani in cui non funziona il *cliché* per cui il diritto non può obbligare gli uomini a comportarsi secondo moralità. Ritengo si tratti proprio delle aree di interesse in cui le sanzioni giuridiche rafforzano le aspettative interazionali e ne favoriscono il rispetto.

A proposito dei sistemi primitivi, talora si prende in considerazione una distinzione fra atti illeciti e peccati¹⁵. Un atto illecito è un atto che infligge un danno evidente alla struttura dei rapporti sociali; si pensa invece che un peccato arrechi un danno fisico e morale più diffuso, provocando una sorta di contaminazione. In modo particolare, nelle società primitive, atti illeciti e peccati sono trattati in base a *standard* e procedimenti differenti, procedure regolari formalizzate secondo le leggi, che si è soliti mitigare nel caso dei peccati. Pur non volendo raccomandare di far ricorso alla stregoneria o all'ostracismo come modo di trattare i peccati moderni, ritengo che si potrebbe prendere utilmente a prestito dalla società primitiva un po' del buon senso mostrato nella distinzione fondamentale fra atti illeciti e peccati. Si potrebbe forse integrare quel briciolo di buon senso con l'intuizione che, per il diritto, il modo migliore per occuparsi di almeno taluni dei moderni peccati è di non occuparsene.

Nella presente analisi dei fondamenti interazionali del diritto formalmente emanato, mi sono finora interessato principalmente alla questione di sapere se si possa considerare il diritto formalmente emanato come capace di regolare e favorire l'interazione fra gli uomini. È tempo ormai di affrontare quella che sembra la questione di fondo: l'esistenza

¹⁵ Cfr. H. Maine, 1884, 359-361.

dello stesso diritto formalmente emanato dipende dallo sviluppo di «stabili aspettative interazionali» fra legislatore e cittadino?

In caso di risposta positiva, che è quella da me proposta, ci si contrappone ad un'ipotesi oggi generalmente condivisa in giurisprudenza ed in sociologia, vale a dire all'ipotesi per cui la caratteristica fondamentale del diritto sta semplicemente nell'essere un esercizio di *autorità*. Ma, dobbiamo chiederci, autorità per fare *cosa*? Molte persone godono di autorità senza essere investite del potere di legiferare. Sia un colonnello dell'esercito, sia il capo di un ufficio stampa governativo hanno autorità nel campo che si ritiene spetti loro di pieno diritto, esercitando un controllo su coloro che sono affidati alla loro direzione. Tuttavia, essi non sono considerati legislatori. Allora, qual è la distinzione tra le funzioni espletate da chi ci permettiamo di chiamare capo e quelle espletate da un legislatore? È evidente che queste due figure rappresentano modelli differenti di controllo sociale. Ma come definire questa differenza?

Si rispondeva in passato – ed è una risposta scomparsa dai dibattiti odierni – col sostenere che la caratteristica fondamentale del diritto sta nella sua *generalità*. Il diritto esprime norme generali. La direzione manageriale può procedere mediante comandi particolari: «Fa' questo!», «A, cambia di posto con B!», oppure «Domani a rapporto alle otto e trenta». Il problema, al riguardo, è che la direzione manageriale spesso si attua anche mediante norme generali o regole permanenti di condotte. Un *manager* dotato di prudenza e di capacità di usare un linguaggio appropriato, tanto da non aver mai avuto modo di emettere null'altro che ordini generali, diventa per questa caratteristica un legislatore?

Per cogliere la distinzione fra la funzione di capo e quella di legislatore dobbiamo riesaminare la caratteristica della generalità, e chiederci *perché* si sia ritenuto che il diritto debba assumere la forma di norme generali. L'unica risposta è relativamente semplice: il diritto non dice che cosa si dovrebbe fare per realizzare scopi precisi stabiliti dal legislatore; il diritto pone agli uomini delle linee di base entro le quali organizzare la vita in società. Una violazione di questi limiti può comportare gravi conseguenze per il cittadino – che per questo può essere impiccato –, ma la instaurazione di questi limiti non è un esercizio di direzione manageriale. Il diritto offre al cittadino una struttura all'interno della quale vivere, sebbene, di certo, si diano circostanze in cui tale struttura può sembrare così spiacevolmente negligente oppure così perversamente costrittiva che l'uomo a cui si rivolge può ritenere preferibile una chiara direzione manageriale.

Se si accetta l'idea per cui la finalità centrale del diritto è di offrire linee-guida all'interazione fra gli uomini, allora si chiarisce la ragione per la quale l'esistenza del diritto formalmente emanato come sistema effettivamente funzionante dipende dall'instaurarsi di stabili aspettative interazionali fra legislatore e cittadino. Da un lato, il legislatore deve essere capace di aspettarsi che, nel complesso, i cittadini approveranno come diritto, ed in genere rispetteranno, il sistema di norme che il legislatore avrà promulgato. D'altro lato, il soggetto di diritto deve essere in condizione di prevedere che

il governo si atterrà alle norme da esso stesso poste in essere quando si trova e giudicare gli atti del cittadino; come, per esempio, nel decidere se questi ha commesso un reato oppure se rivendica una proprietà in base ad un titolo valido. Una grossa lacuna nella realizzazione di ciascuna di queste aspettative – del governo verso il cittadino e viceversa – può avere l'effetto che il codice redatto con la maggior attenzione possibile non riesca a diventare un efficace sistema giuridico.

È un fatto storicamente curioso che, quantunque i libri più vecchi siano pieni di stadi sul principio per cui il diritto comporta norme generali, non esista quasi nessun riconoscimento esplicito che l'emanazione di regole generali diventa insignificante se il governo per primo si considera libero di ignorarle ogniqualvolta gli convenga. È qui descritto, forse, un fenomeno che già ha costituito oggetto di discussione, per cui le aspettative che più saldamente guidano le nostre azioni verso altri sono spesso proprio quelle che non affiorano alla coscienza. Tali aspettative sono come le regole grammaticali che di fatto osserviamo senza aver modo di articularle, finché non siano state violate in maniera lampante. Forse, al proposito, si produce anche una confusione, derivante dal fatto che ci si rende conto come di solito un legislatore possa cambiare una delle leggi da lui emanate semplicemente abrogandola e procurando che ci sia una legge piuttosto diversa per la regolamentazione dei fatti successivi alla sua entrata in vigore. Sembra strano che l'organo dotato del potere di riscrivere l'intero codice legislativo sia tenuto al rispetto della sua legge più trascurabile nel giudicare fatti che si fossero verificati sotto la sua vigenza. È questo, per usare le parole di Simmel, il paradosso della «interazione entro una sottomissione apparentemente a senso unico e passiva»¹⁶. Tuttavia, al di fuori di tale paradosso, il concetto di diritto formalmente emanato diventerebbe privo di significato.

Quali sono le implicazioni pratiche del duplice requisito che il diritto sia formulato secondo norme generali e che il governo si attenga alle norme da esso emanate nei rapporti col cittadino? In breve, si può rispondere che queste implicazioni sono tanto indefinibili e complesse da non poter essere adeguatamente studiate in questa sede. Di certo, qui non si intende affatto proporre che il comune cittadino vada in giro, codice alla mano, per accertare se il governo osservi le norme da esso emanate. Normalmente, in complesso, il cittadino deve necessariamente fidarsi che il suo governo giochi lealmente col diritto. Ma, proprio perché questa fiducia svolge un ruolo così importante nel funzionamento di un sistema giuridico, una delusione verificatasi in un solo punto, oppure uno spregio della legalità meno evidente, ma persistente in un intero contesto giuridico, può minare i fondamenti morali di un sistema giuridico, sia per chi è alla base, sia per chi ne è al vertice.

Per quanto riguarda gli aspetti morali del problema, non si vuole affatto dire che la difesa della legalità non richieda intelligenza come pure buone intenzioni. Ad esempio, un organo legislativo approva una legge che autorizza la dislocazione di un parco nella città di Zenith. Questo atto legislativo viola il principio per cui le leggi devono presentarsi sotto

¹⁶ K. Wolff (a cura di), 1950, 186.

forma di generalità? Ci si può disimpegnare da questo problema col ricondurlo a niente più che ad un gioco di parole con la parola diritto, ma in altri casi, dal momento che il governo espleta normalmente funzioni sia manageriali ed amministrative sia legislative, il problema può diventare più imbarazzante. Ancora, immaginiamo la situazione assurda di un governo che possieda una sola legge nei codici: «Fa' il bene ed evita il male!». In tal caso, la norma è generale in un modo che mina la legalità più sensibilmente di come una quantità imprecisata di leggi speciali possa fare. Questi esempi possono illustrare soltanto alcune delle complicazioni che sorgono nella effettiva applicazione del principio di legalità¹⁷. Quando si tenga conto di queste complicazioni, il compito di fondare e di reggere un sistema giuridico sarà considerato come un'impresa di tipo molto diverso da quello presentato quando si descriva riduttivamente tale compito come un esercizio di autorità finalizzato alla realizzazione del controllo sociale.

Nell'analisi che adesso si avvia alla conclusione, tre diversi modi di essere del diritto sono stati passati in rassegna: diritto consuetudinario, *contract law* e diritto formalmente emanato. Da questo elenco è assente un quarto modo di essere, vale a dire il diritto giurisdizionale esemplificato nella *common law* semplicemente come una espressione del diritto formalmente emanato, diversa dalla legislazione soltanto per la fonte, poiché la *statute law* è emanata da un organo legislativo, mentre una norma di *common law* è formulata da un tribunale. Questa opinione ignora le caratteristiche particolari esemplificate dalla *common law*, caratteristiche che un tempo – ben a ragione – la assimilavano ad un modo di essere del diritto consuetudinario. Perché la *common law*, grazie alla sua particolare attitudine a creare diritto caso per caso, affonda le sue radici nell'interazione fra gli uomini più profondamente di quanto non faccia il diritto legislativo – per quanto sembri che, nel Paese dove ha avuto origine, la *common law* stia perdendo le caratteristiche che una volta la distinguevano, forse perché i giudici hanno cominciato, ad un certo punto, a rendere le loro decisioni conformi al modello teorico-giuridico che si è attribuito alla *common law* per più di un secolo.

Se si reputa il diritto capace di realizzare la finalità di regolare e di favorire l'interazione fra gli uomini, evidentemente il produrre diritto comporta il rischio di non poter cogliere in anticipo le varie situazioni di interazione che possono ricadere nell'ambito di una norma preformulata. Una legge che si riveli palesemente inadatta a situazioni di fatto, che più tardi diventano oggetto di un processo – situazioni evidentemente nascoste dal linguaggio usato nella legge, ma ovviamente male interpretate o non previste dal suo estensore –, una legge del genere di certo non merita un plauso particolare semplicemente perché è chiara in ciò che vuol dire e perché è proclamata anticipatamente. La *common law*, per il fatto di procedere caso per caso, ha il potere di modellare e rimodellare le sue prescrizioni a seconda delle configurazioni che la vita proietta nel processo. Quel che alla *common law* manca, in termini di chiara

¹⁷ Ho provato ad occuparmi di questi problemi nel mio primo lavoro: cfr. L. Fuller, 1969, in particolare capp. 2 e 5.

preformulazione, e forse più che compensato dalla sua capacità di riplasmare e di riformulare le sue norme alla luce delle situazioni che realmente si presentano in sede decisionale.

La *common law* risulta dunque un complesso amalgama di tipologie giuridiche, una mistura di diritto legislativo esplicito come di taciti accomodamenti propri del diritto consuetudinario, talora capace di esprimere le caratteristiche più apprezzabili di entrambi i sistemi e capace, ma raramente, di mostrarne le meno apprezzabili¹⁸.

4. Interazioni tra diritto e contesto sociale

Implicita in tutto ciò che precede è l'idea che il diritto, e l'ambiente sociale in cui esso si colloca, stanno in rapporto di reciproca influenza; nessun determinato modo di essere del diritto influenzerà le forme di interazione dell'ambiente sociale in cui esso si trovi, senza essere da queste a sua volta influenzato e strutturato. Ciò vuol dire che, per un determinato contesto sociale, un dato modo di essere del diritto è forse più adatto di un altro, e che il tentativo di applicare per forza un modo di essere del diritto ad un ambiente sociale ad esso refrattario può ottenere risultati controproducenti.

Tutto ciò impone di sapere come definire e come caratterizzare i vari tipi di contesto sociale. Al riguardo, la letteratura sociologica offre purtroppo un vocabolario particolarmente ampio di termini: *Gemeinschaft* e *Gesellschaft*; solidarietà organica e meccanica; spazio sociale; distanza sociale; relazioni familiari, contrattuali ed obbligatorie; il *continuum* città-campagna; il gruppo primario; ed una folla di termini connessi l'uno all'altro, con cui si tenta di descrivere le varie trame, i modelli, e le densità mostrate dalla struttura sociale¹⁹.

Per gli scopi che qui ci propiniamo adopererò soltanto il concetto di spettro o gamma di relazioni, che vanno dall'intimità all'ostilità, con un punto fermo intermedio che può essere individuato nell'*habitat* di estranei in rapporti di amicizia, tra i quali le aspettative interazionali restano in larga misura aperte e non formalizzate. Come per esemplificare la relazione d'intimità, prenderò in considerazione la famiglia americana media, senza domestici fissi, con bambini piccoli, lavori domestici da assegnare a giornata, familiari in rapporti sufficientemente buoni tra loro. All'altro capo dello spettro immagino ci siano non due individui tra loro nemici, ma due nazioni in rapporto di ostilità non sottoposte al controllo di un potere politico superiore in grado di comprimere la loro tendenza ad azioni apertamente ostili.

Nell'esaminare, in questa sede, i diversi modi di essere del diritto in rapporto ai vari contesti sociali, comincerò dal diritto contrattuale, espressione, questa, con cui indico,

¹⁸ Nel mio lavoro *Anatomy of law* ho avviato un'analisi dei particolari aspetti positivi e negativi del sistema di *Common law*: cfr. L. Fuller, 1968, 84-112.

¹⁹ Un utile compendio delle modalità secondo le quali i sociologi hanno tentato di caratterizzare le diverse tipologie del legame sociale si potrà trovare in F. Tönnies, 1957, 12-19.

come il lettore ricorderà, il «diritto» stesso, non il diritto formalmente statuito *dei* o *circa* i contratti. La ragione per cui scegliere il diritto contrattuale come punto di partenza è che, in un certo senso, esso si trova a metà strada fra diritto consuetudinario e diritto formalmente emanato, presentando caratteristiche appartenenti ad entrambi. Da un lato, il diritto contrattuale somiglia al diritto consuetudinario perché le sue prescrizioni non sono imposte alle parti da qualche autorità esterna: le parti producono da sé il loro diritto. D'altro lato, il diritto contrattuale somiglia alla legislazione per il fatto che comporta la creazione esplicita di norme espresse in formule verbali per la regolazione delle relazioni fra le parti. Se cominciamo dalle relazioni «di intimità», è evidente che il contratto è uno strumento che mal si adatta a regolare le relazioni familiari, che si tende ad interpretare in termini di affettività, col dire che le persone, unite da legami affettivi difficilmente si metterebbero a negoziare, che qualunque tentativo fosse operato in questa direzione potrebbe alterare l'armonia domestica. Ma il problema presenta anche un aspetto che si può chiamare operativo; la distribuzione dei compiti in una famiglia è turbata da contingenze mutevoli e non suscettibili di essere prevenute: c'è chi si ammala, un ragazzo è indietro con i compiti, il papà deve partire per un viaggio, ecc. Nessuna prudenza contrattuale sarebbe in grado di reggere in anticipo il ritmo di tutti questi cambiamenti negli affari che riguardano la famiglia.

Sembra si possa supporre con una certa prudenza che non molte coppie sposate abbiano tentato di regolare i loro affari interni con qualcosa di simile ad un contratto esplicito. Nei pochi casi di cui si ha conoscenza, nei quali è stata chiesta l'esecuzione giudiziale di contratti del genere, le corti non ne hanno riconosciuto la rilevanza in termini giuridici. Una corte ha rilevato che «un'indagine giudiziaria su questioni di tale natura, tra marito e moglie, avrebbe arrecato danni irreparabili»²⁰. Un'altra corte ha fatto osservare che, se le parti fossero capaci di stipulare un contratto idoneo ad obbligarlo per quel che riguarda la regolazione delle relazioni fra di loro, ciò «aprirebbe uno spazio illimitato alla controversia e al litigio e distruggerebbe il fattore di flessibilità richiesto negli adattamenti a nuove condizioni...»²¹.

Se si passa a considerare l'altro estremo dello spettro di relazioni, i contratti fra parti che si trovano in quel che ho denominato relazione sociale di ostilità, una regolazione contrattuale, ancora una volta, viene ad essere non soltanto difficile da trattare, ma spesso è anche un mezzo inidoneo al raggiungimento del fine perseguito. Per spiegare questo si può semplicemente dire che le parti in stato di ostilità non si fidano l'una dell'altra, e la fiducia reciproca è essenziale sia alle trattative sia alla esecuzione di un contratto. Ma anche questo problema presenta un aspetto operativo. Le trattative che precedono un contratto, qualunque sia la sua complessità, implicheranno una difficoltosa composizione di interessi divergenti. Ciò significa, alternativamente, che, nel caso della negoziazione – a seconda che faccia o rifiuti qualche concessione –, ognuna delle parti è

²⁰ *Miller contro Miller*, 78 IOWA 177, 182, 42, N. W. 641, 642 (1889).

²¹ *Graham contro Graham*, 33 Fed. Supp. 936, 938 (E. D. Mich. 1940).

costretta a dare qualche informazione sullo stato dei suoi interessi. Il rilascio di queste informazioni forse danneggia la parte, soprattutto se le trattative falliscono. Poniamo, dunque, che, nelle trattative che riguardano una riduzione degli armamenti tra due Paesi in relazioni di ostilità, il Paese *A*, con sorpresa del Paese *B*, sembri abbastanza disposto a negoziare una notevole limitazione alla produzione e all'uso dell'arma *X*. Il Paese *B* comincia subito a chiedersi: perché? l'altra parte è a conoscenza di qualche limite all'efficacia dell'arma *X*, che a noi non consta, oppure vuol farci rinunciare alla produzione dell'arma *X*, di cui ha paura, e farci dirottare i nostri mezzi sull'arma *Y*, contro la quale l'altra parte forse ha approntato una difesa adeguata? La necessità di una qualche apertura di credito, in ordine al raggiungimento di una proficua composizione degli interessi delle parti, è spesso di ostacolo, non soltanto nelle relazioni internazionali, ma anche in altri campi, a volte persino nel mondo degli affari. Forse, la soluzione definitiva risiede nello stabilirsi, con gradualità e pazienza, di molteplici vincoli associativi tra le parti, in modo tale che il loro legame sociale non si riduce unicamente alle trattative o ad un documento. Quando ciò accade, tuttavia, il principio che organizza le relazioni fra le parti già non è più di tipo contrattuale e diventa fondamentalmente un principio di diritto consuetudinario.

Vorrei adesso volgermi a considerare la parte intermedia dello spettro dei contesti sociali, l'area che in precedenza ho definito come l'ambiente naturale degli estranei in rapporti di amicizia, fra i quali le aspettative interazionali restano in grande misura aperte e non formalizzate. Questa è proprio l'area in cui il diritto contrattuale si trova più a suo agio ed ha maggiore efficacia; è anche in quest'area relazionale, indubbiamente, che il concetto autentico di contrattazione esplicita è stato formulato per la prima volta.

Ci si è abituati a pensare che, nella misura in cui ci si allontana dalle relazioni di intimità, la nostra libertà di espressione e di azione si restringa progressivamente; in presenza degli estranei siamo a disagio; è soltanto con gli amici intimi che siamo liberi di dire quel che pensiamo e di rivelare quel che ci piacerebbe avere. Ma di fatto, nel trattare con chi ci è intimo, siamo frenati, spesso senza rendercene affatto conto, da un mucchio di aspettative non ben definite – siamo costretti, per così dire, a comportarci in base a ruoli tacitamente assegnatici in incontri precedenti. Come Simmel fa notare, spesso proprio l'estraneo è il destinatario dell'«apertura più sorprendente – confidenze che sarebbero accuratamente nascoste ad una persona che ci fosse maggiormente vicina»²². È questa apertura delle relazioni fra estranei che favorisce le trattative, in un modo che sarebbe impossibile (e probabilmente sconsigliabile) all'interno di un gruppo, come la famiglia, caratterizzato da relazioni di intimità.

Le relazioni di intimità diffuse in tutto il mondo, quelle della famiglia estesa, della tribù e del villaggio rurale, si sono mostrate un ostacolo allo stabilirsi di rapporti su una base puramente commerciale. Per fare un esempio, è difficile obbligare un parente o un amico intimo a saldare sollecitamente il conto. La Mair riferisce un'osservazione

²² K. Wolff (a cura di), 1950, 404.

antropologica generale, per cui le «pressioni dirette ad impedire di fare ampio affidamento su chi apra un negozio nel suo villaggio sono tendenzialmente così forti che costui non può riuscire nel suo affare»²³. Si dice che un'intraprendente tribù amerindia dello Stato di Washington abbia subito un analogo impedimento nel tentare di impegnarsi in imprese commerciali da condurre nella riserva²⁴. Forse la più interessante osservazione in proposito è contenuta in *The Irish Countryman* di Conrad Arensberg. Secondo Arensberg, nelle campagne irlandesi il cliente del negoziante del posto è abituato a non pagare praticamente mai del tutto il suo conto; in realtà, lo farebbe soltanto in un accesso d'ira. Il conto che resta da saldare, ridotto di volta in volta da pagamenti parziali, simboleggia un obbligo di fiducia reciproca – il cliente diventa abituale, il negoziante proroga il suo credito²⁵. Molti americani hanno osservato un fenomeno analogo: quando qualcuno fa un acquisto nel grande magazzino e, invece di farselo addebitare, come di solito fa, offre di pagarlo in contanti, il negoziante può sentirsi offeso da questo comportamento. Quando si consideri l'estrema diffusione di questa tendenza a ritrarsi impauriti da una relazione sistematica assolutamente impersonale, non c'è da stupirsi che i mercanti ed i negozianti pionieri siano sembrati ovunque degli estranei – gli ebrei in Europa, gli zoroastriani in India, gli indiani e i libanesi in Africa, i cinesi nel Pacifico e, forse, agli inizi, si potrebbe dire, gli *yankees* nel Nord-America. Come è suggerito da alcune voci di questo elenco, sembra addirittura che una differenza religiosa possa favorire, in certi casi, la realizzazione di quella particolare distanza sociale che è indispensabile al darsi di relazioni puramente contrattuali.

Varrebbe qui la pena di sottolineare che, talvolta, la sola riuscita di una relazione contrattuale ha l'effetto di sostituirla con qualcosa di simile ad un diritto consuetudinario a due. Coloro che rinnovano i contratti ogni anno, e che in tal modo entrano in relazioni di intimità, incontrano probabilmente crescenti difficoltà a preservare un'atmosfera di contrattazione esplicita; essi diventano prigionieri delle aspettative create dalle abitudini contratte in passato. È naturale che ciò probabilmente accada in modo particolare dove si sia sviluppata una situazione in cui le parti non trovano facilmente fonti alternative per la soddisfazione dei loro bisogni, una situazione, questa, che si avvicina al «monopolio bilaterale»²⁶.

Si è detto tutto per quanto concerne le interazioni fra diritto contrattuale e contesto sociale. Per passare adesso al diritto consuetudinario, va osservato innanzitutto che questo sistema giuridico è assolutamente congeniale ai più diversi contesti sociali, da quelli caratterizzati da maggior intimità a quelli caratterizzati da aperta ostilità. Che la

²³ L. Mair, 1965, 181.

²⁴ Cfr. uno studio di E. Colson riportato in M. Gluckman, 1965, 296-299.

²⁵ C. Arensberg, 1968, 155-162.

²⁶ Nella tesi contenuta nel lavoro di L. Friedman, 1965, si può individuare la tendenza delle relazioni contrattuali a trasformarsi in qualcosa di simile al diritto consuetudinario. Ritengo tuttavia che la ricerca di Friedman non tenga sufficientemente conto delle caratteristiche particolari del retroterra economico dei fenomeni studiati; ciò sarebbe stato indicato, in modo specifico, col nome di contratto nel Wisconsin, di non contratto in America. Si consideri, in proposito, un altro lavoro: S. Macaulay, 1963, 55-67.

famiglia non possa organizzarsi senza difficoltà mediante un processo di esplicita contrattazione non esclude la possibilità della crescita al suo interno di aspettative reciproche analoghe a quelle che, ad un livello di maggiore formalizzazione, sarebbero indicate col nome di diritto consuetudinario. In realtà, la famiglia non potrebbe svolgere le sue funzioni senza queste tacite direttive predisposte per l'interazione; se ogni interazione dovesse essere ogni volta orientata di nuovo e *ad hoc*, nessun gruppo, come la famiglia, riuscirebbe a disimpegnare i suoi compiti. Mediamente, va osservato che lo sviluppo più efficace ed evidente del diritto consuetudinario moderno si è avuto proprio nel campo dei rapporti commerciali. Infine, pur avendo difficoltà a contrattare con le parole, parti fra loro ostili possono utilmente semi-contrattare, come spesso fanno, con scritture legali. Paradossalmente, le limitazioni di diritto consuetudinario tra nemici hanno maggiori probabilità di svilupparsi sotto la guerra che non in presenza di situazioni relazionali di ostilità senza sbocchi; il combattimento, in questo senso, è in se stesso una relazione sociale, dal momento che presuppone la comunicazione.

Che il diritto consuetudinario, come l'ho presentato, sia congeniale all'intero spettro dei contesti sociali non significa che esso mantenga le medesime caratteristiche ovunque compaia. Al contrario, il diritto consuetudinario può veder mutare radicalmente le sue caratteristiche essenziali, nella misura in cui lo si sposti da un capo all'altro dello spettro. Al punto limite delle relazioni di intimità, il diritto consuetudinario ha a che fare in primo luogo non con atti prescritti ed eseguiti, ma con ruoli e funzioni. Le operazioni interne ad una famiglia, ad un gruppo di parentela, o perfino ad una tribù possono richiedere non semplicemente una conformità a norme, ma una attribuzione di autorità, e una capacità di amministrare in capo a coloro che prendo; o decisioni ed impartiscono direttive. Nell'area intermedia, occupata dai rapporti commerciali a distanza, il diritto consuetudinario prescinde dalle qualità e dagli stati d'animo della persona, e concentra la sua attenzione nell'imputare al comportamento esteriore conseguenze adeguate e chiaramente definite. Infine, per quanto attiene alle relazioni di ostilità, si verifica un mutamento radicale nella generale intenzione del diritto consuetudinario. In tal caso, la prima cosa che si desidera è il raggiungimento – naturalmente tramite azioni, non a parole – della comunicazione chiara dei messaggi dal significato abbastanza ristretto e negativo; ci si concentra, perciò, in misura notevole, sul simbolismo e sul rituale.

L'influenza del contesto sociale, secondo me, andrebbe tenuta in considerazione quando si confrontano i diversi punti di osservazione degli antropologi in ordine alla natura del diritto consuetudinario. È interessante, a questo proposito, mettere a confronto due opere che sono diventate classiche: Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (1926), e Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia* (1955, 2° ed. 1967).

Malinowski individua il principio fondamentale del diritto consuetudinario nell'attribuzione di vantaggi reciproci; egli pensa addirittura, incautamente, che la sanzione che assicura la conformità alle norme del diritto consuetudinario stia nella tacita

minaccia che, se qualcuno non presta il suo apporto, gli altri possono negare il loro. Pur essendo, nella maggior parte dei casi, attento a limitare le generalizzazioni che propone alla società particolare da lui studiata, Gluckman dà l'impressione di considerare come centrale nel diritto consuetudinario in generale il concetto dell'«uomo ragionevole». Per Gluckman, l'uomo ragionevole è l'uomo che sa qual è il suo posto e quali sono le sue responsabilità, e che risponde in modo adeguato alle mutevoli esigenze della vita di gruppo. Semplificando abbastanza, possiamo dire che, per Malinowski, la figura centrale è fondamentalmente un commerciante o, meglio, un individuo che commercia in termini stabiliti in larga misura dalla tradizione, piuttosto che in termini negoziali. Per Gluckman, la figura centrale coincide con lo scrupoloso membro della tribù, incaricato di curare il benessere del gruppo a cui appartiene.

Quando tuttavia si guardi alle organizzazioni economiche e ai sistemi di parentela delle due società studiate, si capisce perché i due autori giungessero a conclusioni così diverse circa il tipo d'uomo che il diritto consuetudinario esprime. Malinowski comincia con l'osservare che gli uomini oggetto del suo studio, sparsi in varie isole, «hanno voglia di commerciare e di fare scambi». La situazione concreta, che Malinowski ha affrontato per prima, riguarda due comunità di villaggio che abitavano, nella stessa isola, a poca distanza l'una, costiera, dall'altra, situata nell'entroterra. In base ad un'intesa stabilita fra le due comunità, il villaggio costiero rifornisce regolarmente di pesce il villaggio dell'entroterra, in cambio di verdura. Il commercio tra i due villaggi, naturalmente, non è il risultato di una contrattazione esplicita, ed a volte, in realtà, ciascuno dei due cercherà, non di ridurre la quantità di forniture, ma di mettere l'altro in condizione di sfigurare superandolo nella misura dell'approvvigionamento.

D'altra parte, fra i Barotse studiati da Gluckman, la produzione economica e il consumo sono organizzati in larga misura su base parentale. I casi studiati da Gluckman prima dei *kuta* erano soprattutto casi riguardanti quelli che si potrebbe definire come affari interni di una famiglia estesa, benché tali affari comprendessero questioni di proprietà. Parte dei casi studiati è suggerita da un campione dei titoli assegnativi da Gluckman: «Il caso dell'adulterio fra uomini incrociati», «Il caso del granaio della moglie», «Il caso del marito che orina». Il clima delle dispute e delle decisioni, rappresentato da Gluckman in maniera così icastica, ricorda il clima che ci si immagina possa regnare in una sorta di tribunale, chiamato a svolgere opera di mediazione nei complicati affari di famiglia e chiamato, occasionalmente e a malincuore, ad esercitare un potere per rimetterli in ordine con un giudizio imparziale. È chiaro che i due sistemi giuridico-consuetudinari studiati da Malinowski e da Gluckman funzionavano in contesti sociali abbastanza diversi, per quanto ciò non escluda che un Malinowski potesse eventualmente rintracciare fattori di reciprocità o di scambio fra i Barotse, o che un Gluckman fosse capace di cogliere l'opportunità di applicare agli abitanti delle Trobriand il concetto dell'«uomo ragionevole». In generale, vorrei far presente che, se si va alla ricerca di costanti tra i diversi sistemi di diritto consuetudinario, le si rinverrà nei processi

di interazione che pongono in essere tali sistemi, anziché nel risultato particolare che ne deriva, che deve necessariamente riflettere una storia e un contesto. Aggiungerei che, se si osservano con attenzione i vari contesti che la nostra stessa società presenta, risulteranno analogie con quasi tutti i fenomeni ritenuti tali da contraddistinguere il diritto primitivo.

Nel riassumere la nostra analisi degli effetti del contesto sociale sui diversi modi di essere del diritto, ci resta da prendere in considerazione il diritto formalmente emanato in quanto esemplificato in una legge. Al principio è evidente, come penso, che il «terreno familiare» del diritto formalmente emanato coincide ampiamente con ciò che già abbiamo considerato come l'ambito più congeniale al principio ordinatore del contratto, ossia con l'area intermedia dello spettro dei contesti sociali – il campo occupato dagli estranei in rapporti amichevoli, le cui relazioni reciproche in generale restano aperte, nel senso che non sono prestrutturate da vincoli di parentela o da repulsioni dovute ad ostilità vicendevole.

Se il diritto formalmente emanato e il diritto contrattuale si somigliano nel trovare particolarmente congeniale il punto medio sullo spettro dei contesti sociali, essi si mostrano anche ugualmente incapaci di tentare qualcosa di simile alla regolazione interna della famiglia. Se un contratto è uno strumento troppo poco idoneo a dar forma agli affari di una famiglia, potrebbe dirsi lo stesso, con maggior enfasi, se si tentasse di imporre dettagliati regolamenti formalizzati alle relazioni di intimità proprie del matrimonio e della paternità e maternità²⁷.

Inoltre, come ho rilevato in questa sede, gran parte del diritto consuetudinario realizza – e spesso con buoni risultati – la finalità di regolare le relazioni fra parenti. Come si spiega questa particolare attitudine del diritto consuetudinario riguardo agli affari di famiglia? Credo che ciò sia dovuto al fatto che il diritto consuetudinario non si limita a prescrivere o a proibire azioni definite in modo preciso, ma può anche designare ruoli e funzioni, quindi, quando si dà il caso, può obbligare coloro che disimpegnano questi ruoli e funzioni ad eseguire le loro prestazioni. Questa concezione non è in contrasto con l'analisi del diritto consuetudinario esposta all'inizio del presente saggio. Stabili aspettative interazionali possono determinarsi in riferimento sia a ruoli e funzioni, sia ad azioni particolari; un linguaggio interazionale consisterà non soltanto in un vocabolario di atti ma anche in una grammatica fondamentale che ordinerà tali atti entro schemi significativi.

È importante osservare che le caratteristiche, che fanno del diritto formalmente emanato uno strumento idoneo a regolare le relazioni di intimità, sono proprie le stesse che attribuiscono a tale diritto una particolare idoneità a regolare le interazioni fra gli uomini all'interno di un più ampio contesto sociale impersonale. Entro questo più ampio contesto, la necessità fondamentale è di imporre norme che verranno a stabilire i limiti

²⁷ Naturalmente, in questo passaggio non faccio riferimento a problemi come l'abuso sui minori, l'istruzione obbligatoria, e simili.

che gli uomini devono rispettare nelle loro interazioni, col lasciarli liberi, entro questi limiti, di perseguire i loro propri scopi. Ciò vuol dire, ancora, che il diritto ha a che fare con atti determinati, non con stati d'animo o con modi di pensare. Il principio di legalità valuta le azioni compiute da un uomo in confronto alla legge, non l'uomo stesso rispetto a qualche ideale vagamente sottinteso alle proposizioni giuridiche. Quello che qui è in gioco può essere indicato dalla distinzione tra giudicare la persona e giudicare l'atto²⁸. Nei problemi della vita di ordinaria amministrazione questi due tipi di valutazione sono in costante interazione. Giudichiamo un uomo dalle sue azioni; valutiamo le sue azioni come espressione di ciò che egli è. Sappiamo che un uomo talvolta deve agire in un certo modo «perché è fatto così»; sappiamo inoltre che, per tutta una vita, un uomo, almeno fino ad un certo punto, fa di sé quello che è con un mucchio di decisioni prese su come comportarsi in situazioni particolari.

I sistemi giuridici primitivi, ivi compresa la *common law* inglese delle origini, recepiscono senza problemi il punto di vista del senso comune in materia, e sono poco interessati a mantenere una distinzione fra l'uomo e le azioni a lui riferibili. In origine, il collegio dei giudicanti era scelto tra gente che si conosceva, in modo tale che i giudicanti avessero la possibilità di conoscere personalmente i contendenti e forse persino i fatti oggetto della disputa. Del diritto penale facevano parte i cosiddetti delitti di *status* – come, ad esempio, il delitto di «essere una megera comune».

Tutto ciò, evidentemente, è cambiato in maniera radicale. Oggi, in un processo penale le conoscenze personali dell'imputato sarebbero normalmente escluse dalla giuria, la prova di una cattiva condotta passata è inammissibile, ed è impensabile che un testimone, per quanto ben informato circa l'imputato, sia autorizzato a dire alla giuria come consideri la persona dell'imputato²⁹. Alla giuria spetta stabilire nel miglior modo possibile quale azione o quali azioni l'imputato abbia commesso, o giudicare tali azioni in base alle norme di legge.

L'immagine di una giustizia affidabile e parca, che evita deliberatamente di guardare all'uomo come tale, si offusca notevolmente, tuttavia, quando si consideri che cosa accade prima e dopo il dibattimento che ha luogo in un pubblico processo. Prima che la causa venga portata davanti al tribunale, l'imputato deve essere arrestato, e sarebbe certo insolito che un poliziotto – a prescindere dalla natura o dalle circostanze del delitto – arrestasse d'abitudine chiunque fosse ritenuto colpevole. Certamente, nell'occuparsi di delitti di secondaria importanza, il funzionario di polizia usa, e ci si aspetta che usi, «giudizio»; questo giudizio è inevitabilmente influenzato da quel che il funzionario pensa

²⁸ Ho tentato di svolgere alcune implicazioni di questa distinzione circa i sistemi giuridici propri delle associazioni di volontariato nell'articolo *Two Principles of Human Association*, 1969, 3-23, in particolare 17-19.

²⁹ Naturalmente non mi sto occupando, in questa sede, della dichiarazione resa sotto giuramento da un perito circa la salute mentale dell'imputato. Tuttavia, si sarebbe indotti a pensare che il modo in cui le acquisizioni della psichiatria vengono attualmente utilizzate dal diritto sollevi problemi di difficile soluzione, alla luce della dicotomia persona-atto.

del tipo di persona che gli sembra il sospettato. Quando il caso è sottoposto al pubblico ministero, questi è a sua volta influenzato, in una certa misura, da analoghe considerazioni nel decidere di promuovere eventualmente l'accusa. Se l'accusatore procede al rinvio a giudizio, in molti casi di solito segue un processo, che deve essere indicato col nome di patteggiamento. Si tratta di una procedura attraverso la quale il pubblico ministero e l'avvocato difensore, col benestare del giudice, predispongono un accordo col quale l'imputato si confesserà colpevole di un'imputazione minore di quella asserita perché sia oggetto di difesa da parte di coloro che rappresentano lo Stato. L'esito di questa procedura è inevitabilmente influenzato dalle opinioni circa gli atteggiamenti fondamentali dell'imputato. Se si va al rinvio a giudizio e l'imputato viene riconosciuto colpevole, si deve decidere sulla domanda di una sentenza appropriata. Nel decidere su tale domanda, il giudice terrà conto di quanto si sa circa l'imputato stesso, il suo passato, e le sue probabili inclinazioni future. Naturalmente, analoghe considerazioni determineranno la concessione della libertà sulla parola o un'assoluzione. Infine, qualora si consideri che, probabilmente, meno del dieci per cento delle imputazioni penali iscritte a registro sfociano in un processo, l'accento posto in un giudizio esplicito sull'azione, anziché sulla persona dell'imputato, perderà importanza al punto da sembrare forse soltanto un omaggio di tipo simbolico al principio del giudicare gli atti e non l'uomo.

Tuttavia, questo simbolismo è di importanza fondamentale. Se fosse completamente perso di vista, il principio di legalità, il *rule of law*, diventerebbe una vuota mistificazione. Le apparenti contraddizioni interne a tutti i processi penali sono tollerabili perché, in genere, almeno i diretti interessati capiscono che caratteristici ruoli istituzionali sono esercitati da chi arresta, accusa, difende, processa, pronunzia una sentenza, concede la libertà sulla parola, scarcerà, assolve – tutti ruoli, questi, rivolti allo svolgimento di funzioni diverse. Non è sicuro se queste distinzioni siano sempre colte dal pubblico o dallo stesso imputato. Non c'è dubbio, comunque, che una distribuzione delle funzioni così sviluppata sia impossibile all'interno di un contesto sociale di intimità; essa presuppone processi ampi ed impersonali.

Qualora si consideri il problema sotto questa luce, diventa chiaro che, in una moderna società complessa, il diritto formalmente emanato ed i principi ordinatori impliciti nel diritto consuetudinario non appaiono semplicemente come modalità alternative per regolare le interazioni fra gli uomini, ma invece come mezzi spesso idonei alla realizzazione di una reciproca integrazione mediante una divisione naturale del lavoro. Si può dire, in generale, che il diritto formalmente emanato verrà meno alla sua vocazione nelle complesse relazioni di interdipendenza che non si possono organizzare mediante una serie di regole che attribuiscono facoltà e doveri; queste situazioni non sono affatto limitate all'intimità intesa in un qualunque senso di affettività³⁰. Che tali situazioni non possano essere regolate da leggi ordinamentali non equivale a dire che

³⁰ Ho tentato di mostrare l'inadeguatezza delle norme giuridiche formali e dei processi paragiurisprudenziali in rapporto ai problemi «policentrici» in 1963, 3-46, e in 1965, 1021-1042.

esse non possono, come lo sono nella nostra società, essere suscettibili di una efficace regolazione mediante operazioni tacite che, se riferite ad una società primitiva, sarebbero indicate col nome di diritto consuetudinario.

Gran parte della letteratura corrente sembra ammettere che la nostra società sia incapace di funzionare in base ad una combinazione del senso morale individuale e del controllo sociale, esercitato tramite la minaccia delle sanzioni contemplate dal diritto statuito. Abbiamo bisogno di ricordare che noi orientiamo costantemente le nostre azioni reciproche in riferimento a pali segnaletici che non sono fissati né dalle morali, in alcun senso corrente, né dalle parole scritte nei libri di diritto. Se la presente relazione sarà servita a rivalutare questo elemento, avrò ottenuto il mio scopo.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ARENSBERG Conrad M., 1968, *The Irish Countryman*. Natural History Press, ed. riv., New York.

BAGEHOT Walter, 1956, *Physics and Politics*. Beacon Press, Boston.

BOHANNAN Paul, 1967, *Law and Warfare – Studies in the Anthropology of Conflict*. Natural History Press, New York.

Encyclopedia of the Social Sciences, 1930. The Macmillan Company, New York.

ERIKSON Erik H., 1966, «Ontogeny of Ritualization». In R.M. Loewenstein (a cura di), *Psychoanalysis – A General Psychology – essays in Honor of Heinz Hartmann*. International Universities Press, New York.

FULLER Lon Luvois, 1963, «Collective Bargaining and the Arbitrator». In *Wisconsin Law Review*, 1963, 3-46.

FULLER Lon Luvois, 1965, «Irrigation and Tyranny». In *Stanford Law Review*, 17, 1021-1042.

FULLER Lon Luvois, 1968, *Anatomy of the Law*. Praeger, New York.

FULLER Lon Luvois, 1969, «Two Principles of Human Association». In J. R. Pennock e J. Champan (a cura di), *Voluntary Associations*. Atherton Press, New York, 3-23.

FULLER Lon Luvois, 1969, *The Morality of Law*. Yale University Press ed. riv., New Haven (ed. it. *La moralità del diritto*, trad. it. a cura di A. Dal Brollo, Milano 1986).

GLUCKMAN Max, 1955, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester University Press 2° ed., Manchester, U.K.

GLUCKMAN Max, 1965, *Politics, Law, and Ritual in Tribal Society*. Aldine Press, Chicago.

HOEBEL E. Adamson, 1954, *The Law of primitive Man*. Harvard University Press, Cambridge, Mass (ed. it. *Il diritto nelle società primitive*, Bologna 1973).

HOLLAND Thomas Erskine, 1896, *The Elements of Jurisprudence*. Macmillan 8° ed., New York.

L. FRIEDMAN Lawrence M., 1965, *Contract Law in America*, University of Wisconsin Press.

LÉVI-STRAUSS Claude, 1966, *The Savage Mind*. Chicago University Press, Chicago (ed. it *Il pensiero selvaggio*, Milano 1990).

MACAULAY Stewart, 1963, «Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study». In *American Sociological Review*, 28, 55-67.

MAINE Henry, 1884, *Ancient Law*. John Murray 10° ed., London 1884.

MAIR Lucy Philip, 1965, *An Introduction to Social Anthropology*. The Clarendon Press, London.

PARRY Clive, 1965, *The Sources and Evidences of International Law*. Manchester University Press, Manchester, U.K.

PARSONS Talcott e SHILS Edward (a cura di), 1951, *Toward a General Theory of Action*. Harvard University Press, Cambridge, Mass.

SALMOND John William, 1924, *Jurisprudence*. Swett e Marwell 7° ed., London.

TÖNNIES Ferdinand, 1957, *Community and Society*, a cura di C. Loomis. Michigan State University Press, East Lansing (ed. it. *Comunità e società*, Edizioni di Comunità, Milano 1963).

WOLFF Kurt (a cura di), 1950, *The Sociology of Georg Simmel*. Free Press, New York.

**IL DIRITTO COME INTERAZIONE.
NOTA A MARGINE DEL SAGGIO DI LON L. FULLER**

MARCO STEFANO BIRTOLO*

Abstract: this paper is a reflection on an essay by Lon Luvois Fuller, taken from his work *The Principles of Social Order* (1981). The aim is to emphasize how Fuller's conception of law can be useful to understand the reasons for the crisis of contemporary legal and political orders. In particular, Fuller's idea that law originates in the interaction between individuals and serves the purpose of organizing and fostering relations between them is deepened.

Keywords: Lon Luvois Fuller – interazione – diritto consuetudinario – *contract law* – diritto legislativo

La ripubblicazione della traduzione di un capitolo fondamentale dell'opera *The Principles of Social Order*¹ (1981) di uno dei più importanti filosofi del diritto statunitensi, Lon Luvois Fuller (1902-1978), muove dalla convinzione che il pensiero giusfilosofico dell'autore americano, spesso trascurato nel dibattito accademico italiano, abbia molto da dire sui problemi e sulle questioni a cui sono chiamati a rispondere gli ordini giuridici e politici contemporanei. Negli ultimi anni alcune iniziative editoriali hanno riportato all'attenzione del lettore italiano la filosofia di Fuller, e tra queste vanno annoverate senza dubbio quelle curate da Andrea Porciello, che nel 2016 ha dedicato una monografia all'autore in questione e ha tradotto alcune parti delle sue più importanti opere². Tuttavia, ciò che manca in Italia è una riflessione complessiva sulla filosofia giuridica di Fuller³, che approfondisca e valorizzi ulteriormente le principali questioni connesse all'ultima fase del suo pensiero, compresa tra la pubblicazione nel 1968 di *Anatomy of Law* e la pubblicazione postuma del volume *The Principles of Social Order*. Generalmente,

* Marco Stefano Birtolo, Dottore di ricerca in Relazioni e processi interculturali, Università del Molise. Email: marcostefano.birtolo@unimol.it

¹ L.L. Fuller, 1981, 211-246.

² Cfr. L.L. Fuller, 2016. Di A. Porciello cfr. 2016 e 2017.

³ Un tentativo di questo tipo senz'altro da segnalare è stato condotto nel 2013 da Alessandra Callegari: cfr. A. Callegari, 2013. A tal proposito cfr. anche, A. Dal Brollo, 1986.

infatti, i richiami al pensiero giusfilosofico di Fuller si limitano a prendere in considerazione soltanto aspetti parziali della sua filosofia e spesso si sono concentrati perlopiù sulla grande *querelle* tra Fuller e Herbert L. A. Hart⁴.

La riproposizione di questo testo, invece, tradotto da Lorenzo Scillitani e da chi scrive⁵ ed edito per la prima volta nel 2004 dalla Rivista «Nuovo Sviluppo», vuole invitare il lettore a focalizzare l'attenzione non tanto sulle già indagate tematiche sollevate da Fuller all'interno del suo capolavoro, *The Morality of Law*⁶, o sull'annosa questione del rapporto tra diritto e morale, quanto piuttosto sulla parte più antipositivistica e antiformalistica della sua filosofia, che suggerisce prospettive di interpretazione del fenomeno giuridico e politico che meritano di essere nuovamente esplorate. Il che, tuttavia, richiede preliminarmente di esplicitare il motivo per cui includiamo Fuller nel novero degli antiformalisti.

Se, infatti, si intende per formalismo giuridico la concezione di un diritto la cui validità non è misurata sulla base del contenuto delle norme ma viene definita esclusivamente in relazione alla conformità alla sua struttura formale – tanto da considerare diritto esclusivamente quello decretato dall'autorità preposta –, allora a nostro avviso non si potrà che ricomprendere nel composito filone dell'antiformalismo giuridico un autore come Fuller che, in contrasto col normativismo di Hans Kelsen e col positivismo giuridico di Herbert L. A. Hart e attraverso un ampio ricorso al campo delle scienze sociali, ha promosso una concezione del diritto come fenomeno sociale *specifico*, che prende le mosse dalla realtà empirica. Non è un caso, peraltro, che il capitolo tradotto in questo numero di *Politica.eu* porti come titolo *Il diritto e l'interazione tra gli uomini*, a conferma che siamo di fronte ad un autore che costruisce la propria teoria giuridica e politica individuando la genesi dell'esperienza giuridica nelle relazioni intersoggettive che si formano «dal basso» nella realtà sociale.

Il diritto, infatti, a tutti i suoi livelli viene definito da Fuller in questo scritto come qualcosa che trova origine nell'interazione tra gli individui e che serve alla finalità di organizzare e favorire le relazioni tra di essi. Tale fondamento è alla base di tutte le tipologie di diritto e, di conseguenza, anche dei quattro modi di essere del diritto che l'autore americano approfondisce in questo saggio: il diritto consuetudinario, il *contract law*, il diritto legislativo e il *common law*. Implicita in tutta l'analisi svolta è la considerazione che diritto e contesto sociale si condizionano a vicenda sensibilmente.

Se quest'ultima affermazione può essere immediatamente comprensibile con riferimento al diritto consuetudinario e al *contract law*, ciò, sostiene Fuller, è ugualmente vero per il cosiddetto diritto formalmente emanato o, detto in altri termini, per il diritto legislativo. Anzi, è proprio perché abitualmente si tende a considerare quest'ultimo come

⁴ Il *Fuller-Hart debate* viene spesso richiamato da coloro che prendono in esame le differenze tra giuspositivismo e giusnaturalismo, mentre invece in lingua italiana un articolo dedicato specificamente al tema è di A. Sciurba, 2009.

⁵ Cfr. L.L. Fuller, *supra*, 13-48.

⁶ L.L. Fuller, 1964.

un diritto teso a favorire il controllo sociale, anziché l'interazione, che il rapporto tra legislatore e cittadino viene spesso male interpretato. A tal proposito, l'obiettivo dichiarato da Fuller in questo saggio è di dimostrare che la comprensione dell'origine interazionale delle tipologie di diritto diverse da quello legislativo – come ad esempio il diritto consuetudinario e il *contract law* – può aiutare a comprendere più a fondo anche la natura e la finalità del diritto formalmente emanato, che consiste ugualmente nella sua capacità di soddisfare le «aspettative interazionali» degli individui.

Di conseguenza, la ragione per cui l'autore muove dall'analisi del diritto consuetudinario sta nel fatto che la natura interazionale di tale diritto appare più facile da identificare, poiché riesce bene a spiegare al lettore cosa si intende quando si dice che il diritto deve accontentare le «aspettative interazionali» degli individui. In proposito, Fuller sostiene che il diritto consuetudinario è stato considerato erroneamente un diritto basato sul concetto di abitudine e su «una linea di condotta osservata a lungo ed in generale»⁷ nel tempo – spesso condizionata da rituali senza uno scopo e dalla superstizione –, mentre mai nessuno ha riflettuto sulla vera origine del diritto consuetudinario. Infatti, gli studiosi di diritto consuetudinario sono stati più impegnati a definire in cosa consiste la consuetudine e quanta parte del diritto consuetudinario si possa conservare oggi, piuttosto che sforzarsi di rispondere alla domanda su quali siano stati i processi formativi di determinate consuetudini e se esistano oggi «processi analoghi a quelli che, prima del diritto formalmente stabilito, ponevano in essere le norme consuetudinarie»⁸.

Sono queste ultime le domande che sollevano un vero interesse per il diritto consuetudinario e la risposta sorprendente che Fuller fornisce in questo saggio è che vi è sempre una ragione interazionale alla base del processo di formazione delle norme consuetudinarie, nel senso che la finalità di tali norme è di organizzare e di favorire l'interazione tra gli uomini. Per sostenere tale posizione il filosofo americano fa continui ricorsi alla letteratura sociale e antropologica e prova a rispondere a due principali obiezioni che spesso vengono mosse a questo tipo di interpretazione.

Prima di tutto, egli mette in discussione l'obiezione di quanti ritengono «che il diritto consuetudinario delle società primitive può formulare norme che non hanno a che fare con l'interazione fra gli uomini»⁹ ma che coinvolgono spiriti e divinità, dimostrando come anche in quest'ultimo caso le azioni degli uomini nei confronti delle forze soprannaturali abbiano una fortissima ricaduta sul rapporto con gli altri individui della comunità. In secondo luogo, Fuller, sottolineando come ogni ritualità che caratterizza il diritto consuetudinario soddisfi proprio lo sviluppo di aspettative stabili, critica chi sostiene che una concezione del diritto consuetudinario come linguaggio di interazione sia «un po'

⁷ La ragione di ciò, secondo l'autore, è anche di tipo semantico, poiché la stessa espressione diritto consuetudinario provoca immediatamente in chi usa il termine il riferimento al concetto di abitudine. Cfr. L.L. Fuller, *supra*, 16. Tutte le citazioni del testo di Fuller, *Human Interaction and the Law*, 1981, sono tratte dalla traduzione italiana presente in questo numero della Rivista: cfr. L.L. Fuller, *supra*, 13-48.

⁸ L.L. Fuller, *supra*, 17.

⁹ *Ivi*, 18.

troppo razionalistica ed attribuisca al diritto consuetudinario un'attitudine funzionale, una finalità così trasparente, che è ben lontana dalla consuetudine primitiva»¹⁰. Il che significa, ancora una volta, ribadire che il diritto consuetudinario, al di là degli stereotipi e delle semplificazioni a cui spesso viene sottoposto, va inteso secondo Fuller come *un sistema di gestione delle interazioni* in grado di organizzare le relazioni tra individui.

La natura interazionale del diritto è altrettanto riconoscibile quando l'autore passa ad analizzare il *contract law*, definito anch'esso «come uno dei mezzi idonei a fondare «stabili aspettative interazionali»»¹¹. Il contratto, infatti, viene equiparato da Fuller ad una vera e propria *legge* «che le parti stesse pongono in essere col loro accordo», allo stesso modo in cui il diritto consuetudinario dà vita ad alcune leggi che vigono tacitamente, come una sorta di «diritto muto» tra gli individui¹². L'unica differenza tra i due tipi di diritto è che nel diritto consuetudinario «le aspettative legate all'interazione sono create dalle parole, nell'altro, dalle azioni»¹³. Eppure, aggiunge Fuller, questa differenza mantiene perlopiù una funzione didascalica, dal momento che anche il contratto, anziché descrivere dettagliatamente i rapporti di relazione tra gli individui, contribuisce prevalentemente a costruire una cornice entro la quale tali rapporti si svolgono.

Anche l'opinione che vede nel diritto consuetudinario qualcosa di riferibile ad un insieme di persone e il *contract law* coinvolga solo le parti che firmano il contratto, è per Fuller una tesi fuorviante. La dimostrazione di ciò diventa evidente, allorché si pensa che la stragrande maggioranza dei contratti sottoscritti «è prestampata, preparata da una delle parti per la realizzazione dei suoi interessi ed imposta all'altra parte sulla base del «prendere o lasciare»»¹⁴, il che vuol dire che non nasce esclusivamente dall'interazione tra gli individui in un determinato momento, ma dalla prassi che precedentemente è stata seguita da altri nella redazione dei contratti.

Un'altra apparente distinzione tra diritto consuetudinario e *contract law* sembra quella per cui un contratto comincia ad essere efficace immediatamente, «oppure quando le parti decidono che lo diventi, mentre la consuetudine diventa legge solo attraverso una pratica osservata nel tempo»¹⁵. Anche tale differenza sta più sulla carta che non nella pratica, dato che, sostiene Fuller, solo un'errata considerazione del diritto consuetudinario può far credere che esso entri in vigore nel tempo, mentre vi sono molti casi in cui «esso può sorgere quasi dalla sera alla mattina». Tuttavia, anche a voler prendere sul serio tali differenze, per l'autore rimane ugualmente valido ciò che egli intende dimostrare, vale a dire che entrambi questi tipi di diritto rispondono all'esigenza di codificare un linguaggio d'interazione.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ivi*, 25.

¹² Sul tema in questione e sul «diritto muto» cfr., tra gli altri, nella letteratura accademica italiana, Rodolfo Sacco, 2015.

¹³ L.L. Fuller, *supra*, 26.

¹⁴ *Ivi*, 29.

¹⁵ *Ivi*, 30.

E il diritto formalmente emanato soddisfa tale esigenza, riesce a realizzare e a favorire l'interazione? Detto nei termini di Fuller, «si può considerare il diritto formalmente emanato come dipendente dallo sviluppo di “stabili aspettative interazionali” fra legislatore e cittadino?»¹⁶. E ancora, esso «realizza la finalità di regolare e di favorire le interazioni dei cittadini fra di loro?»¹⁷. La risposta di Fuller è molto netta in proposito e si può riassumere come segue: o il diritto legislativo riesce ad andare incontro e a realizzare le aspettative degli individui, favorendo le relazioni tra i cittadini, oppure è destinato a generare insoddisfazione tra di essi.

Perciò, bisogna abbandonare le concezioni del diritto che lo definiscono un sistema di controllo sociale o, peggio ancora, un mezzo per imporre una determinata moralità in qualche ambito, poiché un tale atteggiamento non fa altro che seminare sfiducia nei confronti del diritto formalmente emanato, mettendo in crisi gli ordini politici. In tal modo, «la legge non invita il cittadino ad interagire; la legge agisce al di sopra di lui» e il diritto viene erroneamente posto in essere per un esercizio di autorità, piuttosto che per favorire l'interazione di aspettative reciproche. Tale maniera di concepire il diritto legislativo, ad avviso di Fuller, non può che generare scontento tra gli individui, a differenza di quanto può fare un diritto legislativo finalizzato a garantire il «principio di interazione tra i cittadini».

Se ciò appare evidente soprattutto nel campo del diritto dei contratti, del diritto di proprietà e del diritto di famiglia, il principio di interazione tra i cittadini può essere altrettanto applicabile anche nell'ambito del diritto penale, per quanto in prima battuta, dice Fuller, si possa essere portati a pensare il contrario. A tal proposito, il filosofo americano prende in considerazione una delle norme giuridiche principali del diritto penale, ossia quella che proibisce l'omicidio, con l'obiettivo di dimostrare che una concezione del diritto basata sull'interazione trovi un contesto ugualmente adeguato in questo delicato contesto.

Verosimilmente, sostiene Fuller, «l'omicidio è proibito perché è ingiusto, non perché la minaccia di esso possa ridurre la potenziale ricchezza delle relazioni fra gli uomini»¹⁸. Eppure, studiare tale fenomeno in una prospettiva storica aiuta a comprendere tale norma sotto una luce inedita:

Un membro della famiglia A uccide un membro della famiglia B. In una società primitiva, la naturale risposta a questo atto consiste, per i membri della famiglia B, nel cercare di vendicarsi contro la famiglia A. Se a questa vendetta non sono fissati limiti, può scoppiare una guerra mortale fra le due famiglie. Di conseguenza, si è diffusa, in molte società primitive, una norma per cui, nel caso in esame, la vendetta di sangue da parte della famiglia B deve essere limitata ad una sola uccisione, benché si ritenga che la famiglia offesa abbia titolo, come se fosse di diritto, a questa sorta di controuccisione. Uno sviluppo normativo più recente proibirà di solito la vendetta di sangue e richiederà invece un risarcimento sotto forma di

¹⁶ Ivi, 32.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

«moneta di sangue» da pagare per un omicidio. In tal caso, evidentemente, la legge che punisce l'omicidio serve a regolare l'interazione e, magari, a favorire l'interazione ad un livello più vantaggioso, per tutti gli interessati, della catena di omicidi e contro-omicidi¹⁹.

Presentata in questo modo, dunque, anche la norma che proibisce l'omicidio sembra essere nata per garantire un'interazione più vantaggiosa tra gli individui piuttosto che per realizzare un astratto fine morale, il che, peraltro, avvicina l'interpretazione avanzata da Fuller ad alcuni esponenti dell'analisi economica del diritto.

Una volta sostenuto che una concezione del diritto basata sull'interazione può essere applicata in tutti i suoi diversi rami, Fuller passa ad affrontare l'altro importante requisito – di natura più politica – che il legislatore deve soddisfare, dal quale è possibile trarre alcuni spunti di riflessione sull'attuale crisi degli ordini politici democratici. Tale requisito consiste nella capacità del diritto formalmente emanato di creare stabili aspettative relazionali fra legislatore e cittadino: così come il legislatore si aspetta che il cittadino rispetti le leggi da lui approvate, allo stesso modo anche il legislatore deve attenersi alle leggi che ha promosso, pena l'inefficienza e il declino dell'intero sistema.

Questo è, dunque, uno dei principi fondamentali che ogni legislatore deve soddisfare e che apre il campo anche ad un altro tipo di considerazione riguardante più direttamente la *certezza del diritto*²⁰. Se, infatti, le leggi vengono cambiate velocemente dal legislatore o dal governo ogniqualvolta gli convenga, non si daranno più le «stabili aspettative interazionali» tra cittadino e legislatore. Di conseguenza, il cittadino non si fiderà più del legislatore e ciò potrà creare un cortocircuito nel sistema politico.

Tuttavia, andando oltre Fuller, questo problema rimane difficilmente superabile per ogni diritto formalmente emanato in un ordine democratico, poiché risulta nei fatti impossibile richiedere al potere legislativo di non modificare o di non abrogare le leggi qualora lo ritenga opportuno. Sarebbe complicato immaginare una norma di qualunque natura che impedisca al legislatore di modificare una legge per una certa quantità di tempo, cosa peraltro non prevista da nessuna Costituzione. È, infatti, connaturato ad ogni produzione del diritto per via legislativa una «certezza del diritto di breve durata»²¹ (per dirla con Bruno Leoni), proprio perché l'opportunità da parte del potere legislativo di modificare di volta in volta la legislazione vigente è il cuore di ogni democrazia. Peraltro, è questa anche la ragione per cui un autore come Friedrich Von Hayek²², dopo averlo fortemente criticato, riconosce una certa importanza al sistema di produzione del diritto

¹⁹ Ivi, 33.

²⁰ Che il diritto sia *certamente* da intendersi come tale è tema sostanziale della certezza, oggettivamente intesa. Ma ciò rimonta a un chiarimento circa l'analisi della struttura di una norma: è certo che sia giuridica solo perché lo indica il suo far parte di un sistema normativo o, se siamo a Fuller, perché se ne può certificare la (socio)genesi interazionale? Come si presenterebbe un diritto «interazionalmente» certo? Tale questione non viene sollevata da Fuller nel saggio tradotto e, in questa sede, ci si limita a segnalare che la risposta a tali domande non è secondaria per la sostenibilità di una concezione del diritto come interazione.

²¹ Cfr. B. Leoni, 1994.

²² Cfr. L.V. Hayek, 1994, 114.

per via legislativa, il quale assicurerebbe nel momento del bisogno e in situazioni straordinarie di poter cambiare le leggi velocemente. Il che equivale a dire che potenzialmente il diritto formalmente emanato va sempre incontro a tale pericolo, mettendo a rischio le «stabili aspettative interazionali» tra cittadino e legislatore²³.

Ed è verosimilmente per questo motivo che Fuller, nella parte finale del saggio, dopo aver analizzato il diritto formalmente emanato, fa un esplicito riferimento ad una quarta tipologia di diritto, ossia al *common law*. Quest'ultimo, dice Fuller, «affonda le sue radici nell'interazione fra gli uomini molto più del diritto legislativo»²⁴, sia perché ha la capacità di rendere più stabili le aspettative interazionali, sia perché il diritto legislativo registra una difficoltà strutturale nel cogliere in anticipo «le varie situazioni di interazione che possono ricadere nell'ambito di una norma preformulata»²⁵.

Per ciò che riguarda il primo punto, il *common law* sembra più attrezzato a garantire «una certezza del diritto a lungo termine» (per usare sempre il linguaggio di Leoni), perché il cambiamento nel modo di giudicare le stesse fattispecie è sicuramente più lento e non soggetto agli immediati mutamenti politici. Per quanto riguarda, invece, la seconda questione, è altrettanto innegabile, secondo Fuller, che un sistema di *common law* è in grado «di modellare e rimodellare le sue prescrizioni a seconda delle configurazioni che la vita proietta nel processo»²⁶:

Quel che al *common law* manca in termini di chiara preformulazione – sostiene Fuller – è forse più che compensato dalla sua capacità di riplasmare e di riformulare le sue norme alla luce delle situazioni che realmente si presentano in sede decisionale. Il *common law* risulta, dunque, un complesso amalgama di tipologie giuridiche, una mistura di diritto legislativo esplicito come di taciti accomodamenti propri del diritto consuetudinario, talora capace di esprimere le caratteristiche più apprezzabili di entrambi i sistemi e capace, ma raramente, di mostrarne le meno apprezzabili²⁷.

In definitiva, in questo scritto Fuller sembra affermare una certa superiorità dei sistemi di *common law* rispetto a quelli di diritto legislativo, nonostante sia altrettanto convinto che un diritto formalmente emanato in grado di rendere operativa la natura interazionale del diritto sia una forma di produzione di esso del tutto legittima ed efficace.

Ed è probabilmente quest'ultima la lezione più attuale che il saggio di Fuller suggerisce, vale a dire che se il diritto, in particolare quello formalmente emanato, non riesce a regolare e a favorire l'interazione tra i cittadini cercando di soddisfare le loro aspettative, allora i sistemi giuridici e politici rischiano di essere considerati strumenti

²³ D'altronde già in *the Morality of Law* Fuller – per ovviare a tale problema – aveva inserito tra gli otto requisiti della moralità interna del diritto quello di restare quanto più è possibile costante nel tempo.

²⁴ L.L. Fuller, *supra*, 37.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ivi*, 38.

puramente coercitivi. Peraltro, ciò è tanto più vero se si pensa alla crisi in cui versano le democrazie contemporanee, in cui il senso di sfiducia verso le istituzioni politiche deputate a produrre diritto nasce perlopiù dalla percezione della loro incapacità a rispondere efficacemente alle richieste dei cittadini. In tal modo, il diritto viene percepito come uno strumento di controllo sociale o come un mezzo per governare, piuttosto che come un tramite per favorire le interazioni tra gli individui e le loro aspettative.

Verosimilmente la riscoperta di un diritto interazionale a tutti i livelli può essere una delle vie da battere per restituire fiducia e credibilità agli ordini politici, dato che, «se si accetta l'idea per cui la finalità centrale del diritto è di offrire linee-guida all'interazione fra gli uomini, allora si chiarisce la ragione per la quale l'esistenza del diritto formalmente emanato come sistema effettivamente funzionante dipende dall'instaurarsi di stabili aspettative interazionali fra legislatore e cittadino»²⁸.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

CALLEGARI Alessandra, 2013, *Liberalismo, Rule of Law. Il diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*. Aracne, Roma.

DAL BROLLO Alessandro, 1986, *La moralità del diritto: assiologia e diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*. Bulzoni, Roma.

FULLER Lon Luvois, 1964, *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press.

FULLER Lon Luvois, 2016, *Scritti sulla certezza tra teoria e passi del diritto*, a cura di A. Porciello. Edizioni ETS, Pisa.

HAYEK, Friedrich A. von, 1994, *Legge, legislazione e libertà*. Il Saggiatore, Milano.

LEONI Bruno, 1994, *La libertà e la legge*. Liberilibri, Macerata.

PORCIELLO Andrea, 2016, *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla «Jurisprudence» di Lon L. Fuller*. Edizioni ETS, Pisa.

PORCIELLO Andrea, 2017, «L'idea di diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy». In *Diritto & questioni pubbliche*, n.1, 329-349.

SACCO Rodolfo, 2015, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*. Il Mulino, Bologna.

²⁸ Ivi, 35.

SCIURBA Alessandra, 2009, «Il Rule of law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller». In *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 9, 701-42.

NICHILISMO GIURIDICO? UNA SFIDA AL DIRITTO*

VITTORIO POSSENTI**

Abstract: the paper reflects on the phenomenon of legal nihilism and its consequences on the law. According the author, legal nihilism is considered an important expression of European nihilism which undermines the specific nature of law, turning it towards «the will of the strongest» and breaking down its links with reason and justice. Opposing this perspective, this article tries to support the idea that the concepts of human nature, person and reason are the true sources of law.

Keywords: legal nihilism – legal positivism – natural law – personalism – European nihilism

1. Inizio con qualche parola di autopresentazione: ho insegnato filosofia morale e filosofia politica, inoltre ho scritto non poco di metafisica. Pur non essendo un giurista, da un certo momento in avanti del mio cammino di ricerca mi sono sentito attratto dal perenne e grandioso fenomeno del diritto, che attraversa tutte le epoche e tutte le civiltà. Ho deciso di dedicare un lavoro alla questione del nichilismo giuridico ossia alla presenza del nichilismo nel campo del diritto: ne è nato il volume *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?* (Rubbettino 2012). Dovendo procedere a collocarmi nel campo del diritto, dirò che sono un giusnaturalista o meglio un giuspersonalista, ed insieme un «positivista critico» nel senso che cerco di mantenere aperta la polarità tra diritto positivo e diritto naturale, evitando le soluzioni moniste. Non mi ripropongo ora di presentare il tessuto del volume; mi limiterò a riflettere su alcuni elementi del diritto che cerca di resistere all'attacco del nichilismo.

Diverse strade possibili: una è riflettere sui concetti di diritto e di legge, mostrando la maggior complessità del primo.

* L'articolo pubblicato corrisponde al testo di un intervento svolto a Cagliari il 13 dicembre 2012 per l'Unione Giuristi Cattolici Italiani.

** Vittorio Possenti, Professore emerito di Filosofia politica SPS/01, Università Ca' Foscari di Venezia. Email: possenti@unive.it

2. *Situazione del diritto positivo.* Tra i fini principali del diritto si annoverano la lotta contro i mali della società, in primo luogo l'ingiustizia, e la ricerca e promozione del bene umano. I motivi per cui nelle società multiculturali il diritto statuale assume nuovo rilievo dipendono dal venir meno o dall'attenuarsi di un complesso di valori morali condivisi: si ricorre al diritto quasi come all'unico medium comune fra culture e famiglie spirituali diverse, che pur devono convivere. Conseguentemente sul diritto (positivo) gravano istanze nuove rispetto al passato proprio nel momento in cui esso, ponendosi come originato contrattualmente e sviluppato proceduralmente, avanza separando le questioni di validità formale delle procedure con cui viene prodotto da quelle di contenuto.

Due fenomeni alti attirano la nostra attenzione: la globalizzazione giuridica che inserisce il diritto in tutti gli snodi vitali della società e lo proietta in una dimensione planetaria e «sconfinata» perché al di là dei confini statuali nazionali, e la crescente dinamica di «giuridificazione del mondo», ed in specie della vita, che procede a velocità accelerata. Accade che campi una volta sottratti al diritto positivo stiano viepiù rientrando sotto la sua regia, col corollario che crescono tanto il disciplinamento sociale di materie prima lasciate all'autonomia individuale, quanto il numero di fattispecie giuridiche prima assenti. Ciò produce un'enorme dilatazione del materiale normativo, che è uno degli aspetti più appariscenti della situazione del diritto e della legge nella contemporaneità: il processo comporta una «*law-saturated society*, [in] una società strapiena di diritto, di regole giuridiche dalle provenienze più diverse, imposte da poteri pubblici o da potenze private...»¹. Viviamo da tempo in una società sovraccarica di leggi e regolamenti sempre più intricati.

Aumenta la complessità che il diritto è chiamato a regolare e organizzare in ragione della crescita delle conoscenze, dei rapporti sociali di ogni genere, delle informazioni, degli scambi economici, delle attese e pretese. Diffusa è l'idea che la modernità e la postmodernità si identifichino in base alla differenziazione funzionale dei principali sistemi sociali: economia, politica, etica, diritto, scienza, con la difficoltà di garantire legittimi domini di autonomia e insieme la possibilità di intercomunicazione tra loro. Il rapporto tra Diritto e Tecnica (in specie biotecnologie) costituisce l'ambito più nuovo e complesso dell'intensa penetrazione del diritto: pensiamo al processo di crescente giuridificazione del *bios*, del mondo della vita col biodiritto.

Divenendo un settore funzionale della società complessa, il diritto si lascia alle spalle le fondamentali forme di relazione genetica da cui proveniva: natura, ragione, religione, e come «diritto positivo» si fonda solo su se stesso, senza chiedere ad altre sfere della vita un aiuto. Si considera totalmente autonomo, e quindi «autopoietico», capace di autocostruirsi perché appunto autofondato. Il diritto, che da un lato si ipertrofizza estendendosi ad ogni ambito della vita, è quello stesso diritto che non sapendo da dove proceda e di quali istanze sia portatore, si fa contingente e flessibile, aperto a molte soluzioni, in rapporto alle variabili maggioranze parlamentari in cui si ritiene risieda un

¹ S. Rodotà, 2009, 9.

enorme potere di produzione legislativa. Con l'affermarsi del primato della deliberazione politica va di conserva la separazione tra validità formale del diritto (ossia delle procedure attraverso cui viene prodotto) e problema della verità e giustizia del suo contenuto.

Il clima culturale della postmodernità influisce sul diritto in maniera notevole. Nel postmodernismo giuridico il diritto è liquido, si muove in tante direzioni, si lascia aperte tutte le possibilità, non desidera assumere un'identità precisa, ma è mutevole, a geometria variabile. Anche per questo l'idea stessa di un diritto «naturale» che valga di per sé gli è ostica. Siamo postmoderni perché diciamo: va dove ti porta il «diritto» del momento! Nell'età di un «divenirismo» in cui tutto si trasforma, anche il mondo del diritto diventa contingente, non riposa su alcunché di stabile, ma si presta a governare la dialettica sociale facendosi lui stesso variabile: ciò lo conduce ad un eccesso di possibilità che vanno volta per volta decise dal potere o dalla volontà fattualmente in vigore. Noi tendiamo ad istituire il diritto come forma e «tecnica» (sociale), «autonomizzandolo da ogni fondamento e subordinandolo esclusivamente alla forma: è legale non ciò che è buono, giusto, ecc. ma solo ciò che è conforme alla legge, e la legge, a sua volta, si distingue dalle altre regole sociali per la forma generale e astratta delle sue prescrizioni e per la legittimazione formale di chi la pone»².

3. *Sul nichilismo giuridico.* Il nichilismo giuridico, espressione rilevante del nichilismo europeo, è un ospite inquietante che bussa alla porta, insidiando la natura stessa del diritto, volgendolo verso la volontà più forte e scindendone i legami con la ragione e la giustizia. Nel dialogo monacense tra Habermas e Ratzinger (2004) la questione è emersa almeno indirettamente per impulso di Ratzinger, che domandava se non esista qualcosa che non può mai diventare diritto.

La prospettiva che ho cercato di elaborare nel libro individua un luogo centrale del nichilismo occidentale nel *positivismo giuridico assoluto*, che trae origine da Nietzsche, e poi in vario modo da Weber e in specie da Kelsen. Secondo Nietzsche non esiste nulla che sia giusto o ingiusto in sé, ma il giusto e l'ingiusto prendono vigore solo dopo la statuizione della legge positiva, e questo è ciò che deve valere come giusto o ingiusto sino a quando una nuova decisione positiva stabilisca una diversa distribuzione del giusto e dell'ingiusto. Successivamente Kelsen, azzerando l'idea stessa di ragion pratica – che è ragione ad un tempo conoscitiva e normativa – ha proceduto a togliere al diritto ogni razionalità, finendo per corrompere lo stesso carattere centrale della scienza giuridica. La corruzione consiste nel fatto che nella kelseniana dottrina pura del diritto non è possibile valutare il contenuto delle leggi positive, che in linea di principio possono stabilire qualsiasi cosa, purché sia stata rispettata la procedura.

Il nichilismo ed i suoi adepti si adoperano attivamente per introdurre una nuova comprensione della legge e del diritto. Ciò accade nell'epoca in cui si fa più forte

² M. Barcellona, 2006, 31.

l'affidarsi al diritto come a fondamentale istanza inclusiva e «collante» che possa tenere insieme le attuali società fortemente pluralistiche e secolarizzate.

Il tema del nichilismo giuridico implica l'elaborazione di risposte a domande del tipo: che cos'è il nichilismo giuridico e quali categorie occorre mettere in azione per intenderlo? Come è sorto? Quali i suoi antefatti e quali i suoi esiti? Da oltre 150 anni il pensiero europeo ha messo in atto alcune diagnosi fondamentali sul nichilismo che portano i nomi di Nietzsche, Heidegger, Sartre, Schmitt, Jünger, Severino, ma che risultano tra loro molto lontane: avvertono l'imponenza drammatica del tema, non riescono a trovare risposte paragonabili. Anche la grande tradizione della filosofia dell'essere e del realismo, che si distende dalla grecità attraverso lo snodo fondamentale di Tommaso d'Aquino sino al XX secolo (Maritain, Gilson, Fabro), non potrebbe risultare assente in questa contesa straordinaria in cui ne va della comprensione di noi e della realtà. Dare voce a tale tradizione è quanto ho cercato di fare nel volume *Nichilismo e metafisica. Terza navigazione* (Armando 2004, 2° ed.), elaborando una ricerca sulla natura e l'origine del nichilismo teoretico e dell'antirealismo che sono al centro della deriva nichilistica e dunque anche del nichilismo giuridico. Nella svolta nichilistica le categorie centrali di *essere, unità, verità, scopo* non hanno più contenuto: non esiste più alcuna verità, unità, scopo, alcun «mondo vero» oltre l'eternità di un divenire senza senso e senza fine.

La vicenda del nichilismo giuridico si colloca entro questa vicissitudine epocale, in cui nichilismo significa che non si dà alcun diritto che sia giusto in sé e misurato dal diritto naturale. Conseguentemente la scelta è a favore del monismo giuridico, nel senso che tutto il diritto è positivo, posto (*positum*) da una volontà orientata assolutamente alla decisione (decisionismo giuridico e politico), in cui si esercita lo scontro tra singole volontà in lotta per il potere. Nel nichilismo giuridico si manifesta la vittoria del positivismo giuridico assoluto, che separa problema del diritto e problema della giustizia, identifica *loi* (positive) e *droit*, sostenendo che *niente* si può *contro* la legge, ma *tutto* si può *con* la legge, dal momento che questa può avere qualsiasi contenuto.

Nel nichilismo giuridico assistiamo all'eclissi del Diritto ed alla egemonia della Legge e del potere legislativo. La legge, diventando l'espressione della volontà dello Stato, può lasciare fuori la voce del Diritto. Ogni monismo è un assolutismo: la storia concreta del diritto è una storia di dualismi, il monismo conduce alla sopraffazione

Nell'ideologia del positivismo giuridico la sola fonte del diritto è la legge, ma nello stesso tempo nel '900 si è riscoperto il concetto di ordinamento³, ed il valore ordinativo del diritto in rapporto alla realtà sociale, di modo che tutto il diritto non può essere inglobato nello Stato. Si esce così da quanto P. Grossi ha chiamato lo «statalismo giuridico», essere cioè la legge soltanto la volontà del titolare del potere supremo⁴.

³ Cfr. S. Romano, 1918.

⁴ P. Grossi, 2012, 6.

Diritto come ordinamento significa che la genesi del diritto è dal basso, di modo che il diritto appare quasi come espressione ed organizzazione della realtà sociale.

Nel nichilismo giuridico il diritto diventa dunque legalità positiva. Tale svolta implica l'esclusione di ogni ordinamento reale preesistente alla decisione normativa e che questa dovrebbe rispettare, non instaurandolo ma restaurandolo. Alla consegna del diritto alla volontà che non riconosce criteri esterni a se stessa, consegue che il diritto nichilista esprime il linguaggio della volontà con la sua illimitatezza aperta ad ogni possibilità e ad ogni scelta che si manifestano poi nell'incessante produzione giuridica, le cui regole esistono solo perché gli uomini vogliono che esistano. Poiché la volontà degli umani vuole e disvuole, desidera e allontana, ama e odia, niente è stabile, tutto è revocabile e mutabile. Ciò che è stato posto può con pari ragione essere tolto: e là dove non vi è alcun senso autentico, vi possono essere infiniti sensi. Il senso fattualmente scelto non sarà vero e buono, ma soltanto scelto, ossia voluto ed eventualmente imposto con la violenza. Tolto il riferimento essenziale all'atto di ordinamento della ragione ed alla giustizia, il diritto difficilmente si difende dal confondersi con la violenza. Alte risuonano in proposito le celebri parole di Agostino: *Remota justitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?* (*De civitate Dei*, l. IV, c. 4).

Su una lunghezza d'onda analoga e nel contempo radicalizzata si pone A. Camus, secondo il quale il nichilismo conduce a legittimare l'omicidio: «Così da qualunque parte ci si volga, al cuore della negazione e del nichilismo l'omicidio ha un suo posto privilegiato»⁵.

Viceversa essere antinichilisti significa che esiste qualcosa che non può mai diventare diritto, anche se votato da una maggioranza. In tale prospettiva, elaborata dalla tradizione e tuttora presente, natura umana, persona e ragione risultano le vere fonti del diritto, per cui l'incontro tra filosofia greca e diritto romano, catalizzato dal cristianesimo, ha costituito la base del pensiero giuridico occidentale dal Medioevo all'Illuminismo e alla Dichiarazione universale del 1948. A partire dal XIX secolo e in varie ondate sino ad oggi i fondamenti della civiltà giuridica sono stati fortemente scossi dall'obiezione positivista, che intende apertamente porsi come unico fondamento comune per la formazione del diritto. Per una parte considerevole del XX secolo però un argine importante al nichilismo è provenuto dal *giuspersonalismo* che riconosce nella persona umana la sorgente ultima del diritto inteso non come qualcosa che muta secondo le pulsioni anarchiche dell'io, ma come l'espressione fondamentale di quanto è dovuto alla persona umana come tale: questo è il suo diritto⁶.

⁵ A. Camus, 1972, 8.

⁶ Il *giuspersonalismo* è una prosecuzione aggiornante della grande scuola del giusnaturalismo classico che ha largamente elaborato la questione della legge morale naturale e del diritto naturale. Esso apre al discorso sui diritti e doveri umani. Nel giusnaturalismo e giuspersonalismo vedo una funzione positiva di garanzia della persona, e nel diritto naturale un argine contro il volontarismo che fa appunto della legge un'espressione di mera volontà.

In tal modo l'intero ambito del diritto positivo è riferito alla persona ed ai diritti e doveri fondamentali che ne promanano: *ubi persona et societas, ibi jus*. L'espressione che la persona è il diritto sussistente e dunque l'essenza del diritto, proviene da Rosmini (cfr. *Filosofia del diritto*), ed è al centro di un giusnaturalismo che si può anche nominare giuspersonalismo. Il personalismo del XX secolo ha operato in senso antinichilistico in campo giuridico e politico, ottenendo risultati considerevoli a livello di Carte costituzionali e di una sensibilità giuridica diversa in cui il concetto di persona ha spesso preso il posto della nozione di soggetto giuridico astratto.

Nel giuspersonalismo la *lex posita* non può risultare dall'arbitrio del legislatore ma deve includere un'eticità sostanziale di rispetto dei rapporti reali nel mondo della vita; deve essere un atto di ordinamento razionale, non un atto di disordine, di ingiustizia o di creazione di un ordine astratto. In tal senso il diritto include necessariamente una valenza morale concernente il bene ed il male: non c'è diritto autentico senza etica, elementi di valutazione morale devono essere inclusi nel concetto di diritto (R. Alexy). In sostanza siamo al polo opposto rispetto alla posizione kelseniana secondo cui il diritto può ospitare qualsiasi contenuto. Viceversa diritto e giustizia non sono a disposizione del legislatore, e legge positiva e diritto non coincidono.

4. È dunque corretto ritenere che nel nichilismo giuridico l'idea stessa di ordine interno alla realtà è negato. Il diritto prima di essere norma astratta è atto di ordinamento della vita sociale ed elemento che si cala dentro lo spessore della vita reale.

Possiamo dunque sostenere che la nozione di ordine e di ordine giuridico e quella di nichilismo giuridico si escludono mutuamente. Parlare di ordine giuridico significa in sostanza avvertire che il diritto si fonda su un ordine non soltanto esclusivamente mobile e creato ad ogni momento dalla volontà umana, ma su un ordine che affonda le sue radici ultime nella vita e nell'essere. In senso analogo procede Paolo Grossi nella sua feconda ricerca sull'ordine giuridico medievale. Parlando della società medievale la cui cifra ultima sta nel diritto, aggiunge: «Un ordine che non si lascia scalfire dagli episodi grandi e piccoli della vicenda storica, perché si colloca al di là del potere politico e dei suoi detentori, svincolato dalle miserie della quotidianità, collocato sul terreno fondo e sicuro delle radicazioni supreme e dei valori. Un valore immanente – la natura delle cose, un valore - trascendente – il Dio nomoteta della tradizione canonica, l'uno in assoluta armonia con l'altro secondo i dettami della teologia cristiana, costituiscono un *ordo*, un *ordo juris*»⁷. Il focus della ricerca di Grossi sull'epoca medievale non è il nichilismo, che è tema moderno e postmoderno; tuttavia le categorie sviluppate nella ricerca sul medioevo risultano in vari casi singolarmente in grado di «spiegare» il nichilismo giuridico contemporaneo. Nei lavori di Grossi, storico del diritto, trovo la diversità tra legge e diritto e l'antiorientamento del secondo, l'avversione al monismo giuridico ed al positivismo kelseniano, l'importanza

⁷ P. Grossi, 2010, 14.

delle formazioni sociali intermedie, l'elaborazione del concetto di ordine, che risultano nuclei importanti per delineare il nichilismo giuridico.

Un altro tema di rilievo, proprio della tradizione positivista, è di intendere diritto e legge come identici ed appartenenti entrambi all'ambito del positivo. Ma se si allarga il quadro dell'analisi e si procede oltre la tentazione nichilistica, è agevole percepire come il concetto di diritto sia molto più complesso, difficile da determinare e delicato di quello di legge. Il positivismo giuridico radicale sclerotizza il diritto in legge, e non trova più il cammino per percepire che nella realtà sociale è possibile trovare uno spazio privo di leggi, ma mai uno spazio privo di diritto.

Rimane importante la domanda sull'impatto che il nichilismo giuridico esercita non solo e non tanto nella prassi giuridica, ma nella concreta vita vissuta e nel costume della nostra società.

Enumero un insieme di fenomeni presenti nella cultura diffusa e nel costume nei quali sembra riflettersi un certo influsso di moduli nichilistici, che non si esprimono forse con la drastica secchezza di una posizione teorica netta, ma che nondimeno sono attivi. Dapprima il sentimento che la legge possieda un carattere pattizio e convenzionale in cui non si esprime una situazione reale ma l'esito di un accordo che avrebbe ben potuto essere diverso. Ciò significa che sempre di più si chiede alla legge di concedere autorizzazioni, di permettere, più che di indirizzare verso la vita buona. A sua volta questo aspetto implica che sia svanito l'elemento pedagogico della legge civile, a cui appunto non si domanda un indirizzo ma una quota crescente di permessi, autorizzazioni e «diritti». Conseguentemente aumenta l'area del convenzionale e diminuisce ciò che vale per natura. In questo processo esercita un impatto decisivo la potenza della tecnica che mettendo a disposizione possibilità quasi illimitate di intervento e manipolazione, inclina a ritenere che il fattibile tecnicamente sia ipso facto lecito moralmente. Tende perciò a prevalere il funzionalismo che dice: magari non è lecito, però funziona, ed evviva l'efficacia. In sostanza nel costume e nella cultura si osserva lo sfumarsi crescente della differenza tra diritto e pretesa; ed anche il tentativo di allargare l'area dei diritti con un ricorso estremo ai criteri di uguaglianza e non-discriminazione.

Del carattere convenzionale del diritto è testimonianza una posizione estrema, sinora marginale ma che qua e là viene teorizzata. Essa dice che ciascuno potrebbe creare il suo proprio diritto in base al semplice atto della sua volontà infinita e insindacabile.

5. *Positivismo giuridico radicale e nichilismo giuridico.* Il nichilismo giuridico fa parte a pieno titolo del grande movimento nichilistico che ha investito da quasi due secoli il pensiero occidentale, particolarmente europeo, e che nelle sue basi ultime non è ancora risolto: la crisi che toccò il suo apice nella prima metà del XX secolo col positivismo giuridico assoluto, per il quale il Diritto era nient'altro che l'espressione della volontà più poderosa al potere (vedi il caso paradigmatico dei totalitarismi), è meno grave di un tempo, ma non è sanata.

Il diritto positivo, sciolto dal nesso col diritto della persona, si pensa secondo i caratteri della totale artificialità, come forma procedurale, come razionalità solo logico-formale, prossimo a diventare tecnica: *poiein* non *prattein*, mentre il quadro essenziale del diritto come scienza umana è quello dell'*agire/praxis*, non del fare/*techne*. Lo stesso primato della forma e della dogmatica formale è un'enorme illusione, poiché tale primato, all'insegna della mera coerenza logica, non include alcun criterio di verità e ci lascia senza alcuna bussola.

Orbene nell'epoca della ideologia della tecnica che si pensa come volontà di potenza e che vuol essere mezzo per ogni possibile scopo, giunge a compimento l'assunto che la Legge e il Diritto provengano dalla potenza e possano ospitare qualsiasi contenuto. L'espressione di Kelsen che «il diritto può avere qualunque contenuto» è tragica manifestazione di nichilismo giuridico, in quanto ultimamente affida l'esistenza politico-giuridica al potere e alla forza, e cede ad una legalità formale, dimettendo la giustizia⁸. Così vengono resi giuridici i poteri vincenti e i fatti più forti, nell'indifferenza alla vita degli uomini e ai loro rapporti. Il diritto si frantuma in mille rivoli, si subordina alla tecnica e al formalismo delle procedure, che in quanto tali sono cieche rispetto ai contenuti e possono accoglierli tutti: il diritto vale come forma vuota che può essere riempita di qualsiasi istanza.

Prendiamo le mosse da due domande essenziali: a) esiste un diritto/*jus* ed una *justitia* fondati nella ragione e nella persona umana, oppure abbiamo a che fare soltanto con leggi, norme, codici arbitrari nel senso che il loro essere e valere si riduce a venire posti da singole volontà al momento potenti? b) se così fosse, dobbiamo accettare questo stato di cose, abbandonando il diritto e la politica alla casualità, alla contingenza, alla potenza, consegnandoli alla volontà e all'arbitrio degli uomini?

Il nichilismo giuridico sussiste e si sviluppa quando si risponde negativamente al primo interrogativo e positivamente all'altro. Come già notato, nel nichilismo giuridico accade una specifica forma di oblio: oblio del Diritto e della giustizia nel loro rapporto col *logos*, e loro procedere esclusivo dalla *voluntas*, di modo che la legge di ogni tipo ed ordine non possiede altra ragion d'essere che la pura volontà del legislatore. Non esistono né giusto né ingiusto in sé, ma giusto ed ingiusto cominciano a valere solo dopo la decisione della volontà positiva del legislatore, la quale è normata solo da se stessa, e perciò può avere qualsiasi contenuto e ospitare qualsiasi scelta.

6. Se col normativismo kelseniano che trasforma il diritto da espressione della ragion pratica in statuizione imperativa da parte della sovranità vigente, si configura l'ingresso del nichilismo nel dominio giuridico, il suo preambolo sta in Nietzsche, come sopra osservato, il quale a mia conoscenza non ha fatto ricorso al lemma «nichilismo giuridico».

⁸ H. Kelsen, 1968, p. 222. Il formalismo al suo più alto grado significa completa indifferenza al contenuto.

Tanto più significativo che ne abbia indicato *ante litteram* con chiarezza meridiana il contenuto reale: «Ma l'elemento più decisivo, quel che la suprema potestà fa e attua contro la strapotenza dei sentimenti avversi e pervicaci – così fa sempre, non appena è in qualche modo abbastanza forte per questo – è la statuizione della legge, la chiarificazione imperativa di quel che deve in generale valere ai suoi occhi come permesso e legittimo e di quel che invece deve valere come proibito e illegittimo.. *Conformemente a ciò, solo a partire dalla statuizione della legge esiste "diritto" e "torto"...*Parlare in sé di diritto e torto è cosa priva di ogni senso... Un ordinamento giuridico pensato come sovrano e generale, non come strumento nella lotta di complessi di potenza, bensì come strumento *contro* ogni lotta in generale... sarebbe un principio *ostile alla vita*, un ordinamento disgregatore dell'uomo, un attentato all'avvenire dell'uomo, un indice di stanchezza, una via traversa verso il nulla»⁹. Con questa posizione Nietzsche indica senza infingimenti che nel diritto il termine giustizia è un mero suono che copre tutt'altro, e che in ogni momento può essere smascherato come portatore solo di potere. Il diritto e la legge dunque non come strada per la convivenza ma per l'esclusione.

L'affermazione di Nietzsche è la vittoria della volontà di potenza più potente, il tracollo di ogni diritto e dei diritti umani, il trionfo del paradigma della forza su quello della giustizia: il nichilismo o antiumanesimo giuridico, appunto, che fanno rientrare giustizia e diritto nell'area della potenza.

Ciò spiega anche l'idolatria della legge positiva da parte del nichilismo giuridico: niente infatti si può fare *contro* la legge, ma *tutto* si può stabilire con la legge, dal momento che questa può avere qualsiasi contenuto.

7. *Nichilismo giuridico e neocostituzionalismo*. La battaglia contro il nichilismo giuridico deve essere compiuta su vari piani, contrastando i nuclei che sono alla sua base: la poderosa divaricazione tra *ratio* e *voluntas* con la cancellazione della prima e l'enfasi sulla seconda, la distruzione dell'idea di ragion pratica, l'ingresso della legge nell'area della forza. Nel clima del nichilismo giuridico niente è stabile, tutto è revocabile, poiché nel diritto si esprime solo il linguaggio della volontà, non della ragione, e il volere è instabile. Esso come ha voluto, così disvuole e vuole altro: desidera e allontana, ama e odia, perché niente sta fermo, tutto è revocabile e mutabile. Il diritto è un contenitore che può essere riempito di qualsiasi contenuto. Ciò che è stato posto può con pari ragione essere tolto: e là dove non vi è alcun senso autentico, vi possono essere infiniti sensi. Gli stessi diritti umani sono solo editti revocabili di tolleranza. Come sono stati posti così possono essere tolti *ad nutum*. Obiettare radicalmente contro i diritti umani nel senso di ritenerli infondati, inutili, non dovuti e arbitrari è una forte manifestazione di nichilismo, contro cui si erge la Dichiarazione universale del 1948.

⁹ F. Nietzsche, 1988, II Dissertazione, 65s.

All'obiezione decostruttiva e nichilistica si oppongono varie scuole tra cui quella del «neocostituzionalismo» e quella del giuspersonalismo che forse differiscono al livello degli assunti filosofici di base, ma che in genere sono complessivamente alleate nelle questioni dei diritti umani e dei fondamenti costituzionali. Giuspersonalismo e neocostituzionalismo sono a vario titolo cognitivisti, nel senso che nel diritto vi è ragione, non solo forza, volontà, potere. Nel giuspersonalismo e nel costituzionalismo non si dà dunque quella radicale infondatezza del diritto moderno con l'artificialità, la strumentalità ed il formalismo che lo contraddistinguono. Si perviene così a sciogliere l'identità positivista tra diritto e legge per riscoprire quel lato fondamentale del diritto che non si fonda sulla forza ma guarda verso la giustizia, e perciò mantiene la differenza tra legittimità e legalità.

Il dibattito contemporaneo è attraversato in profondità dalle posizioni cui ho alluso, che occorre fare emergere e che fanno sorgere nuove e appassionate elaborazioni. Pensiamo per l'Italia a Giuseppe Capograssi con la sua ricca idea di «esperienza giuridica», e per l'ambito costituzionale a G. Zagrebelsky che esprime una posizione *neocostituzionalistica*, e per l'Europa a Robert Alexy e forse Jürgen Habermas col suo *giusrazionalismo*. Taluni autori neocostituzionalisti sostengono che le carte costituzioni contemporanee in Europa, con la loro tavola di valori fondamentali ed il richiamo forte alla dignità della persona, hanno operato una sorta di costituzionalizzazione del diritto naturale. Essi insistono nel mostrare come questa situazione del diritto presupponga una sorta di «atto di orgoglio» del diritto positivo: infatti, con la costituzione mediante cui entra in vigore il diritto positivo, si intende positivizzare ciò che nei secoli passati era appannaggio del diritto naturale. I neocostituzionalisti mettono in luce che non è possibile procedere nel diritto con una mera pregiudiziale avalutativa e formale. Non esiste il giudice che opera come *la bouche qui prononce les paroles de la loi*, e non esiste un approccio soltanto formale e scientificamente puro al diritto. Esiste piuttosto un elemento «materiale» e contenutistico del diritto nella vita sociale, per cui ci può essere uno spazio privo di leggi ma non uno spazio privo di diritto (*jus*).

Concludo spezzando una lancia in favore del neocostituzionalismo: esso intende giustamente la costituzione come norma costitutiva e forma fondamentale della convivenza sociale e politica, come un atto che crea ordine a partire dal disordine. Ciò significa antipositivisticamente che la costituzione non riposa su una suprema decisione senza scopo, e non è neppure un mero insieme di leggi poste da una volontà al momento potente, ma che è dotata di contenuti primari non modificabili. Questi contenuti si riferiscono a una dimensione materiale del diritto che non dipende dalla volontà di alcuna autorità costituzionale vigente né da contrattazioni tra parti. È quanto possiamo chiamare un livello di diritto costituzionale pre-positivo che non appartiene all'ambito della forma e della forza che la impone, ma della sostanza stessa del diritto, di un diritto contenutistico della persona indipendente da meri caratteri formali definiti positivamente. Anche per

tali motivi costituzionalismo e nichilismo giuridico abitano su monti opposti, e noi non abbiamo dubbi su quale sia la strada da scegliere.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BARCELLONA Mario, 2006, *Critica del nichilismo giuridico*. Giappichelli, Torino.

CAMUS Albert, 1972, *L'uomo in rivolta*. Bompiani, Milano.

GROSSI Paolo, 2010, *L'ordine giuridico medievale*. Laterza, Roma-Bari.

GROSSI Paolo, 2012, *Introduzione al Novecento giuridico*. Laterza, Roma-Bari.

KELSEN Hans, 1968, *La Dottrina pura del diritto*. Einaudi, Torino.

NIETZSCHE Friedrich, 1988, *Genealogia della morale*. Adelphi, Milano.

RODOTÀ Stefano, 2009, *La vita e le regole*. Feltrinelli, Milano.

ROMANO Santi, 1918, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*. Sansoni, Firenze.

SERGIO COTTA: UN CRISTIANO-CATTOLICO PENSANTE.

RICORDI E PENSIERI DI UN ANZIANO EX-ALLIEVO

PIERFRANCO VENTURA*

Abstract: Augustine, Kierkegaard, and Rosmini are three great Christian thinkers and they spangle the firmament (together with Husserl and Blondel), which led Sergio Cotta during his long intellectual itinerary. Cotta was a Christian-Catholic author capable of thinking philosophically the Truth with great sense of openness to modernity: the religious Truth of the «living God» (trinitarian and *lógos*-incarnate God); the metaphysical Truth of the Being and the Spirit (of/by Gift); the existential and co-existential Truth of Love (individual-relational one) and of History (personal, collective and eternal one).

Keywords: Agostino – Kierkegaard – Rosmini – Husserl – Blondel

1. Sergio Cotta fu un vero cristiano e un vero cattolico. Credeva, con profonda motivata convinzione personale, nella Verità cristiana e praticava la sua Fede dentro la Chiesa Cattolica Romana, intesa come universalità reale di tale Verità. Testimoniava concretamente questo suo cristianesimo cattolico nella famiglia, con un grande amore verso la moglie, i figli e i nipoti, nell'insegnamento, con una cura partecipe verso gli studenti e gli allievi, nella vita pubblica, con la presenza attiva in varie iniziative culturali, politiche e religiose, nella carità, anonima e delicata; ma soprattutto nella ricerca filosofica, con i suoi studi seri, intelligenti e impegnati, nei quali spandeva, sempre, indirettamente o direttamente, le sue pensanti convinzioni religiose e civili.

Certo, Cotta era un cristiano-cattolico *sui generis*. Piemontese e nobile di spada, dava a vedere un personale rigorismo, forse un po' giansenista e gallicano. Fu accusato di protestantismo e di kantismo; ma era solo un «modernista», consapevole cioè della «sfida secolarizzante» che la «modernità tecno-logica» lancia alla filosofia e alla religione, in special modo a quella cristiana e in un modo ancor più penetrante a quella cattolica, da sempre anti-moderna. Egli, poi, nella Resistenza anti-nazista e anti-fascista, prese le armi e combatté valorosamente. E questo, per un cristiano, in genere inerme e pacifico, è particolarmente significativo di una testimonianza «militante» della Fede professata. Un

* Pierfranco Ventura, già Professore di Filosofia del diritto IUS/20, Università di Macerata.

po' riservato, ma fu sempre rispettoso della gerarchia ecclesiastica, del Papa e delle loro parole autorevoli. Fu sempre estraneo a ogni forma di autoritarismo clericale e di intralazzi e ingerenze chiesastiche. Fu un «laico», ma non un laicista. Fu un cristiano-cattolico libero e, come detto, pensante.

Una volta mi confidò: «Mi sono fatto una ragione di tutti i dogmi e di tutti gli aspetti della Fede, anche di quelli secondari o marginali». La sua Fede cercava «l'intelletto»; egli «pensava per credere», cioè credeva il credibile a motivo della ragione: ciò che si può e si deve credere secondo il cogitare riflessivo.

Cotta fu partecipe attento ai lavori del Concilio Vaticano II, del quale apprezzò l'intento generale di aggiornamento della Chiesa al mondo contemporaneo, cioè alla «modernità culturale e civile. Fu lettore e interprete vivo della costituzione *Gaudium et spes*, sulla quale scrisse pagine molto importanti.

2. Nella ricerca e nella produzione filosofiche, Cotta non fu, certo, uno di quei pensatori che vengono chiamati o si chiamano da sé cristiani o, tanto meno, cattolici. Non era un tomista o un neo-scolastico. Diffidava dell'accostamento di Fabro fra tomismo e pensiero moderno; e, quanto a Maritain, giudicava incerta la sua posizione sulla «modernità». Cotta – lo ripeto – era un «modernista»; e questo spiega anche le sue difficoltà (disagi teoretici e incomprensioni accademiche) con l'Università Cattolica di Milano. Per Cotta, la «modernità» andava esaminata, criticata e sussunta nel suo meglio: «coscienza dinamica», «essere-per-la-vita» della scienza e delle tecniche (la medicina, anzitutto), *meditatio mortis*. È vero che il primo libro di Cotta verte su S. Tommaso, in uno strano rapporto con Kelsen; ma esso venne da lui ripudiato e ritirato dal commercio.

Fu piuttosto il suo libro su S. Agostino a inaugurare la vera e propria produzione filosofica di Cotta e a influenzarla, con un interessamento costante a questo autore per tutta la vita. Agostino gli appare «modernizzante» nella sua propensione a indagare «le confessioni» dell'anima. Cotta, d'altronde, cominciò molto presto a interessarsi di Montesquieu e Rousseau: due autori «moderni», senza alcun dubbio. E i suoi primi «itinerari esistenziali» sono segnati dalle tracce inconfondibili di Kierkegaard, come filosofo del Singolo esistente relazionale-relazionato, e non invece come scrittore «edificante», cioè religioso-cristiano e critico della «cristianità stabilita».

Cotta ha tenuto sempre a mantenere una netta separazione tra filosofia, da una parte, e teologia (religione e cristianesimo e cattolicesimo), dall'altra. *En passant*: da questo punto di vista si spiegano molte sue discussioni e polemiche, anche con persone a lui vicine.

La testimonianza di Cotta, del suo essere ed esistere come cristiano-cattolico, in Filosofia è presente indirettamente, ma chiarissima. Dopo Agostino, il suo autore preferito fu Rosmini. Tentò il possibile per districarsi in quello ch'è stato chiamato da Fabro *L'enigma Rosmini* per il suo inafferrabile tomismo (senza citazioni esplicite di Tommaso) e per la sua indefinibile idea di «essere». Un lavoro lungo e impegnativo, anche sul piano

della edizione rosminiana (*Filosofia della politica*).

Dunque: Agostino, Kierkegaard, Rosmini: tre filosofi innegabilmente cristiani e anche cattolici o cattolicheggianti. Attraverso essi, Cotta dichiara la propria adesione fenomenologico-esistenziale alla filosofia dell'Essere, definendosi esplicitamente un onto-fenomenologo. Ma da Montesquieu e Rousseau riceve quella impronta «moderna» che lo caratterizza come filosofo sempre attento alla storia e alla sua attualità. Essere e storia, eterno e tempo si rinviano reciprocamente in un realismo rinnovato, che pure rimane per molti ed essenziali versi quello classico e della tradizione cristiano-cattolica, fatto di ontologia *perennis* e di moderna fenomenologia.

Cotta rimane lontano dai grandi filosofi (protestanti) dell'idealismo tedesco: Kant, Hegel, Schelling. Giusto qualche breve riferimento allo schematismo kantiano (inteso come struttura ontico-esistenziale), allo spirito oggettivo hegeliano (descrizione dello Stato); Schelling, invece, era ritenuto da Cotta un autore oscuro.

Migliore e più ampia considerazione, invece, mostra Cotta per Heidegger; ma sempre entro limiti circoscritti: lo «essere-di-fronte-alla-morte», la temporalità dello «esser-ci» (ma con decisa preferenza per la «durata di Bergson», la «questione e l'oblio dell'essere»; ma ciò non bastava a compensarne lo stile faticoso e affaticante e gli equivoci storico-politici.

Negli ultimi anni, Cotta fu molto interessato da Wittgenstein e, soprattutto, da Husserl; cercava infatti una formulazione e una sostanza filosofiche che fossero – mi disse – «le più dure, concise e scarnificate possibile». Seguendo questa esigenza «essenzialistica» cercò e studiò, alla fine, Blondel. Ancora dunque un autore cristiano-cattolico, ma molto particolare: *L'essere e gli esseri*, ma sempre con riferimento alla esistenza e alla storia: *L'azione*.

Se si volesse sintetizzare in una sequenza di autori l'ispirazione e la simpatia filosofiche del cristiano-cattolico pensante Sergio Cotta e dunque la sua testimonianza indiretta di Fede in Filosofia, si potrebbe dire: Agostino, Kierkegaard, Rosmini, Blondel.

Non manca, tuttavia, una parte della produzione filosofica di Cotta nella quale egli, direttamente, tratta di questioni religiose, cristiane e cattoliche, anche sul piano civile. Per questo ho sempre auspicato che venissero pubblicate le opere minori di Cotta (numerossime e interessantissime) in tre volumi: 1. *Scritti filosofici*; 2. *Scritti religiosi*; 3. *Scritti storici e politici*. E per questo sono lieto di avere appreso che, presto, gli *Scritti religiosi* compariranno presso l'editore Rubbettino a cura di Marco Stefano Birtolo, Angela Landolfi e Lorenzo Scillitani.

3. Può essere interessante, per questo ricordo riflessivo di Sergio Cotta, ripensare qui ai giudizi che Cotta dava su filosofi suoi colleghi e come lui cristiano-cattolici.

Di Augusto Del Noce, aveva stima, ma lo riteneva troppo tradizionalista come interessi storici e teologici e come impostazione teoretica e religiosa; e dunque facile a scadere nel conservatorismo passatista e persino reazionario. Cotta era – lo ripeto – un

«modernista» e anche, in un certo senso, un «futurista» della modernità. Non c'era per lui «post-modernità», se non intellettualistica; siamo ancora in un moderno pieno di possibilità positive e, certo, anche negative, tra le quali occorre scegliere argomentando bene e con impegno nel merito di esso, ancora e per chi sa quanto in atto.

Di Vittorio Mathieu, aveva una grande stima, del resto ricambiata dallo stesso Mathieu il quale diceva, di sé, che aveva proceduto dalla Filosofia generale alla Filosofia giuridico-politica e, di Cotta, che aveva percorso un cammino inverso, dalla Filosofia del diritto e della politica alla Filosofia generale. Mathieu, però, in fatto di religione e di cristianesimo, diceva delle cose un po' strane: ad esempio, una volta, in un dibattito televisivo, sostenne tranquillamente che sulla pena di morte bisognava riflettere attentamente prima di ... abolirla; senza di essa, infatti, non ci sarebbe stata la morte in croce di Gesù Cristo e dunque la redenzione (*sic!*) ... Venne emarginato dal dibattito ...

Di Luigi Pareyson, del quale pure apprezzava il libro *Esistenza e persona*, riteneva confusa e oscura l'opera filosofica; e non poteva essere diversamente – diceva – data la sua provenienza da Schelling, la quale spiegava anche, di Pareyson, la Fede angosciata (ma Schelling, considerato nella sua realtà testuale, è un filosofo, forse anzi «il» filosofo più meta-problematicamente profondo-e-eccelso e quasi tutto ancora da scoprire pensandolo attentamente).

Di padre Cornelio Fabro, diffidava fortemente. Come detto, il suo tomismo per il «pensiero moderno» non lo convinceva affatto. La *Alienazione dell'Occidente* gli pareva troppo unilaterale. Lo accusava poi di rapporti poco chiari con la Chiesa (e, effettivamente, Fabro mi disse di Papa Giovanni Paolo II: «Il grave non è che dica sciocchezze – tutti diciamo sciocchezze –; ma che lui è convinto di dire cose intelligenti»); e lo riteneva responsabile di propalare scritti anonimi, politici e religiosi, di stampo anti-conciliare, ultra-tradizionalistico e lepantino. Tra Cotta e Fabro non ci fu mai un vero e proprio dialogo filosofico (neppure quando furono chiamati, insieme, a collaborare all'«Osservatore romano»); lo impediva una previa incompatibilità di carattere – laico-coniugato l'uno, monaco-prete l'altro – e un approccio teoretico del tutto differente: «modernista» e «tomista», onto-logico e teo-logico; anche se tutti e due erano filosofi dell'esistenza.

Con Pietro Prini, aveva un rapporto, umano e religioso, molto amichevole. Però non condivideva la posizione di grande apprezzamento che Prini aveva verso Marcel e la «fenomenologia dell'inverificabile». Cotta, come Prini, seguiva un punto di vista filosofico di marca «esistenziale», ma sempre in una prospettiva ontologica; il «mistero dell'essere» era per lui sempre «verificabile», sia pure *ad infinitum*. Si allontanarono, alla fine, per l'imprevisto, sorprendente «ultra-modernismo» di Prini ne *Lo scisma sommerso*.

Di Claude Bruaire, Cotta pensava che la sua speculazione non avesse «scientificità filosofica» e fosse dunque sospesa inconcludentemente fra teologia, metafisica e antropologia. Ricordava poi che Bruaire era una persona divorziata; e faceva bene a ricordarlo: per un «filosofo dell'Assoluto», quale Bruaire diceva di essere, divorziare non

può che significare: scherzare con l'Assoluto. Si rimane perplessi nel leggere la dedica che Bruaire fece al suo ultimo libro *La force de l'esprit*: «A Melika Mezghach» (una redattrice televisiva). Ciò non toglie che l'opera di Bruaire, nella sua luminosa grandezza, aspetta ancora di essere ripresa, come auspicato tempo fa da Marion. Ma, forse, questa ripresa è già iniziata con lo scritto eccellente di Davide Galimberti *Lo spirito c'è* (Roma, 2016).

Di don Italo Mancini, autore di un corposo *L'ethos dell'Occidente*, Cotta diceva che era un «maestro di citazioni»; in effetti lunghe e lunghissime ...

Di don Luigi Giussani, diceva che era un buon «letterato», non un pensatore. E da ciò ricavava la convinzione che tutta la posizione culturale di Comunione e liberazione era molto debole sia sul piano religioso che su quello civile e, soprattutto, politico. Chiara conferma della verità di ciò è il recente, deludente libro di don Julián Carrón, erede di don Giussani, *La bellezza disarmata* (Milano, 2015).

Grandissima stima, invece, Cotta aveva per Karol Wojtyła e Joseph Ratzinger. Verso il primo, però, si trattava piuttosto della stima per «l'unico grande *leader* rimasto oggi al mondo»; i suoi scritti filosofici gli sembravano «leggeri», sia quelli tomistici sia quelli fenomenologici (scheleriani). Del secondo, invece, apprezzava il rigore del discorso e l'essenzialità del contenuto.

Tra gli storici – e Cotta stesso fu storico nel suo *Quale Resistenza?* –, stimava il cattolico-democratico Scoppola, con il quale collaborò in varie occasioni all'Istituto Sturzo, e il liberale De Felice. Tuttavia, riteneva che l'opera voluminosa di quest'ultimo su Mussolini e il fascismo si potesse prestare a equivoci interpretativi dato il suo carattere prevalentemente biografico e cronachistico, e dunque poco pensante e positivamente critico. Storia e Filosofia, secondo Cotta, non si possono separare; così come Filosofia e Storia.

4. La maggiore testimonianza che, nella vita pubblica, Cotta ha dato del suo essere cristiano-cattolico è stata certamente quella del suo impegno ai vertici dei Comitati per i referendum sul divorzio (1974) e sull'aborto (1981).

Per la verità, Cotta ritenne questi due referendum iniziative anzitutto laiche e non religiose. Per lui si trattava di fronteggiare i rischi relativistici de *La sfida tecnologica* con un «supplemento di Assoluto»: l'indissolubilità del matrimonio (eterosessuale, esogamico e monogamico) e l'inviolabilità dell'embrione, «uno di noi», anzi «il più piccolo di noi».

Per il referendum sul divorzio, la mobilitazione del mondo cattolico fu compatta, dai politici D.C. (Fanfani), ai parroci, alle associazioni. Per il referendum sull'aborto, invece, la defezione dei cattolici fu ampia, infastidita nelle parrocchie e reticente negli intellettuali (per fare un esempio: il professore universitario don Giovanni Ferretti fu richiamato dal Vescovo di Macerata per avere pubblicamente aderito alle tesi abortive). Non si voleva perdere di nuovo; perdere la faccia, si diceva ... E, di fronte al risultato schiacciante (68% per l'aborto, 32% contro), Cotta fu quasi ritenuto il responsabile della disfatta; e venne così emarginato dal mondo cattolico ufficiale o, almeno, da quello ecclesiastico, che,

vergognosamente, si vergognava di esibire un perdente, come se il cristiano dovesse essere uno di successo e non invece il contrario, uno perseguitato, come in effetti fu Cotta. Fu anche accusato di tradizionalismo conservatore e di tradimento (da destra) dello spirito della Resistenza (pretesa indebitamente di sinistra, comunista). Amaro ...

Cotta, in fondo, fu più prudente (di me ed altri) nel valutare lo scacco. Giudicò la legge sull'aborto un «grave *vulnus*» all'ordinamento e non la sua dissoluzione. Secondo me ed altri, invece, una volta posto il principio che un/a *Singolo/a* possa essere «eliminato/a» (per legge e con l'intervento attivo, sanitario dello Stato), non ci fu e non c'è dubbio che il Diritto sia sostanzialmente «dis-ordinato» e la Giustizia «de-stituita». Si pensi, in particolare, al timbro del giudice accanto alla firma dei genitori nella autorizzazione dell'aborto di una minorenni: una vera e propria condanna a morte: il *vulnus*, nonché in-costituzionalmente radicale, si è raddoppiato. E si pensi poi anche al fatto scandaloso che la legge sull'aborto divenne vigente con la firma di tutti democratico-cristiani: Leone, Andreotti etc. Il *vulnus* si triplicò. Lì iniziò la morte della D.C.; e l'agonia si chiamò De Mita, Forlani ... e simili ...

Non ci fu da noi, in Italia, un re Baldovino di Belgio che si dimise per un giorno pur di non firmare la legge belga sull'aborto (= omicidio o, più pudicamente, «interruzione di gravidanza»).

Sia pure posto, come perdente, ai margini del mondo cattolico e civile, Cotta continuò a testimoniare nella vita pubblica le sue convinzioni e la sua Fede: sui giornali, sulle riviste, alla radio, alla televisione, nei convegni, incontri e congressi, in Italia e all'estero continuò a chiedersi costantemente *Perché la violenza?*. Lo si ricorda, nei terribili anni '70, girare per l'Università, con il suo barattolino di vernice nera e il suo pennelletto, a cancellare le scritte violente dei simpatizzanti per il terrorismo; e spesso impedito di fare lezione.

Nei Colloqui Castelli (poi Olivetti), Cotta si confrontò a lungo con i migliori esponenti della cultura cristiana e cattolica d'Europa. I suoi numerosi e originali interventi sono negli Atti dei Colloqui autorevolmente insieme a quelli di Ricoeur, Bruaire, Tillette, De Waelhens, Panikkar etc.

Come Presidente della Unione Giuristi Cattolici, e Direttore della rivista «Iustitia», si vantò, alla fine del suo mandato, di avere assolto ai suoi compiti «senza le due ali solite del potere: la politica e la Chiesa».

Si disse che era dell'Opus Dei; ma non era vero, anche se collaborò a molte delle sue iniziative (ma come anche di altre sigle) educative e culturali e alla sua rivista «Studi Cattolici».

Verso la fine della sua presenza pubblica (fine anni '90), Cotta cercò, con il professor Luigi Capozzi, a Napoli, di organizzare una iniziativa culturale, politica, giornalistica e universitaria nella quale potessero convergere personalità e gruppi cattolici e liberali. Non se ne fece nulla per un banale disaccordo sulla responsabilità della firma della nuova rivista ... Ciò dice, comunque, quanto, sino al silenzio finale, Cotta fu un filosofo moderno molto impegnato, da laico, nella attualità religiosa e civile.

5. La Scuola romana di Filosofia del diritto, guidata da Sergio Cotta, non si poteva certo dire, *ex professo*, né cristiana né cattolica. Esprimeva, semmai, una compatibilità filosofica di fondo con la Fede per il suo indirizzo realistico-fenomenologico-esistenziale; e manifestava, nei suoi componenti, un vario interessamento filosofico-religioso senza pregiudizi confessionali o, tanto meno, clericali.

L'appartenenza alla Scuola dipendeva, informalmente, dal riconoscimento di Cotta, da parte di una persona, quale «autorità magistrale» in ambito scientifico; era suo allievo chi riconosceva il suo giudizio, sempre critico e costruttivo, sui propri scritti e partecipava, in senso culturale e didattico, alle attività dell'Istituto di Filosofia del diritto nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma La Sapienza. Gli allievi, dunque, dialogavano con Cotta nel merito della propria ricerca e condividevano un certo orizzonte di studi.

Non mancarono casi, limitati, di incomprensione scientifica e di rottura personale o accademica.

Cotta, come già accennato, fu sempre favorevole ad una separazione precisa tra filosofia, intesa come «scientifica», e teologia o religione. Per lui *intelligere* e *credere* erano collegati ma solo indirettamente. I relativi spazi e metodi disciplinari erano in sé del tutto diversi; anche se la Fede restava sempre *quaerens intellectum*. Nell'ambito della Scuola e tra gli allievi, però, non mancarono in proposito sfumature, differenze, confronti e contrasti.

Ad esempio, Francesco D'Agostino fu sempre considerato dallo stesso Cotta, con me espressamente, un teologo, non un filosofo. E tanto ciò era vero che, alla fine, si dichiarò pubblicamente uno «studioso di San Tommaso», inteso come il definitivo *ipse dixit*, il *non plus ultra* in teologia-e-(ancillare-)filosofia, in *sancta doctrina*. Si può dire, inoltre, che, per questo, D'Agostino fu l'effettivo rappresentante della Scuola presso la Chiesa ufficiale, ricevendone riconoscimenti e incarichi. Ancora di recente, rappresentava in un convegno diocesano i «laici di Roma».

Significativa fu la polemica sorta fra Cotta e Luigi Lombardi Vallauri, il suo primo allievo, quando questi, già esposti contro l'aborto («sadistico») con un cattolicesimo energico, passò ad un violento attacco pubblico contro la Chiesa cattolica come «romana» (ad un Congresso internazionale di Filosofia del diritto a Tubinga) e ripensò, addirittura, l'aborto quale *marron glacé*. Tutto cominciò con uno screzio tra Lombardi e Cotta sulla opportunità o meno di interrogarsi circa «Dio e il sesso»; Lombardi, divertito, vivacemente favorevole, Cotta, infastidito, del tutto contrario.

Un non-detto originario, invece, ci fu sempre tra Cotta e Bruno Romano. Quest'ultimo era un cattolico praticante; ma, con Heidegger, si dichiarava «a-teos». Come al solito quando c'è Heidegger di mezzo, tutto resta equivoco: di quale Dio si tratta? Non certo del Dio che «solo ormai ci può salvare»; il «Dio ultimo» per «l'uomo ultimo». O sì? Cotta mi disse di non capire proprio perché bisognasse sforzarsi di capire uno come Heidegger che non vuole farsi capire e, dunque, a maggior ragione, un heideggeriano, doppiamente

oscuro. Ma forse la causa della frizione era, all'origine, l'interpretazione romaniana del cristiano Kierkegaard, freddamente hegeliana, che Cotta, in qualche modo, aveva dovuto mandar giù per ragioni di urgenza concorsuale.

Sorprendente fu, da parte di Cotta, l'indicazione di Bruno Montanari come titolare dell'insegnamento di Filosofia del diritto all'Università cattolica di Milano, lasciato vacante da Lombardi Vallauri, il cui militante orientalismo post-cattolico fu ritenuto dalle autorità ecclesiastico-accademiche incompatibile con una docenza presso «il Sacro Cuore». Montanari era un divorziato (intenzionale, cioè uno che aveva «giocato con l'Assoluto», come ebbi a dirgli); non mi sembrava più adatto di Lombardi per dare dalla cattedra una testimonianza esemplare di cristianesimo cattolico. Cotta mi obiettò che Montanari «continuava a interessarsi dei figli»; ma io gli replicai che questo non c'entrava nulla con l'insegnamento alla Cattolica. Comunque, venni poi a sapere che una parte consistente dei docenti titolari di affidamento alla Università del Sacro Cuore erano ... separati ... divorziati ...: un *refugium peccatorum* ...

Non mancavano, peraltro, nella Scuola romana allievi di Cotta che dichiaravano esplicitamente il proprio credo. Ricordo tra questi, ad esempio, Paolo Pasqualucci, osservante tradizionalista «duro e puro», dai tratti ascetico-afflittivi (non a caso – si dice – finito tra i monaci d'Irlanda).

C'erano poi i cosiddetti «padovani»: già allievi di Enrico Opocher (cattolico e «resistente»), si erano aggregati alla Scuola, portandosi dietro tutto il peso dottrinario della loro super-ortodossia: Cavalla, Gentile, Todescan, Andreatta, Zaccaria. Insieme a loro, si scrisse, verso i primi agitati anni '70, *La società criticata*, un libro culturalmente combattivo, ricco di spunti e ragionamenti «diversi» dal clima «secolaristico» del tempo.

Nel sottinteso filosofico-religioso cristiano-cattolico, comune a Maestro e allievi, ci furono diverse iniziative culturali della Scuola romana in collaborazione e confronto con realtà filosoficamente e religiosamente affini. Basti qui ricordare il convegno di Pamplona (fine anni '80), all'Università Cattolica di Navarra, su «Amore, matrimonio e famiglia», i cui Atti, tuttavia, non vennero pubblicati per divergenza di opinioni tra la redazione e i testi di alcuni autori ritenuti da censurare (in particolare quelli di Lombardi e del sottoscritto). Questo per dire quanto l'apertura mentale e filosofica di Cotta, e della sua Scuola, si distinguesse dalla chiusura accademica e culturale di istituzioni sedicenti «cattolicissime».

6. Personalmente, ho sempre avuto, con Cotta, un rapporto di grande simpatia e intesa sul piano sia filosofico che religioso. Ammiravo la sua serietà rigorosa, nel pensare e nel credere, la sua intelligenza essenziale nella ricerca filosofica e nella professione di Fede. Veramente un uomo e un pensatore «di carattere».

Sin dalla mia tesi di laurea, su Abbagnano (1967-1969), assegnatami dopo che un assistente mi voleva far perdere tempo con un lavoro su ' Giovanni XXXIII e Kelsen (?!), Cotta mi dimostrò la sua grande apertura intellettuale accettando, della tesi, un

intermezzo, giovanilmente entusiasta, d'un centinaio di pagine di chiara impronta teilhardiana, pur non condividendone egli l'impostazione e gli sviluppi evoluzionistici; ne intese bene, cioè, il suo carattere di mio primo tentativo «sistematico» di «capire per credere», pur richiamando criticamente la mia attenzione su alcune ingenuità («*La Weltstoff* ... no ... ce la risparmi ...», disse in seduta di laurea ...), facendomi poi però assegnare la lode e invitandomi calorosamente a proseguire la ricerca.

Negli anni a seguire, curò con prossimità tutte le mie vicende universitarie. E mi fu favorevole in uno scontro esistenziale, scientifico e accademico con l'a-teo heideggeriano Romano, che ne uscì perdente (Università di Macerata, 1979).

Cotta appoggiò con grande interesse scientifico e personale il mio progetto e lavoro di ricerca su «Psicoanalisi e diritto». Tale interesse, non era scontato, nei primi anni '70, soprattutto in ambito cattolico. Ad esempio, l'esperto cattolico di allora, il professor Ancona, non vide di buon occhio, e lo disse in pubblico a un convegno, la mia doppia intromissione, culturale e religiosa, in quello che riteneva un suo stretto ambito di competenza professionale e delimitazione del campo d'indagine. Diversamente da Cotta, l'ambiente cattolico era percorso da piccole e grandi chiusure. La rivista conservatrice, ma ottima, «*Studi Cattolici*», diretta da Cesare Cavalleri, mi rifiutò la pubblicazione di un saggio storico-critico, da essa richiestomi, su «Il cammino neo-catecumenale», dopo avermene edito uno su *Quali cristiani per quale socialismo?* E la redazione della rivista progressista «*La tenda*», diretta da Gianfranco Solinas, mi rifiutò un lavoro storico-critico, da essa richiestomi, su «L'Anno Santo». Mi fu anche materialmente impedito di leggere la mia relazione in un convegno della Assemblea Ecclesiale Romana, responsabile il catto-comunista professor Marcello Vigli.

Solo una volta, in occasione di un convegno a Lugano su «La famiglia», verso la metà degli anni '90, ebbi una incomprensione con Cotta: non riuscimmo ad accordarci sull'argomento dei rispettivi interventi; Cotta voleva per sé «I principi della famiglia», riservando a me «La Psicoanalisi della famiglia». Ma io, ben sapendo che su «i principi» (amore e matrimonio) tra noi due non c'era accordo teoretico, preferii rinunciare, dopo un piccolo screzio telefonico. In effetti, Cotta evitava filosoficamente il tema dei due sessi e dell'amore e riteneva il matrimonio una questione, pratico-contrattuale, di reciproca assicurazione; io invece facevo del secondo una primaria questione co-esistenziale e del primo il tema proto-logico «donna-uomo»; questo e quella, per di più, secondo me, risalgono *in apicibus* alla meta-problematica trinitaria del «Dio creatore, a sua immagine e somiglianza, dell'uomo e della donna», questa donna e questo uomo, Eva e Adamo.

Non ci fu tempo per formulare pacatamente i termini filosofici di un disaccordo di fondo che, tra l'altro, avvertivo, e che probabilmente era, caratteriale, generazionale e di formazione.

Del resto, Cotta continuò a interessarsi generosamente di me e della mia famiglia. Cercò di trovarmi una appropriata sistemazione universitaria definitiva, a Roma e a Napoli. E fece il mio nome per la successione sulla cattedra di Filosofia della politica

tenuta da Dario Composta alla Pontificia Università Urbaniana, nell'ambito di un accordo di vertice per la sostituzione dei docenti religiosi con docenti laici sulle cattedre di Filosofia del diritto e della politica nelle Università pontificie di Roma (la cosa si realizzò poi, nel 2004, grazie all' intervento amichevole della professoressa Gabriella Cotta e durò sino al 2008, quando mi dimisi con delusione pari a quella, accademica e ambientale, che mi aveva costretto, nel 2001, a pensionarmi anticipatamente dalla Università statale).

7. Negli ultimi tempi della sua vita, intorno agli anni 2000, prima del grande silenzio, Sergio Cotta era molto impegnato a «essenzializzare» sempre più il suo studio e la sua riflessione. Si applicava alla lettura di testi, appunto, «essenziali», come *L' essere e gli esseri* di Blondel; e continuava la sua assidua frequentazione delle *Idee* di Husserl. Mi disse che solo così si poteva approdare ad una vera «scarnificazione metafisica»; lo poteva dire senza equivoci, lui che aveva scritto il luminoso saggio *La trasfigurazione del corpo*.

La progressiva incertezza di parola non gli impedì di difendere ancora una volta in pubblico la sua «Filosofia della pace», polemizzando vivacemente con Cavalla e la sua interpretazione heideggeriana di Eraclito inteso come filosofo del *lògos*=essere=pace; «filosofo del *pólemos*, della guerra», obiettò duramente Cotta: «il padre, la madre di tutte le cose», sottintendendo ovviamente che quella interpretazione era stata la scusa di Heidegger per il suo consenso, sia pure transitorio, al nazional-socialismo tedesco. La pace, sì; ma non quella statica della morte (*requiescat in pace*), bensì quella dinamica dello Spirito di Verità (*Deus est Amor*), quella dello «eterno nell' uomo» (*Pax vobiscum*), quella della Vita eterna (*Pax aeterna*).

Nella stessa occasione, Cotta indicò chiaramente la sua ultima prospettiva filosofico-religiosa: occorre ri-pensare il *Lògos* e la Trinità; approfondire cioè «la interiorità e la superiorità», con Agostino: *Le confessioni* e il *De trinitate*. In definitiva: una Filosofia cristianamente ispirata e metafisicamente aspirante.

Si può allora concludere: Sergio Cotta non fu, in senso stretto, un filosofo cristiano e/o cattolico; fu un cristiano-cattolico pensante filosoficamente, ma con grande attualismo storico, la Verità (cristiana: «lo sono la verità») e, con ciò, testimoniando il suo stesso personale essere e voler divenire sempre più cristiano e cattolico (= universale-ecclesiale).

8. Dopo tanto pensare e parlare e scrivere, dopo tanta magistrale Parola, docente, colloquante e testimoniante, furono per Cotta lunghi cinque anni di grande silenzio. Il *mysterium magnum* della assenza di parola lo involse in un qualcosa che, unicamente forse, può essere chiamato in senso vissuto *scientia crucis*: un sapere, tutto e solo interno, direttamente già rivolto all' Eterno.

Con il professore e Maestro Sergio Cotta, un uomo forte, intelligente e sensibile, sento di avere condiviso profondamente l'affermazione filosofica e cristiano-cattolica-pensante: *Magis amica veritas*. La Verità: quella religiosa del «Dio vivente» (trinitario e

lògos-incarnato); quella metafisica dell'Essere e dello Spirito (di/da *Dono*); quella esistenziale e co-esistenziale dell'Amore (singolare-relazionale) e della Storia (personale, collettiva e eterna). Dunque: «a verità intera»: quella dell'Assoluto che, vivendo e eternando, «rende liberi».

P.S.

Oggi, a distanza di dieci anni dalla morte di Sergio Cotta e di quindici dal suo silenzio finale, mi capita ogni tanto di chiedermi, e talora proprio pensando a lui, cosa ne è della «nostra Verità». A volte, mi sembra di averla «trovata», dopo tanto cercare: Bruaire e l'Assoluto negativo-positivo ...; Kant-Hegel-Schelling-Kierkegaard e le loro filosofie «positive» della religione e della rivelazione ...; il giudizio radicale critico-propositivo sulla «cattolicità ecclesiale» del cristianesimo ...; il plesso veritativo-amorevole di «donna-uomo-bambino» ...; la famiglia e la sua familiarità, anche se non facile ...; la «profondità» psicoanalitica ...; la Poesia ...; la musica ... A volte, invece, nella sensazione di una stupidità generale, ho l'impressione che tutto sia un po' ridicolo ... Mi sento come sospeso tra queste due diverse percezioni della Verità, una chiara e distinta, l'altra vaga ma dominante; sono perplesso, però ... tranquillamente: il ricordo edificante di Cotta, della sua serietà umana, religiosa e filosofica, mi incoraggia e mi rasserena. Un uomo, un credente e un filosofo, che ha, come Cotta, lucidamente vissuto e luminosamente testimoniato, fa pensare alla (sua) morte come all'Eterno già interamente in atto e, in quanto tale, persuadente la (nostra) speranza ancora incerta di immortalità. Il Maestro continua a insegnare.

I CAMBIAMENTI DEL GIORNALISMO POLITICO NEI MEDIA MAINSTREAM

DANILO BORIATI*

Abstract: the paper deals with the changes in political journalism due to the development and the spread of the web. In fact, the use of social-networks (in particular, Facebook and Twitter) has profoundly modified the form of political news, allowing politicians to instantly communicate news and overcome the role usually played by news agencies. The phenomenon of fake-news is also analysed, because they are increasingly used as political weapon and have significantly forced the journalist to adapt his work to the changes.

Keywords: political journalism – fake news – news agencies – fact-checking – media

Il convegno *Notziapolitica.it. I cambiamenti del giornalismo politico nei media mainstream*, organizzato dai Dipartimenti di Scienze Umanistiche, Sociali e della Formazione, Giuridico ed Economico dell'Università del Molise, si è tenuto il 30 novembre 2017 a Campobasso. Il convegno, che rientra in un ciclo di eventi intitolato «Comunicazione & Politica» promosso dai corsi di laurea in Scienze della Comunicazione e Scienze Politiche dello stesso ateneo, si è svolto nell'ambito del Dottorato di ricerca in Innovazione e Gestione delle Risorse Pubbliche (curriculum in Scienze sociali, Politiche e della Comunicazione) e con il patrocinio della rivista *Politica.eu*. Nel corso dei lavori – introdotti da Alessandro Cioffi e Lorenzo Scillitani, rispettivamente presidenti del corso di laurea in Scienze Politiche e Scienze della Comunicazione – principale protagonista è stato il giornalista e scrittore Mario Prignano, attualmente vice-direttore di RadioRai e dei GR Rai.

Il fulcro della relazione di Prignano è stato il cambiamento del lavoro giornalistico avvenuto in seguito alla diffusione prima e al cambiamento poi del web: in sostanza, l'uso dei social-networks (Facebook e Twitter in particolare) ha mutato profondamente la forma della notizia politica, permettendo al politico di comunicare istantaneamente le notizie e di superare, in tal modo, il ruolo svolto dalle agenzie di stampa. Ulteriore tema al

* Danilo Boriati, Dottorando in Innovazione e Gestione delle Risorse Pubbliche presso l'Università del Molise, curriculum di Scienze sociali, politiche e della comunicazione. Email: d.boriati@studenti.unimol.it

centro del discorso del vice-direttore Prignano è stato poi quello delle cosiddette fake-news, le quali hanno assunto sempre più il ruolo di arma politica e, con il diffondersi del web, hanno costretto il giornalista ad adattarsi ulteriormente al cambiamento stesso del proprio lavoro.

1. L'evoluzione del lavoro giornalistico con l'avvento del web 2.0

Come anticipato, con l'avvento del web 2.0 il lavoro giornalistico ha subito un'evoluzione che ha comportato, secondo Prignano, due ordini di problemi e relative conseguenze: il primo, definito «pratico», ha riguardato l'adeguamento tecnologico degli strumenti con cui poter svolgere il lavoro giornalistico, i quali devono oggi essere in grado di poter «catturare» tutte quelle immagini virtuali prodotte dagli esponenti politici e postate sui loro «account social»; il secondo, «di mediazione», concerne invece la problematica relativa a tutte quelle notizie che, non essendo più mediate dalle agenzie di stampa, arrivano direttamente dai social media senza più essere filtrate e controllate. Per quanto riguarda il «problema pratico» desunto dal cambiamento del lavoro giornalistico, è utile in questa sede accennare alle parole di Giorgio Triani, il quale afferma:

Da un po' di anni, ma con intensità e convinzione via via crescenti e condivise, si parla di cambiamento dell'eco-sistema informativo. Non più pezzi, momenti, fasi di trasformazione e aggiustamenti, ma veri e propri smottamenti. Transizioni epocali. Visto che non c'è giorno che non sparisca qualcosa dalle abitudini di lettura o di produzione dell'informazione, dalle pratiche di accesso ai media o alle modalità di fruizione e visione. E che di contro non si palesi un modo nuovo di raccontare la realtà, di interpretare il giornalismo, con mezzi e strumenti radicalmente nuovi. Dalla figura mitica dell'inviato speciale a quella eroica del fotoreporter (entrambe quasi cancellate dal citizen journalism o semplicemente dalla presenza sul luogo di qualsiasi tragedia di un testimone che ha uno smartphone in mano), le "scomparse" fanno però molto meno clamore del giornalista "aumentato" o delle videocamere montate sui droni. La tecnologia è di norma il motore più potente di cambiamento, ma è stato prima il web e poi i social network, trasformati in social media, a decretare la fine di un modello di business e prima ancora la strutturale incapacità sistemica di rispondere alle nuove sfide innovando, sperimentando, ristrutturandosi¹.

La rete ha dunque progressivamente cambiato il modello giornalistico e, conseguentemente, la funzione del giornalista ma sta modificando anche l'attività editoriale, la quale si fa più attenta ai contenuti veicolati attraverso i social-networks. In linea con quanto sostenuto da Prignano nel proprio intervento, Roberto Gagliardini sottolinea:

¹ G. Triani, 2017, 11-12.

Sta cambiando dunque il modello giornalistico e redazionale. Dalle redazioni off line e on line separate, nei giornali si sta gradualmente passando a una maggiore integrazione e circolarità dei contenuti secondo i diversi mezzi: l'hard news sul web, gli approfondimenti e i commenti di opinionisti ed esperti sul cartaceo. I contributi sul web da parte dei lettori diventano inoltre sollecitazioni per altri articoli, approfondimenti e commenti. [...] La pubblicazione delle notizie sul web rende infatti "vecchie" le stesse pubblicate sul giornale di carta il giorno successivo, senza contare la velocità con la quale le news, una volta on line, sono riprese e "copiate" da altre testate alla stregua di vere e proprie commodities [...] i social network svolgono tutt'ora un importante ruolo nella diffusione dei contenuti, tanto che stanno diventando essi stessi delle media company e non più solo piattaforme tecnologiche per la trasmissione di messaggi prodotti dagli utenti. Facebook e in misura analoga Twitter consentono infatti di anticipare notizie, rilanciarle e condividerle, creare engagement e interazione con il pubblico².

È evidente quindi il mutamento del ruolo del giornalista, nonché la stessa metamorfosi della sua professione, talmente erosa dallo sviluppo della rete da renderla, per alcuni, pressoché liquida³. Bisogna ricordare, tuttavia, che la «comunicazione, il giornalismo e la politica hanno a che fare con "l'altro". Un altro da conoscere e convocare per costruire conversazione e dialogo, significati e partecipazione»⁴.

La rete, però, ha ridotto il valore delle notizie, le quali sembrano oggi quasi rimbalzare da un sito all'altro: è in questa considerazione che risiede il «problema di mediazione» a cui Prignano fa riferimento, allorché «il web sta facendo diventare le notizie vere e proprie commodities, ovvero beni indifferenziati per i quali non è più fondamentale sapere chi li produce e confeziona»⁵. Con i social media tutti sono praticamente produttori di notizie; la conseguenza più eclatante di tale situazione è che diviene sempre più complesso verificare quali notizie siano vere e quali siano false.

2. Fake-news e fact-checking

Le fake-news possono essere considerate, afferma Prignano, un «racconto falso che appare come una notizia e diffuso sui media». Queste sono quindi «pure invenzioni, dicerie, pettegolezzi, che vengono trattati come notizie vere e, come tali, possono produrre effetti sul pubblico»⁶ e che vengono veicolate attraverso i media per diversi scopi (concorrenza commerciale, speculazione finanziaria, lotta politica). A tal proposito, basta cercare la definizione sul dizionario Cambridge per scoprire che la denominazione di fake-news riguarda: «false stories that appear to be news, spread on the internet or using other media, usually created to influence political views»⁷. Le notizie false, quindi, si

² R. Gagliardini, 2017, 38.

³ L. Mautone, 2017.

⁴ G. Bechelloni, 2009, 94.

⁵ R. Gagliardini, 2017, 25.

⁶ G. Gili, 2001, 250.

⁷ Cfr: <https://dictionary.cambridge.org/it/dizionario/inglese/fake-news>

configurano sempre più come un'arma politica proprio perché vengono spesso create ad hoc col fine d'influenzare la visione politica degli elettori. E non è un caso se Mario Prignano sottolinea come sia stata proprio la campagna elettorale italiana del 2013 quella maggiormente definibile con l'aggettivo 2.0, quella più ricca di un susseguirsi di notizie false di tipo politico. Sul fronte internazionale, basti pensare alla lotta politica a suon di fake-news perpetrata da Donald Trump e Hillary Clinton in occasione delle elezioni presidenziali americane del 2016.

A causa della crescente diffusione on-line di notizie di ogni genere e della relativa difficoltà nel controllarle riscontrata dalle tradizionali agenzie di stampa, Prignano segnala la nascita di agenzie di stampa create appositamente per verificare la veridicità delle notizie diffuse attraverso i media; nella fattispecie, la pratica di verifica delle informazioni si applica preminentemente alle dichiarazioni rese dai politici. Il fact-checking, in tal modo, diviene uno degli strumenti a disposizione dei giornalisti e delle relative agenzie per contrastare le fake-news⁸. Alcune testate giornalistiche italiane sono dotate, nel proprio sito web, di una sezione dedicata al controllo dei fatti⁹; inoltre, esiste un sito internet italiano – pagellapolitica.it – interamente dedicato al controllo delle dichiarazioni rilasciate dai politici, partendo dal presupposto che «le bugie hanno le gambe corte»¹⁰.

Da un punto di vista sociologico, come sottolineato da Guido Gili, le fake-news o fattoidi comportano una rilevante implicazione, in quanto tali «“allucinazioni mediali” [...] [che sono] eventi mai accaduti, non-eventi, che acquistano tuttavia la forma di realtà attraverso la diffusione mediale»¹¹, «possono generare un effetto di profezia che si auto-avvera [...] [facendo sì che] l'inconsistenza della notizia originaria si alimenta fino ad acquisire una sua effettiva “realtà”»¹², diventando in tal modo reale anche nelle sue conseguenze.

3. Per concludere

In questo breve lavoro si è cercato di delineare un quadro d'insieme che consenta di esplicitare i cambiamenti del giornalismo politico nei media mainstream soprattutto in relazione alle conseguenze principali di tale mutamento. Si è visto come l'evolversi della rete web e il diffondersi dell'utilizzo dei social-networks, soprattutto da parte della classe politica, abbia comportato, da un lato, un mutamento sostanziale della professione giornalistica tanto nella sua componente “tecnologica” quanto nella sua componente

⁸ In Italia l'Agenzia Giornalistica Italiana (AGI) ha sul proprio sito una sezione dedicata al controllo delle notizie. Cfr: <https://www.agi.it/fact-checking/>

⁹ A titolo esemplificativo, si riporta qui il link relativo al quotidiano «La Repubblica». Cfr: http://www.repubblica.it/argomenti/Fact_Checking

¹⁰ Cfr: <https://pagellapolitica.it/>

¹¹ G. Gili, 2001, 217.

¹² Ivi, 254.

“pratica”, dall’altro, la diffusione sempre più spasmodica delle cosiddette “bufale”. Si è cercato dunque di evidenziare come l’istantaneità delle dichiarazioni rese dai politici sui social media abbia ridotto la possibilità dei giornalisti di fare il proprio lavoro: oggi questi non hanno più la possibilità di fare domande per poter scrivere i loro articoli, ma fanno ricorso a quei tweet e a quei post a cui i componenti della classe politica affidano le loro dichiarazioni.

Tuttavia, è proprio il fare domande l’unica possibilità rimasta ai giornalisti per rincorrere quella verità che – in un’epoca in cui ormai essa viene considerata una questione di importanza secondaria, tanto da fregiarsi dell’appellativo di post-verità – diventa sempre meno afferrabile. È proprio attraverso le domande che «i giornalisti – afferma Prignano – possono difendere la verità e contrastare le fake-news. Domandare avvicina alla verità e alla libertà. Se domandiamo abbiamo ancora la possibilità di sorprenderci». Ed è così, allora, che emerge il ruolo positivo svolto dalle fake-news, ossia quello di coltivare la possibilità di scoprire ancora, nonostante tutto, quelle piccole porzioni di realtà vera che non sono affatto una questione di secondo ordine.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BECHELLONI Giovanni, 2009, *La comunicazione giornalistica. Una centralità poco percepita*. Le Lettere, Firenze.

GAGLIARDINI Roberto, 2017, «L’impresa giornalistica al tempo del web». In *Giornalismo aumentato. Attualità e scenari di una professione in rivoluzione*, a cura di Giorgio Triani, 25-42. Franco Angeli, Milano.

GILI Guido, 2001, *Il problema della manipolazione: peccato originale dei media?*. Franco Angeli, Milano.

MAUTONE Luca, 2017, «Giornalismo liquido. Le metamorfosi di una professione». In *Giornalismo aumentato. Attualità e scenari di una professione in rivoluzione*, a cura di Giorgio Triani, 71-78. Franco Angeli, Milano.

TRIANI Giorgio, 2017, «Giornali, giornalismo, giornalisti: un mondo in rivoluzione». In *Giornalismo aumentato. Attualità e scenari di una professione in rivoluzione*. Franco Angeli, Milano.



PAGINE LIBERE

**UOMINI SOLI NELL'EPOCA DELLA POST-VERITÀ.
A PROPOSITO DI: G. MADDALENA-G. GILI,
CHI HA PAURA DELLA POST-VERITÀ?, GENOVA, MARIETTI 2017.**

MICHELE ROSBOCH*

Fra i temi maggiori del dibattito pubblico degli ultimi tempi spiccano certamente quello della disintermediazione e la problematica delle cosiddette *fake news*. Il recente e agile libro di Giovanni Maddalena e Guido Gili, *Chi ha paura della post-verità? Effetti collaterali di una parabola culturale*, Marietti, 2017, ha il merito di illuminare i nodi essenziali di tali problematiche.

A partire da un'accurata e sintetica descrizione del percorso storico-filosofico della modernità, si giunge a descrivere come nel secolo XX sia profondamente cambiato «lo statuto dei concetti di verità e di realtà»¹, giungendo a un approdo volto ad affievolire proprio il nesso fra realtà e verità in un ambito sociale in cui parallelamente si allentano nella società occidentale legami sociali e strutture politiche. Hanno contribuito a tale nuovo assetto molti fattori, alcuni strettamente filosofici, come l'egemonia dell'impostazione antimetafisica e costruttivistico-nominalista, altri legati alla secolarizzazione o all'affermazione del mito del sapere scientifico.

Anche nelle scienze della comunicazione e negli studi specifici sul giornalismo si possono rilevare evoluzioni significative proprio nell'ultimo secolo: anche qui si è messa radicalmente in discussione ogni concetto di «verità», a beneficio piuttosto di una sovraesposizione dell'idea di interpretazione, in grado di soppiantare ogni riferimento alla stessa realtà fattuale.

La ricostruzione di Gili e Maddalena non si ferma qui, ma prosegue osservando con molto acume come tale prospettiva abbia «generato nel tempo una serie di processi e di effetti perversi»². Si tratta, infatti, di smascherare alcune distorsioni o illusioni dell'attuale società della «conoscenza», a partire dall'idea che questa potesse creare di per sé una società migliore e la consapevolezza secondo cui proprio l'indebolimento del concetto di verità e dei legami sociali tradizionali «finisce per diventare paradossalmente la miglior difesa dello *status quo*».

* Michele Rosboch, Professore associato di Storia del diritto italiano ed europeo IUS/19, Università degli Studi di Torino. Email: michele.rosboch@unito.it

¹ G. Maddalena, G. Gili, 2017, 10.

² Ivi, 47.

Proprio nel Novecento, infatti, sconfessando il cosiddetto «mito dell'obiettività» si sono invece registrati i più vasti fenomeni storici di manipolazione del consenso e dominio sulle masse, fino alla forma estrema del totalitarismo nazionalsocialista; giustamente David Riesman parlava di «uomo eterodiretto», in una situazione in cui gli stessi sistemi di riferimento fattuali e culturali – *frame* – risultano essere fortemente manipolati, parallelamente si fanno strada nel mondo della comunicazioni i cosiddetti «fattoidi», vere e proprie «allucinazioni mediali» consistenti nell'invenzione di notizie su eventi mai avvenuti, largamente utilizzati, ad esempio, in occasione di eventi bellici o rivoluzionari, quali il massacro inesistente di Timisoara nel 1989 o le atrocità irachene o libiche del 2003 e del 2011.

Di grande interesse nel libro è, infine, l'individuazione delle «sorprese» emerse negli ultimi anni; si possono infatti rilevare alcuni contraccolpi ed effetti imprevisi nelle vicende considerate indiscutibili nell'eclissi dell'idea di verità e dell'affievolimento di valori e legami umani.

Il primo fenomeno non previsto è la «comparsa sulla scena politico-mediatica di attori non invitati» in grado di scompigliare il consolidato *mainstream* politico internazionale: da Putin a Trump, dai leader europei sovranisti ai sostenitori della Brexit. Popoli e realtà politiche sempre più disintermediate si sono in tale contesto sorprendentemente riaggregate a partire da sistemi di valori tradizionali e dimensioni locali, sbaragliando il campo del *politically correct*.

Questo fenomeno si accompagna al venir meno della credibilità dei *media* e dei nuovi attori social: basti pensare al recente scandalo di *Facebook* e della vendita di dati sensibili alla società *Cambridge Analytica*; più in profondità si tratta della crisi del paradigma progressista del pensiero critico, quale agorà di dialogo e di opinioni come tale in grado di emancipare e migliorare la società.

In terzo luogo si deve riconoscere un ritorno alle pretese della verità; proprio per superare l'impasse del pensiero critico universale, si predica un ritorno alla fattualità e una riabilitazione della stessa idea di verità: il *New York Times* titolava a questo proposito nel 2017 «The truth is hard»! Si è passati, insomma, a rovesciare l'idea secondo cui «non ci sono fatti, ma solo interpretazioni» (Nietzsche) alla formula secondo cui «non ci sono interpretazioni, ma solo fatti (prevedibili e banali)»³; dove, ovviamente, anche il rovesciamento è deludente e incapace di soddisfare la complessità dell'agire umano nella società di oggi.

Come e dove riprendere? Meritoriamente, gli Autori non si sottraggono a quest'ultima provocazione, tentando di uscire dalla morsa fra scetticismo e nuovo positivismo: la proposta finale del libro è quella, convincente, di un rinnovato «realismo ricco», basato su due osservazioni di fondo. La prima è la valorizzazione della stessa idea di comunicazione: «tutto l'essere è comunicazione», e il senso della realtà è in essa *già* presente, a disposizione della scoperta e dello sviluppo umano. In secondo luogo si tratta

³ Ivi, 93.

di superare la fuorviante dicotomia fra teoria e pratica (e mi permetto di aggiungere, fra pensiero e azione): la *comprensione della realtà*, infatti, dipende da gesti e azioni conoscitive «intere» e non frazionate.

Infine, tale realismo ricco implica l'attenzione alle visioni del mondo e agli ambiti concreti in cui sono inserite e da cui provengono: relazioni sociali, istituzioni, comunità, territori. Una ricerca della verità intessuta di legami forti, e da «relazioni comunitarie vitali»⁴. La solitudine della post-verità non è insomma un destino ineluttabile, ma ad essa si può effettivamente rispondere attraverso «un'educazione *non scettica* al pensiero critico»; la si può anche chiamare *amicizia*.

⁴ Ivi, 97.