

«DIRITTO VIVENTE» – PERFORMATIVO, NON DISCORSIVO*

di Claudius Messner

Sommario: 1. Il diritto come ordine. - 1.1. Diritto e morale. - 1.2. Diritto e politica. - 1.2.1. La Costituzione come narrazione fondativa. - 1.2.2. Costituzione e controllo. - 2. L'ordine giuridico come sistema operativo. - 2.1. Fact from fiction. - 2.2. Amministrazione della giustizia.

Il continuo dibattito sulle caratteristiche e le conseguenze dei processi della cosiddetta globalizzazione ha prodotto varie visioni etico-politiche finalizzate a ri-disegnare le relazioni tra diritto, morale e politica. Questo articolo si propone di discutere, dal punto di vista del diritto positivo moderno, alcuni problemi collegati a tali suggerimenti. Non di raro, quando si tratta del ruolo del diritto, si sentono frasi come questa: «It is a condition of a rule-based international order that law evolves in response to developments such as proliferation, terrorism and global warming»¹. Senza difficoltà alcuna si potrebbero aggiungere altri «sviluppi» quali la redistribuzione del reddito, il fondamentalismo religioso, le biotecnologie, e forme di violenza statale come i cosiddetti interventi «umanitari» e la tortura², che si presentano spesso e volentieri

* Questo articolo si basa su una relazione tenuta per i «Seminari Interdisciplinari di Diritto, Filosofia & Società», organizzati dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia (Marzo 2009). Una precedente versione di questo articolo è stata presentata al convegno «Legal Rules, Moral Norms, and Democratic Principles», organizzato dalla «International Roundtable for the Semiotics of Law» e dalle Università di Poznan e di Łódź (Poznan, settembre 2010), ed è in corso di stampa nell'annuario del International Journal for the Semiotics of Law. Ringrazio i partecipanti di questi incontri per le loro osservazioni. Particolari ringraziamenti vanno a Francesco Saverio Nisio, Adam Czarnota, Stephen Skinner e, last but not least, Eligio Resta.

¹ Council of the European Union, *A Secure Europe in a Better World: European Security Strategy*, Brussels, 12 december 2003, in <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/78367.pdf>, 27 ottobre 2010, p. 10.

² Cfr. il mio «*Individuals first?*» Osservazioni sulla nuova strategia europea di sicu-

come «casi limite» del diritto o «problemi valutativi» che – così la tesi implicita – richiederebbero una evoluzione del diritto, un passo definitivo in avanti che lo renderebbe «responsive», e cioè vicino ai fatti, ricettivo alle realtà, sensibile alla vita.

È proprio questo il posto del discorso sul diritto «vivente». Non che si tratti di un fenomeno nuovo alla teoria del diritto. Essendo, all'inizio del ventesimo secolo, un tema centrale della *Grundlegung*³ della sociologia del diritto di Eugen Ehrlich come anche delle lezioni del giudice Cardozo sul rapporto tra diritto e processo giudiziale⁴, la metafora riappare, negli anni '60, nella veste dell'opposizione affermata dal giusrealismo tra un diritto *in action* e uno *in the books*, per essere poi presente, almeno ideologicamente, in approcci diversi che vanno dai lavori di Ronald Dworkin⁵ al pragmatismo⁶. Di recente, Eligio Resta ha cercato di ricostruire la formula concependo come «vivente» quel diritto che eccede le proposizioni legali, il diritto attuale, effettivo e trionfante che governa «l'intera nostra vita pratica» e che assolve alla sua funzione di garantire giustizia anche e proprio nelle particolari circostanze del caso singolo⁷.

Così, il diritto «vivente» sembra contenere una promessa: la garanzia di essere flessibile, particolare e concreto, di consentire modernizzazione⁸, di aprire a realtà e vita, fraternità e giustizia. Tuttavia, in virtù delle stesse caratteristiche, esso appare anche come minaccia, come un pericolo per le regole e il controllo democratico, per razionalità e validità universale, per uguaglianza e libertà⁹.

rezza globale, in *Antigone. Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, 1, 2, 2006, pp. 107-122.

³ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, (1913) 1989 (4ª ed.).

⁴ B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale UP, 1921; Id., *The Growth of the Law*, New Haven, Yale UP, 1924.

⁵ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard UP, 1977; Id., *Law's Empire*, Cambridge, Harvard UP, 1986.

⁶ P. Nonet, P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Octagon Books, 1978; P.S. Atiyah, *From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

⁷ E. Resta, *Diritto vivente*, Bari-Roma, Laterza, 2008, pp. 32 ss.

⁸ G. Alpa, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente». Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia del diritto*, XXXV, 3, 2008, pp. 47-81.

⁹ Si vedano, per un bilancio provvisorio, gli interventi di M.R. Ferrarese, *Mercato e diritto nello spazio globale*, pp. 119-122, e di F. Galgano, *I caratteri della giuridicità nell'epoca della globalizzazione*, pp. 173-185, entrambi in G. Torresetti (a cura di), *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione*, Macerata, EUM, 2008.

A mio modo di vedere, il problema posto dal «diritto vivente» consiste nel comprendere «come le istituzioni giuridiche traducono un linguaggio dell'immaginazione in un linguaggio della decisione formando così un certo senso di giustizia»¹⁰, e, precisamente, il senso *giuridico* di giustizia. Si tratta di due questioni di fondo: può il diritto rispondere, e attraverso quali operazioni? Ci sono regole giuridiche da sempre valide, quali e di che carattere sono le forme attraverso le quali il diritto produce decisioni?

La risposta complessiva sarà negativa: il diritto non può «rispondere» e non dispone di regole immutabili. Spiegherò questa tesi in due momenti: in primo luogo considero il diritto in quanto moderno ordinamento giuridico positivo, e descrivo le sue relazioni con la morale e la politica, focalizzando l'attenzione, per quel che riguarda quest'ultima, sulle questioni della fondazione, della Costituzione e del controllo. In secondo luogo, considerando il diritto come sistema operativo, analizzo la questione della «responsività» del diritto. Al centro vi sono il ruolo della finzione, del giudizio riflessivo, della performatività.

1. Il diritto come ordine

Come si definisce lo *status* specifico del diritto positivo? Il punto di partenza è l'osservazione empirica stando alla quale vi è diritto ed esistono ordinamenti giuridici¹¹. «Law is a social presence with a concrete and rather stable form that is here to stay as long as society does not collapse»¹². Pertanto, il moderno diritto differenziato può essere descritto come un ordine *sui generis*. Anticipando i risultati dell'abozzo di descrizione che segue si può dire che il diritto moderno positivo è esplicitamente contenuto in e fondato su se stesso. Il diritto positivo è un ordine immanente, è consapevole di essere un ordine di ordini, e opera pragmaticamente.

Questo ordine meglio si caratterizza per i processi quotidiani del suo funzionamento, come anche per la sua abilità nell'accettare

¹⁰ C. Geertz, *Local Knowledge. Further Essays in Interpretative Anthropology*, New York, Basic Books, 1983, p. 174.

¹¹ N. Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984.

¹² B.Z. Tamanaha, *Realistic Socio-legal Theory. Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford, Oxford UP, 1997, p. 250.

solo pretese giuridiche e «titoli»¹³ e nondimeno di funzionare in maniera eccellente. Il successo del diritto moderno è dovuto al suo essere indifferente, al taglio metodico di certe presunzioni e di certi orizzonti di senso. Proprio a questo punto si trova ciò che prima di tutto sembra compromettere l'ordine giuridico dal punto di vista della morale e della politica (e, naturalmente, dell'economia): il diritto non può affatto «rispondere». Aspettative, pretese e titoli provenienti dal «di fuori» sono già da sempre diventati «casi» quando vengono riconosciuti dal diritto.

Ma questo fatto non può essere osservato dalla prospettiva dell'ordinamento giuridico. È evidente invece quando si assume un punto di vista sociologico e, precisamente, quello della teoria sociale di Niklas Luhmann. Come è noto, Luhmann parte dall'idea di fondo che la **società andrebbe descritta partendo dalla comunicazione**: la società può essere descritta come il sistema complessivo di tutte le comunicazioni sociali. Nel quadro di riferimento di questa teoria «post-ontologica» il diritto può essere descritto come un sistema costituito da comunicazioni, e, specificamente, come un sistema funzionale della società differenziata dotato di auto-descrizioni. Il diritto si contraddistingue per la specifica forma di comunicazione, e non per gli aspetti concreti della sua istituzionalizzazione. Decisiva è la differenza tra la comunicazione giuridica e le varie altre comunicazioni orientate diversamente.

Le comunicazioni giuridiche si orientano alla distinzione diritto/non-diritto. Esse possono essere attualizzate da ciascuno, in ogni momento e in ogni luogo. Pertanto, i confini del diritto inteso come sistema inclusivo di tutte le comunicazioni giuridiche, non corrispondono né ai limiti delle organizzazioni e istituzioni giuridiche né a barriere e impedimenti professionali. Non tutte le comunicazioni sociali appartengono al sistema giuridico, ma ogni comunicazione può collocarsi al suo interno nell'osservare la differenza guida del sistema tra diritto e non-diritto. Ciò accade precisamente nel momento in cui si afferma qualcosa come legale o illegale, e cioè quando una comunicazione pretende validità giuridica. È l'osservazione del codice diritto/non-diritto ad attuare la chiusura operativa, i.e. normativa del diritto¹⁴.

¹³ Cfr., per la funzione e lo *status*, a un tempo legale e fittizio di ogni *titolo*, J. Derrida, *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, a cura di F. Garritano, Catanzaro, Abramo, 1996, p. 72.

¹⁴ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993.

Così, il sistema giuridico include realmente tutte le comunicazioni giuridiche. La complessità generata da questo fatto viene gestita dal sistema nel rappresentare la sua unità come identità di un sistema di azioni¹⁵. Vi è quindi una scissione: come sistema comunicativo il diritto si costituisce come sistema al cui interno si attribuiscono azioni ad attori; d'altro canto, il sistema giuridico *strictu sensu* consiste, e per questa ragione, di «atti giuridici», di azioni quali sentenze, leggi, contratti, e misure amministrative. La qualità che accomuna tutti questi «atti» sta nel fatto che cambiano la situazione giuridica e richiedono, quindi, conseguenze giuridiche. In questo modo, all'interno del sistema giuridico (come volume di tutte le comunicazioni giuridiche) si differenzia un'area ristretta di quelle decisioni che sono giuridicamente vincolanti quando si tratta di esaminare e alterare la situazione giuridica. Luhmann chiama questa sfera il «sistema decisionale organizzato»¹⁶. La sua base è la riflessività della produzione normativa, la «normazione del normare», il fatto cioè che norme procedurali, norme di competenza e norme organizzative conferiscono (se osservate) forza vincolante a una decisione rendendola un «atto giuridico». Pertanto: «Diritto è ciò che il diritto determina come diritto»¹⁷.

Questo è, per tornare alla questione della presunta «responsività» del diritto, il motivo per cui possiamo parlare – sempre da un punto di vista extra-giuridico – di un punto cieco del diritto dovuto al suo carattere sistemico. Il diritto non conosce l'altro radicale di sé, l'unico «altro» che conosce è l'altro già giuridicamente trasformato. L'unica pretesa di giustizia a cui può, anzi deve rispondere, è la pretesa giuridica decifrabile come «titolo» o «caso».

Pertanto, è «l'altro del diritto piuttosto che l'altro nel diritto, che marca la soglia dell'ordine del diritto»¹⁸. L'altro è consapevolmente escluso, risposte ad esso possono essere trovate solo al di là dei confini della giuridificazione. È proprio per questo che il diritto si distingue da altri ordini. Ordine giuridico significa che solo concetti giuridici contano e possono contare. La giustizia

¹⁵ Cfr. N. Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2002, pp. 321 ss.

¹⁶ N. Luhmann, *Das Recht...*, cit., p. 145.

¹⁷ N. Luhmann, *Das Recht...*, cit., pp. 143 ss.

¹⁸ P. Gehring, *Can the Legal Order «Respond»?*, in *Ethical Perspectives*, 13, 2006, p. 473.

giuridica si definisce in termini dell'universalità formale di questi concetti. Questioni morali o politiche di giustizia riguardano i limiti esterni del diritto, ma decisivo non è una certa regola o decisione all'interno di questa sfera, il passo decisivo è quello che conduce nell'impero del diritto. L'ordine esclude, come ogni ordine. Ma il punto è che il diritto non organizza tale esclusione in modo tacito. E dal punto di vista giuridico non esiste nemmeno un punto cieco. Perché il diritto riconosce e definisce se stesso proprio in termini di questo punto cieco.

1.1. *Diritto e morale*

Si può riconoscere il pregiudizio di alcuni filosofi della morale e della politica nel fatto che essi tendono ad ignorare l'ordine moderno positivo del diritto con le sue acquisizioni innegabili o che considerano la giustizia giuridica come mera riflessione, più o meno distorta, della sua controparte morale. La visione comune della relazione fra diritto e morale sembra essere che la morale si rapporta al diritto come il principio critico all'applicazione convenzionale. La morale appare come «naturale» e, se tutto va bene, come il prodotto di una riflessione serena, razionale e basata sui principi che determinano la natura del mondo e il ruolo dell'uomo in esso¹⁹. Secondo questa opinione la morale è in un certo senso precedente alle e indipendente dalle pratiche sociali in generale, e dalle pratiche giuridiche in particolare. Mentre il diritto è necessariamente un fenomeno sociale, oggetto di convenzioni e di prassi, la morale, in fin dei conti, è non-convenzionale e critica, e fornisce gli standard definitivi per la valutazione etica del diritto e di altre pratiche sociali. Sembra evidente, allora, che il diritto può essere criticato in termini morali, mentre la morale non può essere sottoposta a una critica nei termini del diritto.

Con tutta evidenza a questa posizione si potrebbe obiettare che, in assenza di un accordo su cosa sia la morale e quali i «nostri» standard morali, non ha molto senso considerare e trattare la relazione fra diritto e morale come quella fra principio e

¹⁹ Si veda P. Cane, *Responsibility in Law and Morality*, Oxford Portland, Hart Publishing, 2002.

realizzazione imperfetta. Ma questo argomento non convincerebbe chi ritiene, con Herbert Hart, che la morale esiste e attende solo di essere scoperta²⁰. Anzi, la mera asserzione che esistono due ordini ordini separati potrebbe apparire come dissimulazione delle vere questioni: la riflessione su diritto e morale può ridursi al tipo kantiano di ordine, o è possibile concepire il diritto come contesto tecnico-pratico, e cioè come *dispositif*? È l'etica l'intenzione nascosta del diritto? Non è che possiamo, che potremmo trovare «regole giuridiche che sono valide da sempre»²¹?

Le considerazioni precedenti mi portano a una conclusione diversa²². La teoria sociale non ha alcun bisogno di accettare il raddoppiamento della realtà da parte della teoria normativa. **Le norme possono essere considerate come fatti:** come forme dell'aspettare, dell'agire e dell'orientarsi. Esse sono eventi nelle comunicazioni empiricamente osservabili, sono pratiche. Come il diritto, così anche la morale è una forma della comunicazione sociale. La questione è quindi, nel nostro contesto, se vi sia un nesso tra la semantica del diritto e quella della morale, da un lato, e la forma predominante della differenziazione sociale dall'altro. Sistemi diversi di comunicazione comunicano sugli eventi osservati usando codici differenti. Bisogna allora comprendere perché, come e in quali condizioni storiche particolari i sistemi producono forme o «codici» specifici di comunicazione. Al centro non vi sono regole e eventi, ma diverse versioni del mondo, diverse forme di vita, epistemes, sistemi noetici, orizzonti di senso. Più concretamente: l'interesse non è di scoprire verità eterne, ma di comprendere come determinati problemi normativi siano gestiti dagli «uffici» a ciò predisposti quali parlamenti, i governi e i tribunali, e di osservare che cosa fanno quando si prendono «cura» di questi problemi²³.

Da questo punto di vista è chiaro che per morale bisogna intendere un insieme di giudizi, e non delle norme universali, come fa, per esempio, il filosofo della morale Ernst Tugendhat²⁴.

²⁰ Come crede E. Pattaro, *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality That Ought to Be*, Dordrecht New York, Springer, 2007.

²¹ E. Resta, *Diritto...*, cit., p. 58.

²² Cfr. il mio *Law, Brain, and Society*, recensione a *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be* di E. Pattaro, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 23, 1, 2010, pp. 99-109.

²³ N. Luhmann, *Die Politik...*, cit., p. 356.

²⁴ E. Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993.

Mentre la filosofia morale, a partire da Kant, definisce la morale come le norme universalmente valide dell'agire, per Tugendhat morale significa la quantità dei giudizi morali accessibili di una cultura. Norme, massime, e virtù si riferiscono a cose che sono state dette o fatte e che possono essere programmate e accertate. «La morale non è una qualità di azioni o di persone; come la legalità, è un aspetto sotto cui consideriamo e giudichiamo azioni, attitudini e attori (...) La specificità della morale si trova nei criteri dell'ordine che osserviamo»²⁵. Come aspetto, una morale che pretende di essere «pura», si rivela una morale senza fondo: necessita come appoggio dell'osservazione di azioni²⁶.

1.2. Diritto e politica

1.2.1. La Costituzione come narrazione fondativa

Narrazioni fondative corrispondono a quel che il giurista chiama «fonti». Quali candidati a tale funzione si sono presentati nella storia del diritto «la voce» della legge, il giudice, la coscienza morale e, infine, i diritti soggettivi dei cittadini²⁷. L'ultima acquisizione in questa serie, vera e propria acquisizione della modernità, è l'idea della Costituzione. Nel nostro contesto, il termine ci interessa solo per questo aspetto.

Con la Costituzione i tentativi di legittimare l'ordine politico raggiungono un nuovo livello. Un governo costituzionale è un governo di cui si può dire che potrebbe essere stato approvato da ciascun cittadino. Una forma che sarebbe stata scelta così come si scelgono i termini di un contratto. Costituzione e contratto sono documenti, ambedue sono redatti e accettati. Ma un contratto è una specie di scambio, un accordo che osserva la logica del *do ut des*, e gli effetti prodotti sono molto diversi²⁸. Una Costituzione, scrive Elizabeth Wolgast, è «un'impresa creativa la cui

²⁵ B. Waldenfels, *Schattenrisse der Moral*, Frankfurt, Suhrkamp, 2006, pp. 93 ss.

²⁶ Si veda il mio *Crime, Crisis, Critique. On Dogmatic and Creative Use of Foundations*, in R. Lippens, P. Van Calster (eds.), *New Directions for Criminology. Notes from outside the Field*, Antwerpen, Maklu Publishers, 2009, pp. 135-153.

²⁷ Si veda F. Ost, *Raconter la loi*, Paris, Odile Jacob, 2004.

²⁸ P. Cane, *Responsibility...*, cit., pp. 190 ss.; cfr. però, per il contratto «come fonte di diritto nuovo», F. Galgano, *Giuridicità...*, cit., pp. 177 ss.

caratteristica particolare è (...) l'*attuazione del giudizio* su come meglio si possa garantire e mettere in opera un buon governo. È opera dell'immaginazione»²⁹.

Certo, le Costituzioni si basano su narrazioni storiche. Ma questo non è il punto. Interessante è il fatto che la società presenta a se stessa, attraverso la forma Costituzione, il suo passato come un passato scelto: è questa scelta che costituisce la società politica. La storia narrata contiene tanto pretese di razionalità e di legalità quanto rivendicazioni morali. Pertanto, il testo costituzionale si apre a letture differenti da parte del sistema giuridico e del sistema politico. Dal momento dell'entrata in vigore della Costituzione, quest'auto-descrizione scritta va presa sul serio da chiunque faccia riferimento all'ordine costituzionale. Il testo della Costituzione richiama il passato della società come una serie di eventi cui siamo, ad un tempo, legati e non. La metafora della «fonte» usata dai giuristi indica con precisione l'allontanamento del presente dall'origine della fonte.

In quanto scelta, la Costituzione marca il «nuovo» inizio («principio») di una comunità e il programma dell'ordine politico e giuridico da realizzare. I costituzionalisti affermano che questo «progetto» si è sviluppato negli innumerevoli tentativi storici di realizzare l'idea di uno Stato democratico cui «il popolo» ha diritto («titolo»), che deriva «dal popolo», è responsabile «davanti al popolo» o che esiste per «il popolo». Tali descrizioni fanno ovviamente parte dell'auto-descrizione della società. In realtà, nessuno sa cosa significhi «democrazia»³⁰. Tuttavia, vi è da notare che, quando un testo costituzionale fa riferimento al popolo, «il popolo» è l'oggetto di proposizioni normative che hanno un senso né metafisico o naturalistico né cinico. La questione del popolo riguarda il punto di riferimento di attribuzioni normative. È l'equivalente della questione della legittimità dell'ordine costituzionale.

²⁹ E.H. Wolgast, *The Grammar of Justice*, Ithaca-London, Cornell UP, 1987.

³⁰ Da questa indeterminatezza nell'interpretazione del democratico, quando essa è messa in opera, deriva la potenza della «finzione ontoteologica» della democrazia che serve a spiegare chi abbia il diritto di «fare, sovraneamente, il diritto»: J. Derrida, *Stati canaglia*, Milano, Cortina, 2003, p. 10; cfr., per l'assenza di definizioni rigorose e di una risposta alla domanda cosa significhi al presente «democrazia», L. Lambrecht, *Demokratie*, in H.J. Sandkühler (ed.), *Enzyklopädie Philosophie*, vol. I, Hamburg, Meiner, 1999; A. Touraine, *Critique de la modernité*, Paris, Fayard, 1992.

La forma costituzionale assicura la visibilità del progetto della società come scelta e marca l'istituzione di questo progetto. Esso protegge ciò che si può chiamare, con Cornelius Castoriadis, «l'immaginario sociale», e non razionalità, asserisce validità, e non giustizia. Può anche generare legami sociali, ma non può dimostrare perché bisogna seguire le regole della Costituzione.

Il «momento costituzionale»³¹, in ogni caso, non è il momento della discontinuità fra ciò che precede la Costituzione e ciò che succede. È la marcatura che segna la differenza tra il testo costituzionale e il contesto (costituito) che lo costituisce. Dal punto di vista della teoria dei sistemi, una Costituzione è l'evento in cui confluiscono il presente del sistema politico e il presente del sistema giuridico, è la corrispondenza tra una temporalità interna e una temporalità esterna che costruisce il confine degli orizzonti temporali del passato e del futuro. Una volta osservato questo evento/confine, il cambiamento effettuato dalla Costituzione è irreversibile e ogni modifica successiva sarà proprio questo: un cambiamento³². L'istituzione di una Costituzione ha come effetto la costruzione di presenti e futuri multipli, e tutti quanti sono vincolati dalla continuità dell'esternalizzazione temporale.

Questa prospettiva impone all'interpretazione di tener conto della **temporalità dell'operare**. I sistemi possono operare solo al presente. Tutte le operazioni, se vi sono, hanno luogo nel presente. Allo stesso tempo, ciascun sistema costruisce la propria temporalità. Per individuare il momento «costituzionale» non bisogna guardare al punto di discontinuità testuale, ma alla costruzione sistemica delle distinzioni: tra «prima» e «dopo», costituito e costituente, testo e contesto. Per quanto riguarda il sistema giuridico, la sede della costruzione sistemica è, come dicevamo, il «sistema decisionale organizzato», e, precisamente, la giurisprudenza dei tribunali³³.

Riguardo alla produzione di distinzioni all'interno del sistema giuridico si può convenire con Richard Dworkin che il diritto non si trova nei diritti e nei codici bensì nella grande catena

³¹ B. Ackerman, *We the People*, Cambridge, Mass., Harvard UP, 1998.

³² Cfr., per quel che segue, A. Philippopoulos-Mihalopoulos, *Niklas Luhmann: Law, Justice, Society*, London, Routledge, 2009.

³³ Cfr., per i «gravi e delicati problemi» connessi con la determinazione del momento, P. Pugliatti, *Continuo e discontinuo*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 97.

dei giudici che, tutti insieme, narrano un indeterminabile racconto cui ciascuno contribuisce con un singolo capitolo. Secondo Dworkin³⁴, la connessione della catena è garantita da coerenza narrativa piuttosto che da consistenza logica. Di conseguenza, un caso va trattato nella prospettiva dell'intera («precedente») storia costituzionale. In altre parole, la coerenza narrativa ricercata è coerenza solo relativamente alla storia che la società racconta a se stessa. Un giudice, così come ciascun altro, deve spiegare la propria differenza quando fa riferimento a questa storia. Si noti che questo è vero in ogni caso: anche quando una decisione giudiziale è in conformità con i «precedenti», esiste la questione della differenza, perché **le decisioni non ripetono, ma attualizzano il passato**. Proprio in questo punto troviamo il *récit juridique*, la storia narrata dal diritto «vivente».

1.2.2. Costituzione e controllo

Il pensiero giuridico tradizionale considera la Costituzione un testo giuridico situato al vertice del politico. Sottomesse alla legge costituzionale, le forze politiche sarebbero controllate e limitate. Ma i limiti non soltanto separano, essi sconnettono e connettono allo stesso tempo. Il costrutto della *rule of law*, dello «Stato di diritto» o *Rechtsstaat*, usa questa precisa caratteristica bifronte³⁵ per assolvere alla sua funzione. Dal punto di vista funzionale

lo Stato è un'unità immaginaria, uno stratagemma di attribuzione adoperabile dalla politica e dal diritto in maniera diversa. Il riferimento allo Stato rende possibile il cambio della prospettiva guida a seconda del fatto che si diriga lo sguardo dal sistema politico al diritto oppure dal sistema giuridico alla politica. Ed è proprio questo cambio di prospettiva che rimane inosservato, se si concepisce lo Stato come unità politico-giuridica³⁶.

³⁴ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard UP, 1977.

³⁵ Inevitabile, nel nostro contesto, e nient'affatto ilare, il riferimento a Giano (*Ianus*), l'arcaico dio degli inizi e dei passaggi, *Divum Deus* il cui nome, secondo Macrobio, indica l'*ire*, l'operare perenne, e precisamente il fatto che il mondo va sempre, muovendosi in cerchio e partendo da sé stesso a sé stesso ritorna: «Ilanumque ab eundo dictum, quod mundus semper eat, dum in orbem volvitur et ex se initium faciens in se refertur», Macrobius, *Saturnalia*, I.9, p. 11. Cfr., per la descrizione, A. Ferrari, *Dizionario di mitologia greca e latina*, Torino, UTET, 1999; G. Dumézil, *La religione romana arcaica*, Milano, Rizzoli, 2001.

³⁶ N. Luhmann, *Die Politik...*, cit., p. 391. Rimando al mio *Diritto, politica, tortura e altri «states of concern»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIX, 2, 2009, pp. 525-543.

La funzione della Costituzione non è, come vuole il costituzionalismo moderno, quella di consentire il superamento dei limiti, ma, al contrario, la loro corroborazione a garanzia dell'autonomia del sistema giuridico e del sistema politico. La Costituzione rende possibile l'incontro fra diritto e politica tenendo separati i sistemi; il luogo di questo incontro è lo Stato. Diritto e politica, in tal modo «accoppiati», sono in grado di restringere reciprocamente l'influenza che esercita l'uno sull'altro, e la Costituzione può essere «letta» contemporaneamente dall'esterno e dall'interno di ciascun sistema. Di conseguenza, l'irritabilità reciproca e le possibilità evolutive di entrambi aumentano. In questo modo la Costituzione può dare «risposte» politiche al problema dell'autoreferenzialità del diritto e risposte giuridiche al problema dell'autoreferenzialità della politica. La mitologia della Costituzione e dei suoi «valori fondamentali» serve a dissimulare il fatto che la Costituzione costituisce una forma «aperta a una doppia lettura»: un bifrontismo, questo, che impedisce la generazione continua di «irrisolvibili conflitti politici»³⁷. È chiaro, a questo punto, il perché la descrizione del funzionamento della forma costituzionale in base al «controllo» sia fuorviante: essa presuppone una relazione causale tra diritto e politica e ignora il paradosso fondamentale dell'operare della forma costituzionale, ovvero sia la circolarità tra testo e contesto. È evidente, dal punto di vista dell'accoppiamento strutturale, che il testo della Costituzione appartiene sia alla politica che al diritto, e tuttavia sfugge ad entrambi sistemi per la circolarità con il suo contesto. Questo contesto assume, come si è detto, forme diverse a seconda della direzione dell'osservazione. In virtù di questa circolarità rimane inesplicabile se la validità della Costituzione sia dovuta al sistema (il sistema giuridico o il sistema politico) o al suo contesto (il sistema giuridico o il sistema politico).

2. L'ordine giuridico come sistema operativo

2.1. Fact from fiction

Grazie alla chiusura sistemica il diritto è capace di trasformare, attraverso processi che si potrebbero descrivere con Nelson

³⁷ N. Luhmann, *Die Politik...*, cit., p. 478.

Goodman come creazione di «fatti da finzioni»³⁸, vecchi mondi in mondi nuovi. Ma le finzioni del diritto non hanno una funzione referenziale, sono gesti, modi di rappresentazione. Le finzioni, quindi, non sono il lato irrealista della realtà o, addirittura, l'opposto della razionalità. Sono piuttosto le condizioni di possibilità della produzione di versioni del mondo la cui realtà non può essere messo in dubbio³⁹. Secondo il commento di Baldus alle pandette «la finzione ha il suo luogo dove la verità può avere luogo» (*fictio habet locum, ubi potest habere locum veritas*, D. 17.2.3, n. 2), e per San Tommaso la finzione è una *figura veritatis*, si potrebbe dire un *rappresentante* della verità⁴⁰. Lungi dall'essere considerate come fatti «notoriamente falsi» o esempi «di modi errati del ragionamento»⁴¹, la finzione, qui, è considerata come strumento euristico capace di rivelare effetti giuridici nascosti e conseguenze che, «naturalmente», non esistono. Non si afferma, e nemmeno si implica, la possibilità di accedere per via della finzione a una realtà ontologica. Anzi: «Nota quod fictio naturae rationem et stylum imitatur» (D. 1.7.16), come consiglia Baldus al lettore: bisogna «tenere presente che la finzione imita la logica e lo stile della natura», e non i suoi prodotti. Sembra che la finzione nel diritto non sia discredita finché il pensiero cristiano medioevale e interpretazioni scolastiche non esercitano pressione verso il controllo «delle deviazioni del diritto civile dalla natura» e una sua delimitazione «nei limiti di una realtà che si crede inviolabile, perché creata e voluta da Dio»⁴². In ogni caso, la finzione come strumento metodologico del pensiero giuridico non è né quel «giocattolo» che era agli occhi di Bentham né, come ritiene il pensiero dogmatico-giuridico del ventesimo secolo, una menzogna innocente che nasconde il volto della verità⁴³.

³⁸ N. Goodman, *Ways of Worldmaking*, Indianapolis, Hackett, 1978, pp. 102 ss.

³⁹ Galgano, riferendosi al passaggio dalla società industriale a quella «postindustriale», osserva addirittura una sostituzione della «tecnologia industriale» con la «tecnica giuridica. Fino a ieri i contratti avevano assolto solo la funzione di far circolare le cose; oggi servono anche per produrle, per creare i prodotti finanziari»: F. Galgano, *Giuridicità...*, cit., p. 177.

⁴⁰ E.H. Kantorowicz, *La souveraineté de l'artiste*, (1961), in P. Legendre (ed.), *Mourir pour la patrie*, Paris, PUF, 1984, pp. 35 ss.

⁴¹ J. Bentham, *Principles of Legislation, from the Ms. of Jeremy Bentham* by M. Dumont, Boston, Wells and Lilly, 1830, pp. 285 ss.

⁴² Y. Thomas, «*Auctoritas legum non potest veritatem naturalem tollere*». *Rechtsfiktion und Natur bei den Kommentatoren des Mittelalters*, in F. Kervégan, H. Mohnhaupt, *Le droit entre nature et histoire*, Frankfurt, Klostermann, 1997, pp. 1-32.

⁴³ H.-P. Haferkamp. «*Methodenehrlichkeit?*» – *Die juristische Fiktion im Wandel*

L'irrilevanza generale di questioni referenziali prodotta dalla chiusura operativa del sistema legale è l'elemento costitutivo della finzione giuridica. Il problema della finzione nel diritto, pertanto, non sollecita il problema della relazione tra rappresentazione giuridica e realtà. Non esiste alcuna questione dell'*adequatio ad rem*. In quel che segue sosteniamo che la questione della *fictio* nel diritto va separata dalla questione della verità. La concettualizzazione della finzione come modo narrativo servirà a mostrare come l'interpretazione giuridica (il processo in cui, come si dice, si «scopre» il diritto) in realtà segua la logica del giudizio riflessivo piuttosto che lo schema della conclusione sillogistica («sussunzione»).

Dal punto di vista dei sostenitori scientifici del principio *fictio cedit veritati* dovrebbe sorprendere il fatto che nel diritto esiste una varietà di finzioni esplicitamente caratterizzate come tali: la finzione della conclusione di un contratto, la finzione di fare una dichiarazione di volontà e così via. Tuttavia, il ruolo del fingere nel diritto non si limita alla figura della finzione legale. Ma non si possono considerare come finzioni nel senso referenziale né le finzioni che si presentano esplicitamente come tali né le varianti implicite.

Per dare un breve sguardo a queste ultime, ci sono, in primo luogo, delle regole procedurali quali il principio della rappresentanza delle parti, le norme di distribuzione dell'onere di prova e le norme di esclusione che di regola comportano una scissione tra la realtà dei fatti e la realtà legale. Tecniche giuridiche quali la distribuzione dell'onere della prova o l'uso delle presunzioni non sono dettagli tecnici o mera praticità del diritto. Pur avendo anche effetti pratici come, per esempio, la riduzione dei «costi della prova», queste tecniche sono essenziali per risolvere conflitti di evidenza e incertezze epistemologiche⁴⁴.

In secondo luogo, il prerequisito per l'attribuzione di causalità è, nel diritto penale come nel diritto civile, un'immaginaria supposta attività della persona accusata. È o fu la persona capace di anticipare il futuro, poteva ipotizzare un altro modo di agire, una causalità diversa ma sempre basata sulle leggi

der Zeiten, in K.P. Berger et al. (eds.), *Private and Commercial Law in a European and Global Context*, Berlin, de Gruyter, 2006, pp. 1077-1090.

⁴⁴ Cfr. P. Cane, *Responsibility...*, cit., p. 92.

del mondo reale, poteva quindi immaginare un'alternativa al mondo? La descrizione del diritto della «persona giuridica» non si basa sull'osservazione diretta o indiretta del suo corpo e del suo intelletto, ma sull'attribuzione di capacità fittizie. In modo simile, quando il diritto stabilisce il criterio della «persona ragionevole», il punto di partenza è la statuizione di uno standard universale di condotta attraverso la costruzione di una specie di persona modello dotata di caratteristiche, capacità e risorse che generalmente si hanno, e la successiva domanda, che cosa questa persona avrebbe fatto nelle circostanze in cui l'accusato si era trovato. I giuristi considerano la «persona ragionevole» un criterio «oggettivo», mentre si tratta, evidentemente, di un modello onto-nomologico che seleziona certe caratteristiche sulla base di certi tipi sociali prescelti⁴⁵.

In terzo luogo, l'uso del termine «persona» è controllato da varie regole e attributi giuridici e non dalla natura umana. Nessuno figura, nel diritto, se non come variabile di validità. La persona di cui parla il diritto è uno *status*, un artefatto di regole giuridiche. Ciò segna una differenza fondamentale tra gli approcci umanistici e l'approccio giuridico: lo *status* giuridico è una funzione non della personalità quanto dei prerequisiti giuridici.

«En définitive, les fictions sont des constructions artificielles, ne correspondant pas à la réalité et l'altérant même délibérément, mais qui répondent à des exigences de l'ordre juridique»⁴⁶. L'immaginazione giuridica non si riferisce a una realtà al di fuori del diritto. Al contrario, si esclude consapevolmente la verifica del mondo «esterno». Il diritto considera questo fatto come specifica conquista. Mentre il diritto, come ogni altro ordine, esclude, le esclusioni fatte dal diritto non sono esclusioni tacite. Nel rendere esplicito quel che esclude, il diritto stesso rivela precisamente ciò che gli manca in quanto ordine giuridico, cioè cosa sfugge al diritto per il suo carattere giuridico⁴⁷.

⁴⁵ Nel civile, invece, sembra che i giudici tendano oggi «a farsi organi di una società civile internazionalmente integrata» assumendo a modello, per giudicare la validità dei contratti «atipici», la costruzione di «nazioni di civiltà affine»: F. Galgano, *Giuridicità...*, cit., pp. 178 ss. – a conferma dell'impressione che le grandi innovazioni non sono più quelle che garantiscono un futuro alla società, ai gruppi o agli individui, ma quelle che dotano di futuro l'operare giuridico, cfr. L. de Sutter, *Deleuze: La pratique du droit*, Paris, Michalons, 2009, p. 100.

⁴⁶ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 81.

⁴⁷ Cfr. P. Gehring, *Can the Legal Order...*, cit., p. 475.

Questo aspetto metodico fa rassomigliare lo stile narrativo del diritto all'immaginazione psicoanalitica. La psicanalisi cura non tanto «analizzando» la situazione psicodinamica del paziente, quanto piuttosto rappresentandola linguisticamente e narrando un mito individuale. Per mezzo di metafore e finzioni che rimangono, come dice Freud, sempre *open to revision*⁴⁸, la cura-narrazione psicoanalitica cerca di rendere conscio ciò che normalmente rimanente inconscio. Non diversamente dal mito scientifico della psicoanalisi, il diritto cerca di riportare alla luce il rimosso, di rendere presenti le esclusioni, e ciò è anche quel che fa il giudice per motivare e giustificare il ragionamento applicato in una decisione.

Credo che non si tratti di un'affinità accidentale. Wittgenstein, quando parla nelle sue lezioni del metodo freudiano, osserva che «ciò che Freud dice dell'inconscio suona come scienza», cioè sembra essere una spiegazione scientifica, «ma, in realtà, si tratta di uno strumento di rappresentazione», e mette in rilievo che «tanto qui quanto in estetica si mettono insieme le cose, una affianco all'altra, per rendere riconoscibili certe caratteristiche»⁴⁹.

Infatti, la logica dell'interpretazione psicoanalitica così come la logica dell'interpretazione giuridica, può spiegarsi come forma di giudizio riflessivo. Questo concetto indica un modello del discernimento che segue una logica del capire; il modello della spiegazione, invece, segue la logica della sussunzione. La forma logica elementare di entrambi può essere ricondotta alla distinzione kantiana tra giudizio «riflessivo» e giudizio «determinativo». Nel caso di quest'ultimo, si sussumono certi (concetti) particolari sotto (concetti) universali già noti, mentre nel giudizio riflessivo si cerca di trovare (concetti) universali sconosciuti per certi (concetti) particolari dati. Secondo Kant, riflettere significa «paragonare e mettere insieme rappresentazioni date (...) in considerazione di un concetto possibile»⁵⁰.

Tuttavia, l'interpretazione «riflessiva» o estetica in questo senso ha la stessa struttura del metodo wittgensteiniano per eccellenza, il metodo della «rappresentazione perspicua»: compiendo un

⁴⁸ S. Freud, *Schriften zur Behandlungstechnik*, in A. Mitscherlich, A. Richards, J. Strachey (eds.), *Studienausgabe*, Frankfurt, Fischer, Ergänzungsband, 1969, p. 286.

⁴⁹ L. Wittgenstein, *Vorlesungen 1930-1935*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989, p. 198.

⁵⁰ I. Kant, *Erste Fassung der Einleitung in die Kritik der Urteilskraft*, in W. Weischedel (ed.), *Werke in zehn Bänden*, vol. 8, Darmstadt, WB, 1983, p. 188.

confronto che osserva affinità e differenze tra i fenomeni, essa «produce proprio quel comprendere che consiste nel «vedere il nesso». Da qui, l'importanza del trovare e inventare casi intermedi»⁵¹. Il criterio della rappresentazione perspicua non è esattezza, ma la massima «chiarezza» possibile⁵². Non mira alla spiegazione dei fenomeni osservati attraverso la sussunzione sotto leggi universali, ma cerca, elaborando le «relazioni interne», di elaborare la grammatica delle cose. Nelle sue lezioni Wittgenstein spiega il legame tra il suo metodo e il giudizio riflessivo in questi termini: «In estetica, non ci occupiamo di relazioni causali, ma della descrizione di un oggetto (...) l'estetica è descrittiva. Ciò che fa è focalizzare l'attenzione su certe qualità e mettere le cose una affianco all'altra in modo tale da far emergere queste caratteristiche in modo chiaro», ragioni estetiche «si danno mettendo le cose l'una accanto all'altra proprio come si usa fare in tribunale»; «nulla» hanno «a che fare con psicologia»⁵³.

In tal senso sembra essere «narrativo» il modo di rappresentazione del diritto. Ma ciò non implica che il modo operativo del diritto sia riducibile al parlare, al discorso. Il diritto operativo è performance del diritto, e performance non significa che «si è fatto qualcosa» o «fatto con le parole», ma che si mette in scena un «fare»⁵⁴. In questo senso, il diritto è manifestazione, produzione, messa in scena di un fare, ostentare, dichiarare, informare, rispondere e capire. Le performance possono essere ripetute, ma, come si è detto, solo come nuovi eventi e attualizzazioni che, nuovamente, saranno situate, anche in *non lieux*⁵⁵. La citazione/alterazione è il modo in cui le iterazioni costituiscono senso. Pertanto, il processo della decisione va considerato come la messa in scena della produzione di una decisione, come una performance che, nel determinare gli elementi di un caso, nell'interrogare testimoni, nel valutare le prove, nel ponderare gli interessi, nell'osservare i precedenti, e, infine, nel pronunciare

⁵¹ L. Wittgenstein, *Bemerkungen über Frazers Golden Bough*, in J. Schulte (ed.), *Vortrag über Ethik und andere kleine Schriften*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989, p. 37.

⁵² L. Wittgenstein, *Vermischte Bemerkungen*, in *Werkausgabe*, vol. 8, Frankfurt, Suhrkamp, 1984, p. 459.

⁵³ L. Wittgenstein, *Vorlesungen...*, cit., p. 196.

⁵⁴ Cfr. S. Krämer, *Sprache – Stimme – Schrift: Sieben Thesen über Performativität als Medialität*, in *Paragrana*, V, 7, 1998, pp. 33-57.

⁵⁵ A. Lucien, *Staging and the Imaginary Institution of the Judge*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 23, 2, 2010, p. 200.

la sentenza, produce un risultato che non si deduce da nessun altrove. L'«ultima parola», la decisione di un tribunale non deriva né dal caso né da quel che dice la legge.

Il diritto moderno positivo realizza il suo compito funzionando e operando realmente, le ragioni per spiegare e giustificare i risultati vengono dopo. Il fondo da cui emerge non è disponibile al diritto – come dice il Malone di Samuel Beckett: «Live or invent». Ciò sembra descrivere perfettamente il separarsi e il raddoppiarsi dell'operare.

Grazie alla sua attualizzazione, l'ordine giuridico sembra essere diviso tra l'operare dell'ordine e la sua riserva di significati, tra processo e senso. Distinzione questa, che non indica alternative della descrizione dell'ordine, ma aspetti complementari di un unico orientamento metodologico. L'osservatore può assumere una doppia prospettiva: dal punto di vista del senso sono in questione schemi, interpretazioni, auto- ed etero-osservazioni del diritto; dal punto di vista dell'operare si tratta di processi, elaborazioni, linee temporali e spaziali. Operativamente, la comunicazione si presenta come un agire, e l'azione, dal punto di vista del senso, può essere descritta come categoria dell'osservatore, o verosimilmente come costruito interpretativo di un osservatore. Pertanto, si potrebbe dire che ciò che è in gioco nel processo decisionale è l'ordine stesso. Nel suo funzionare, l'ordine non è semplicemente ripetuto, ma attualizzato. Presentare i «fatti» in un modo tale che i giudici siano in grado di ascoltarli è un rappresentare che spiega il mondo in cui tali descrizioni hanno senso. Perciò il processo che mira a «scoprire» il diritto, è, in ogni suo momento, un processo che inventa il diritto, un modo particolare di immaginare il mondo. «Un rapport juridique s'estime à sa capacité à s'articuler à des rapports juridique existants, et à permettre la production de rapports juridique nouveaux. La pratique topique du droit est un pratique de la chaîne opérationnelle: elle n'est faite que d'associations successives, et sans autre détermination que leur robustesse technique»⁵⁶. Il diritto non vede che cosa è accaduto. Ciò che accade è ciò che il diritto vede. E se il diritto è differente, è differente anche quel che vede. Il diritto accade qui e ora, perché il suo posto è la comunicazione giuridica.

⁵⁶ L. de Sutter, *Deleuze...*, cit., p. 97.

2.2. Amministrazione della giustizia

I fatti giuridici non sono delle cose che si trovano nel mondo e che attendono di essere «scoperti»⁵⁷ per poter essere condotti in tribunale. La convinzione che i fatti giuridici siano costrutti sollecita problemi gravi per una teoria dell'amministrazione della giustizia che ritiene che essa consista in una serie di corrispondenze fra configurazioni di fatti e norme. Ma cosa ispira poi le scelte giudiziali?

Per rispondere a questa domanda bisogna ricordare alcuni fatti. In primo luogo, è il sistema giuridico, nel senso più ampio, che opera la distinzione tra diritto e non-diritto, e questa differenza viene marcata in modo sistematico perché si tratta della distinzione di base del sistema, decisiva per l'auto-costituzione del sistema giuridico come sistema; in secondo luogo, il sistema giuridico nel senso più stretto di «sistema decisionale organizzato» non può rifiutarsi a decidere⁵⁸. Quando si presenta una controversia o la questione dell'interpretazione o applicazione di un concetto complesso in tribunale, quest'ultimo deve normalmente prendere una decisione per risolvere la controversia o rispondere alla domanda (la controparte di questo principio è quella finzione che attribuisce la conoscenza di tutte le leggi a tutte le persone: *nemo censetur legem ignorare*). Il diritto non può non distinguere tra diritto e non-diritto. Se non lo fa, non opera, e se non opera, non esiste. In terzo luogo, grazie alla chiusura del sistema le pretese entrano nel sistema sempre come «casi». Nel diritto non esistono eventi, solo casi.

Pertanto, se si pone la questione di quali siano le pretese che emergono nel diritto quando un giudice incontra problemi, la risposta dal punto di vista del diritto è che si tratta sempre di pretese ben note: «non vi sono dilemmi di cui il diritto non sarebbe già a conoscenza»⁵⁹. Nel singolo caso, certamente, ci può essere un conflitto fra le ragioni morali o altre e i fatti giuridici, ma non ci può essere un conflitto fra morale e diritto. «Casi difficili» (*hard cases*) di questo genere non esistono. Tutti i casi

⁵⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, p. 176.

⁵⁸ Si veda M.Th. Fögen, *Rechtsverweigerungsverbot*, in C. Vismann, T. Weitin (eds.), *Urteilen/Entscheiden*, München, Fink, 2006, pp. 37-50.

⁵⁹ P. Gehring, *Can the Legal Order...*, cit., p. 491.

hanno aspetti straordinari. In questo senso è vera l'osservazione di Cardozo stando alla quale «ogni nuovo caso è un esperimento»⁶⁰. Ciò significa in definitiva, che l'unica pretesa a cui l'ordine giuridico moderno positivo nel suo reale operare risponde, è la sua propria pretesa. Quel che è veramente «difficile» è, allora, il caso «semplice», il caso ordinario, che in nessun modo si sostituisce a pretese morali o politiche. Ciononostante, la trasformazione giuridica delle pretese di giustizia in meri titoli può sembrare contestabile dal punto di vista etico.

In questa luce è chiaro perché la giustizia, il tribunale e il giudice – «quei grandi laboratori del diritto, le corti di giustizia», come dice Cardozo – sia spesso considerata come scena esemplare di un'interruzione del diritto. Sia questa discontinuità attribuita, come in Resta o in Derrida, a «un'esperienza»⁶¹ dell'impossibilità di soddisfare le pretese di giustizia, e, quindi, ritenuta un effetto desiderato, o sia non gradita e considerata come «lacuna», come il segno che si è raggiunta «la terra del mistero» ove «Costituzione e legge tacciono» e «non esiste garanzia di giustizia (...) salvo la personalità del giudice»⁶² – tali esperienze e definizioni già presuppongono un ordine giuridico.

Pertanto, siccome la produzione giudiziale di diritto è tipicamente connessa con la considerazione di casi concreti, l'amministrazione della giustizia potrebbe sembrare più elementare della legislazione. Quest'ipotesi però rende solo più urgente la risposta alla domanda sul «dove il giudice trova il diritto»⁶³. Una teoria dell'amministrazione della giustizia deve essere in grado di escludere spiegazioni di tipo deduttivo e psicologico o «misterioso». Nel suo tentativo di far corrispondere il procedere giuridico al metodo scientifico, Cardozo da una risposta la cui importanza va oltre il *common law*, anzi è paradigmatica per il pensiero giuridico tradizionale. A differenza del diritto legislativo, la legittimazione del diritto «fatto» dal giudice dipende soprattutto dal suo contenuto e rimane aperto a riesame e revisione: «Il *common law* non opera muovendo da verità precostituite di validità universale e inflessibile verso conclusioni che si derivano da esse deduttivamente. Il suo

⁶⁰ B.N. Cardozo, *The Nature...*, cit., p. 22.

⁶¹ J. Derrida, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, Torino, Boringhieri, 2007, p. 77.

⁶² B.N. Cardozo, *The Nature...*, cit., pp. 17 ss.

⁶³ Ivi, p. 14.

metodo è induttivo ed estrae le sue generalizzazioni dai particolari (...) il metodo degli esperti alla ricerca del diritto è sempre stato sperimentale»⁶⁴. Allora, il giudice in che modo scopre il diritto? La risposta di Cardozo è ancora di una notevole chiarezza, e non da ultimo perché non nasconde il fatto che la determinatezza è sempre una faccenda contingente:

La prima cosa che [il giudice] fa è paragonare il caso che gli sta di fronte ai precedenti, siano questi conservati nella sua mente o nascosti nei libri. Non intendo dire che i precedenti siano fonti ultime del diritto (...) Nondimeno, in un sistema così altamente sviluppato come il nostro, i precedenti hanno disseminato in misura tale da fissare il punto di partenza da cui il lavoro del giudice inizia. Il primo passo è pressoché invariabilmente di esaminarli e confrontarli. Se sono palesi e rilevanti, non ci sarà bisogno di altro ancora. *Stare decisis* è almeno la regola quotidiana dell'operare del nostro diritto⁶⁵.

Nel descrivere la fedeltà allo *stare decisis* come processo del ricercare, comparare, formare e seguire, questo resoconto del giudicare fa evidentemente riferimento al primo aspetto dell'asse senso/processo illustrata sopra. In base a questo modello Richard Dworkin ha suggerito una nuova strategia di controllo della contingenza. Secondo Dworkin, l'interpretazione giudiziale riposa non solamente su una consistenza logica «verticale» che «tende a imporre un intento al testo o i dati di fatto o la tradizione che si interpretano». Essa richiede in più «consistenza orizzontale», coerenza all'interno della «catena» narrativa di una comunità interpretativa che fornisce uno «schema di principi necessari per giustificare» le determinazioni. Dworkin ritiene che in questo modo sia possibile garantire una «continuità minima»⁶⁶.

Abbiamo rifiutato tale ipotesi in ogni parte di questo articolo per due motivi. In primo luogo, se ciò che qui è in gioco, è coerenza narrativa, allora è coerenza con l'immaginario socio-culturale. In secondo luogo, siccome la storia può essere solo attualizzata, non ripetuta, le differenze esistono anche laddove «coerenza» è data ed esse devono essere spiegate. Rendere conto delle differenze: è ciò che fa la giurisprudenza, indifferente alla legge, al caso e ai presunti «principi di giustizia». Come dicevamo, è a questo punto che inizia il *récit juridique*. Aggiungiamo ora che è la storia del diritto «vivente» raccontata da certi filosofi.

⁶⁴ B.N. Cardozo, *The Nature...*, cit., pp. 22 ss.

⁶⁵ Ivi, pp. 18 ss.

⁶⁶ R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 227 ss.

Vorrei concludere con alcune considerazioni sul sofisticato tentativo di Eligio Resta di «rileggere la formula “diritto vivente”»⁶⁷ che possono illustrare questi punti in modo più tangibile. Resta pone la questione del «diritto vivente» come problema della situazione e vitalità del diritto. Secondo l'autore il diritto è «attività del dare nomi a cose»⁶⁸, il sapere che «fa cose con le parole», e una semantica potente che non dice solamente le cose di cui parla. Il diritto è conoscenza pratica, un mestiere del luogo, simile al navigare, a politica, a poetica, e non al pensiero, alla contemplazione o alla teoria. Le radici del diritto non sono i principi della logica, la sua «vita» non consiste «nell'idea di una regola»⁶⁹ come crede Hart.

Che altro sarebbe allora la logica che governa il diritto, l'energia che muove la sua vita? Resta risponde solo indirettamente dando una lettura del più antico frammento della filosofia occidentale, il detto di Anassimandro, in considerazione della sua struttura ritmica e del rapporto tra diritto (come giustizia) e ingiustizia. Secondo Resta, il compito del «rendere giustizia all'ingiustizia» è l'ordine con cui il tempo instaura il diritto, «è il “diritto vivente”»⁷⁰. La natura del diritto, si potrebbe dire, è processo, prima ancora e indipendentemente dalla sua istituzione, al di là dell'essere riti, procedure, e forme. Pertanto, Resta cerca «continuità», si occupa di trovare «regole giuridiche valide da sempre»⁷¹. Ma svanisce anche la speranza di poter ricostruire la formula. Perché il tempo trionfa su tutte le forme e le formule.

D'altro canto, se il diritto cui si punta è diverso da quel che una volta si chiamava diritto «naturale», allora diventa esso stesso un caso. Non vi è un linguaggio formale, non esistono casi «palesi». Ciò che appare evidente, distinto, stabile, si rivela essere, in realtà, artificiale, modificabile, mobile. Un «nocciolo di senso indiscusso»⁷² non esiste. Non vi è nulla di persistente o «fisso». Tutti i casi sono «casi difficili». È falsa la rivendicazione

⁶⁷ E. Resta, *Diritto...*, cit., p. 3.

⁶⁸ Ivi, p. X.

⁶⁹ H. Hart, *The Concept...*, cit., p. 196.

⁷⁰ E. Resta, *Diritto...*, cit., p. 26.

⁷¹ Ivi, p. 58. Cfr., per le difficoltà relative alle varie articolazioni del binomio continuo/discontinuo, P. Pugliatti, *Grammatica...*, cit., pp. 79-100.

⁷² H. Hart, *The Concept...*, cit., p. 12.

secondo cui siamo governati dal diritto? È o non è differente dal potere e dall'arbitrario quel che fanno i giudici?

Resta prepara la sua risposta costruendosi precedenti e provando la strategia allargata di Dworkin per il controllo di contingenza. Ma, ancora una volta, il problema è che, per caratterizzare il caso «palese», bisogna partire dal caso ancora da chiarire. Il caso palese non è lì in attesa di essere interpretato. Deve essere costruito, qui ed ora, sì da essere adatto a misurare la distanza dal caso presente. Ma se ciò è vero, allora non è il passato che controlla il presente, al contrario: il presente, nel disporre la prospettiva del confronto, controlla il passato. Di conseguenza, la verità del «precedente» è l'inverso della storia che si racconta: precedente è il processo attraverso il quale il presente produce il «precedente» di cui ha bisogno per citarlo come produttore del presente. Pertanto, anche questa manovra si rivela essere una strategia che consente al diritto di osservare se stesso e di raccontare a se stesso la propria storia. È questa storia a creare e assicurare la «continuità» ricercata da Dworkin e da Resta. Continuità che sarebbe effettivamente decisiva per la pretesa del diritto di avere un cuore che fonda la sua autorità.

In conclusione: il diritto mai può essere dato in forma incondizionata perché accade come operazione, e cioè come differenza realmente fatta attraverso e nella comunicazione. Se le possibilità del distinguere sono ristrette, queste limitazioni dipendono dalla logica del sistema. Per questo motivo l'integrazione di tutte le comunicazioni giuridiche sotto un principio di verità o di giustizia è impossibile. Pertanto, non esiste uno standard universale. Il luogo sacro del diritto non sono i tribunali⁷³, bensì il paradosso della decisione. La sua cura è l'ufficio dei tribunali. L'amministrazione liturgica della giustizia dispiega il paradosso in nuove distinzioni e nuove decisioni, e precisamente nel marcare come «la decisione» la fine di un caso e un nuovo inizio. Di decisione in decisione, si riproduce l'indeterminazione del decidere. Mai nessuna «soluzione»⁷⁴, solo sostituzioni.

⁷³ Come sembra credere A. Lucien, *Staging...*, cit., p. 193.

⁷⁴ Ivi, p. 199.