

ORDINAMENTO GIURUDICO

Controllo *o/e* comunicazione? Tra virtualità e naturalezza

Por FRANCESCO GENTILE (*)

§ 1

Nella globalità dell'esperienza umana il problema giuridico è quello dell'ordinamento, così come nel linguaggio corrente il vocabolo *ordinamento giuridico* viene per lo più usato come sinonimo di *diritto*.

«Con il termine diritto —scrive Pietro Rescigno nel suo *Manuale di diritto privato*— si fa riferimento al modo e alle forme in cui ciascuna società si organizza, si ordina: di qui l'altra espressione ordinamento giuridico». È dunque una realtà, o più esattamente un'esperienza, complessa quella che si indica con il vocabolo *ordinamento*, rappresentandosi con esso tanto l'organizzazione sociale, l'organizzarsi cioè della società, quanto il modo e soprattutto le forme mediante le quali la società si organizza ossia il sistema normativo.

§ 2

In un'ottica prevalentemente operativa, qual è quella sviluppatasi nel mondo moderno sotto l'impulso delle *geometrie legali*, è tuttavia il secondo aspetto della complessa esperienza rappresentata dal termine *ordinamento* ad assumere un rilievo predominante e al limite esclusivo. Sicché non è sorprendente che nel linguaggio di coloro che operano nel giuridico, nel linguaggio cioè degli operatori giuridici, il vocabolo *ordinamento* sia andato sempre più puntualmente indicando il *sistema delle norme giuridiche*.

(*) Universidad de Padua.

Valgano a conferma dell'assunto tre citazioni di quella che chiameremo la Scuola di Torino, con riferimento geografico, ma che taluno, Giovanni Tarello ad esempio, con riferimento oggettivo ha chiamato la Scuola italiana di teoria generale ed altri, ad esempio Enrico di Robilant, con riferimento personale ha chiamato la Scuola di Bobbio.

«Nella realtà le norme giuridiche non esistono mai da sole, ma sempre in un contesto di norme, che hanno particolari rapporti tra loro (...), tale contesto di norme si suole chiamare *ordinamento*». Così scrive Bobbio nella sua *Teoria dell'ordinamento giuridico*, del 1960, e precisa: «Sarà bene osservare sin da principio che la parola *diritto*, tra i suoi molti significati, ha anche quello di *ordinamento giuridico*, per esempio nelle espressioni *diritto romano*, *diritto italiano*, *diritto canonico*».

Scrivono Giacomo Gavazzi nei suoi *Elementi di teoria del diritto*, editi nel 1970 e poi riediti nel 1984: «L'idea di ordinamento richiama quella di una pluralità di enti tra loro connessi in modo tale da costituire un insieme (...): l'ordinamento giuridico è composto da una pluralità di norme».

«Le norme giuridiche non si presentano mai sole —leggiamo infine nei *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, del 1973, di Giuseppe Lumia— ma organicamente collegate in un sistema cui si dà il nome di ordinamento giuridico».

§ 3

Per intenderne concettualmente il significato, bisogna muovere dalla lettera delle tre citazioni. Per Bobbio ordinamento significa *contesto* di norme; per Gavazzi *insieme* di norme; per Lumia *sistema* di norme.

E subito si può notare come nessuna di queste espressioni rappresenti la semplice *somma*, l'addizione in termini puramente quantitativi, di un certo numero di norme. L'espressione più generica è quella di *insieme*. Se, infatti, ogni contesto può dirsi un insieme, non ogni insieme può dirsi contesto e, correttamente parlando, neppure sistema. Ma è anche quella nella quale è più immediatamente scoperto, al di là dell'addizione delle norme, il riferimento al processo della loro organizzazione in una unità ordinata. Non c'è dubbio che il *mettere insieme* sia un'operazione, la quale tuttavia si caratterizza rispetto ad altre operazioni di assemblamento perché realizza l'unità di una molteplicità di termini, nel nostro caso la molteplicità di norme, diversi e distinti tra di loro. Operazione che, sin d'ora e indicativamente, possiamo dire possibile sulla base di una *comune misura*.

E la cosa traspare nelle due altre espressioni citate, col riferimento, peraltro ambiguo, fatto da Bobbio a «particolari rapporti» oppure col riferimento, peraltro compromettente, operato da Lumia ad un «collegamento organico».

Prima, tuttavia, di procedere oltre potrà risultare utile una breve parentesi linguistico-comparatistica, per constatare, sia pure in modo sommario, quali espressioni straniere trovino in quella di *ordinamento giuridico* la traduzione italiana. Innanzitutto dalla lingua inglese, considerato che la nozione di ordinamento come sistema di norme ricorre prevalentemente nella letteratura giuridica italiana che si ricollega alla letteratura giuridica inglese o genericamente anglosassone.

Con *ordinamento giuridico* vengono tradotte le espressioni «legal system» di Hans Kelsen, come fa Mario Losano, o di Jeremy Raz, come fa Gavazzi, oppure quella di «body of rules» di J.L.Austin, come fa Gavazzi. Mario A. Cattaneo e ancora Gavazzi traducono poi con *ordinamento giuridico* anche l'espressione «legal order» di H.L.A.Hart, peraltro con una non indifferente dose di ambiguità, stante la confusione, forse non voluta ma certamente indotta, che in tal modo si verifica tra l'insieme delle norme e l'idea di ordine che ad esso presiede, quella *misura comune* sulla base della quale si procede all'ordinamento.

Quest'ultimo inconveniente, d'altra parte, si rivela in modo patente nella traduzione dal tedesco «Ordnung» che, proprio perché traducibile anche e forse soprattutto come *ordine* e non solo o tanto come *ordinamento*, rappresenta insieme e indistintamente tanto la regolamentazione, come processo del regolamentare cioè dello stabilire ordine mediante delle regole, quanto il regolamento, come insieme degli imperativi mediante le quali si stabilisce l'ordine. E la cosa risulta ancor più scoperta se si considera l'evoluzione del linguaggio kelseniano, del Kelsen che scriveva in tedesco, dal «Rechtsordnung» al «Rechtssystem», per quella progressiva aspirazione che ne ha caratterizzato l'opera «als eine Geometrie der totalen Rechtserscheinung». Ché infatti, nella prospettiva geometrica, solo all'espressione «Rechtssystem» conviene la traduzione italiana di *ordinamento giuridico*.

E lo stesso potrebbe dirsi a proposito del francese «ordre» o del castigliano «orden».

Resterebbe un'ultima considerazione, a termini rovesciati, sulla versione in castigliano dell'italiano *ordinamento*, riferendoci specificamente alla traduzione de *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano, curata nel 1963 da S. e L. Retortillo, resa con la vecchia espressione del linguaggio ordinario «ordenamiento»; oppure sul neologismo «ordonnement» che mi è capitato di usare in Francia, riuscendo peraltro ad essere inteso, per tradurre l'italiano *ordinamento*; l'uno e l'altro, «ordenamiento» ed «ordonnement», espressamente e volutamente distinti e non confusi con «orden» e «ordre».

§ 5

Chiusa la parentesi e tornati al punto, si può concludere che oggi, in un'ottica geometrica, prevalga l'accezione di *ordinamento giuridico* quale *insieme delle norme giuridiche* ma nel medesimo tempo si deve riconoscere che con esso non si designa un semplice coacervo bensì un tutto ordinato, precisamente, un *sistema di norme*. Ecco perché a questo punto, per chi sappia riconoscerlo, si pone un problema nuovo e radicale, sfuggito anche ad un acuto analista del processo di tecnicizzazione dell'ordinamento giuridico quale è stato Giovanni Tarello. Problema posto dal concetto dell'ordinare cioè dall'*ordinatio*, per usare l'originaria e pregnante espressione latina, dell'insieme delle norme.

Il quesito può essere così formulato. Il criterio dell'ordinamento, ossia l'idea di ordine, è intrinseco alla produzione delle norme, giuridiche, e quindi alla posizione di ciascuna di esse, oppure esso è esterno al processo della normazione, sicché risulta necessario pensare ad un ulteriore processo rispetto a quello della posizione delle norme, consistente nel mettere ordine tra le norme poste, e necessariamente attuabile solo sulla base di un criterio ulteriore e comunque diverso rispetto a quello che ha presieduto alla produzione delle stesse?

§ 6

Si riaffaccia così, anche nel contesto della definizione «geometrica» dell'*ordinamento giuridico* quale *insieme ordinato di norme*, che si riteneva lo avesse es-punto evitandone l'intrinseca problematicità, l'altro aspetto della complessa esperienza rappresentata con l'espressione corrente di ordinamento, il processo cioè del mettere ordine, che nel nostro caso si propone come mettere ordine tra le norme sulla base di un criterio ulteriore e diverso da quello che ha presieduto alla loro posizione.

L'argomentazione kelseniana a proposito di questo problema, nonostante tutto la più lineare per intenderne l'autentica portata teorica, è rivelatrice, se opportunamente sollecitata, dell'aporia intrinseca al modo geometrico d'intendere l'*ordinamento giuridico*. Ed è per questo, appunto, che riteniamo necessario ripercorrerne qui analiticamente lo svolgimento.

§ 7

È noto che per Kelsen la *Grundnorm*, «la norma fondamentale, afferma meramente le condizioni alle quali il materiale empirico può venir definito come diritto positivo», nel senso che «organizza in unità una pluralità di norme, costituendo il fondamento di validità di tutte le norme appartenenti a questo ordinamento».

Lasciando per il momento da parte il problema del «fondamento» e limitandoci a considerare il problema della «organizzazione», possiamo subito rilevare come il criterio dell'ordinamento delle norme, la chiave della loro organizzazione in sistema, la *Grundnorm* insomma, non sia per il geometra del diritto Kelsen una norma, se per norma s'intende, come intendono tutti i geometri del diritto, l'imperativo di un potere sovrano: *sovrano* essendo colui che, con parole di Bodin, «nulla riceve dagli altri» e «non dipende altro che dalla sua spada».

Soll-norm, è la formula usata da Kelsen, per significare tale imperativo, latore di un dover essere; espressione di una volontà sovrana di per sé gratuita e non condizionata, se non dalla effettiva capacità di affermarsi.

La *Grundnorm*, quindi, non è una *Soll-norm*.

§ 8

Il criterio dell'ordinamento è un presupposto formulato da chiunque debba applicare le leggi ed intenda farlo interpretandole secondo i canoni della «geometria legale» in un'ottica puramente operativa; è un presupposto formulato dall'operatore giuridico.

La norma fondamentale, infatti, per Kelsen «non è posta ma presupposta». Costituisce l'*apriori* della geometria legale, il cui compito è, appunto, quello di rappresentare come organizzate in un sistema ordinato, sulla base di una convenzione e dunque convenzionalmente, le *Soll-normen* poste dal sovrano senza limiti e senza condizioni, tanto meno di ordine o di sistematicità.

Soll-sätze, è la formula usata da Kelsen per designare queste rappresentazioni convenzionali delle *Soll-normen* operate dalla geometria legale sulla base del presupposto convenzionale della *Grundnorm*.

§ 9

Se tutto questo è, com'è, vero, l'ordinamento giuridico, costruito secondo i canoni della geometria legale come *insieme ordinato di norme*, non è un sistema di *Soll-normen*, cioè di leggi intese quali espressione di una volontà sovrana, che per definizione è gratuita, incondizionata e perciò estranea ad ogni idea di ordine, bensì è un sistema di *Soll-sätze*, cioè di rappresentazioni convenzionali di norme, dalla scienza giuridica elaborate sulla base del presupposto della norma fondamentale. In virtù della *Grundnorm*!

Ciò significa che l'ordinamento giuridico non è reale ma puramente virtuale. Non corrisponde a qualcosa di sostanziale ma è una costruzione artificiale.

§ 10

Di Robilant, nel 1972 impegnato a difendere le ragioni di una scienza giuridica consapevole della propria identità, convenzionale ed operativa, scrive: «Il fatto che le teorie dell'ordinamento siano formulate con il linguaggio dell'esperienza comune ha indotto i loro autori a credere d'aver condotto un discorso descrittivo della realtà; d'aver indicato, in altri termini, come stiano effettivamente le cose. In realtà, alla luce di una meta-scienza, liberata dall'ossequio a posizioni tramandate ormai per tradizione, la teoria dell'ordinamento costituisce un tentativo di *ordinare* fenomeni della realtà osservati — potremmo dire con Popper— con occhi impregnati di teoria: un tentativo cioè di ordinare i fenomeni *come se* costituissero un ordinamento».

Si tratta di un riconoscimento eloquente ma anche compromettente!

Sopraffediamo a sondare il significato proprio dell'espressione «meta-scienza», che potrebbe significare una scienza delle scienze, collocantesi ancora nell'ambito del sapere convenzionale e operativo delle geometrie, ma che potrebbe anche indicare una diversa forma di sapere, an-ipotetico e sostanziale, relativo alla struttura e alla funzione della stessa geometria, ponendo così filosoficamente il problema di una valutazione critica di essa. Limitiamoci a constatare che in tal modo viene con chiarezza evidenziata l'artificialità e l'astrattezza della geometria legale e del suo prodotto, l'*ordinamento giuridico* come *sistema ordinato di norme*, la sua non corrispondenza ad un ordine reale, la sua convenzionalità, essendo il risultato di una sistemazione puramente ipotetico-deduttiva.

Come se vi fosse un ordine...

§ 11

Ciò detto, non possiamo però non affrontare il problema che il riconoscimento della virtualità dell'ordinamento quale sistema ordinato di norme, secondo i canoni della geometria legale, inevitabilmente pone. Il problema cioè del rapporto, di quale sia il rapporto, tra l'ordinamento giuridico virtuale, quello, per intendersi, costruito dallo scienziato del diritto, dal geometra delle leggi, sulla base della norma fondamentale, l'ordinamento delle *Soll-sätze*, e quello che con espressione ambigua, e tuttavia significativa, di Robilant chiama «l'insieme dei fenomeni della realtà». Non essendo chiaro di che cosa si tratti: se dell'insieme degli imperativi posti disordinatamente dal sovrano, dall'*auctoritas* senza *veritas* teorizzata da Hobbes, dalla volontà incondizionata di colui che «non dipende se non dalla sua spada», stando a Bodin, di colui che, con Marsilio, viene definito come «in grado di farsi per lo più, o meglio assolutamente, valere», o non piuttosto dell'insieme dei comportamenti personali intrecciantisi tumultuosamente nelle intricate relazioni sociali che intercorrono tra i soggetti

conviventi nella comunità politica. Rivelatore di questo *impasse*, concettuale prima che storiografico, è il dibattito che si trascina sulla nozione di rappresentanza, come ha fatto notare Marcello Fracanzani nel saggio su *La rappresentanza politica tra pubblico e privato*, del 1996.

§ 12

Ora questa ambiguità dev'essere chiarita perché, stante il carattere meramente operativo del rapporto tra l'ordinamento giuridico virtuale e «l'insieme dei fenomeni della realtà», altro è sostenere che l'ordinamento virtuale sia funzionale all'insieme degli imperativi del sovrano, considerati *come se* costituissero un insieme ordinato, e quindi che esso sia strumentale all'assoggettamento dei sudditi al potere del sovrano, altro è sostenere che l'ordinamento giuridico virtuale sia funzionale all'organizzazione dei comportamenti individuali e specificamente al superamento del loro tumultuoso intrecciarsi, essendo mirato allo stabilimento di un giusto ordine tra i soggetti che convivono nella comunità politica, un ordine loro conveniente, un ordine adeguato alla loro natura umana.

Altro è, insomma, considerare l'ordinamento giuridico come strumento di *controllo sociale*, altro è considerarlo come modo di *comunicazione civile*.

Non è che tra le due eventualità non vi sia una correlazione poiché la prima, quella dell'ordinamento giuridico funzionale al potere del sovrano, può essere considerata, com'è considerata dalle geometrie legali, una modalità di realizzazione della seconda, quella dell'ordinamento giuridico funzionale allo stabilimento di un giusto ordine tra i componenti la comunità politica. Ma non si può immediatamente dire né che la esaurisca né che necessariamente la inveri, poiché non si può sostenere che il giusto ordine tra i componenti la comunità politica sia perseguibile solo o senza fallo mediante l'esercizio del potere da parte del più forte.

§ 13

La cosa può risultare ancor più scoperta se si riflette su di una metafora ricorrente, soprattutto nelle trattazioni della geometria legale, quella per cui l'ordinamento giuridico viene assimilato alle regole del gioco degli scacchi.

Ebbene, non c'è dubbio che si possano considerare i singoli soggetti componenti la comunità politica come se fossero delle pedine di un gioco di scacchi: per elaborare delle strategie o delle tattiche al fine di giocare con essi, per esercitare su di essi il dominio del giocatore. Ma sarebbe del tutto illusorio e quindi fallimentare anche dal punto di vista puramente operativo, nell'ottica del puro

dominio, ritenere che i soggetti umani si muovano come delle pedine, per l'intervento cioè di una volontà ad essi esterna e sovrapposta, e non, com'è nell'esperienza, la sola realtà a portata umana, per una decisione interiore ed autonoma, della quale bisogna tener conto anche nella prospettiva, ammesso e non concesso che sia accettabile e condivisibile, di ridurre la convivenza umana a puro gioco di potere.

§ 14

Di qui il problema dello scarto tra ordinamento giuridico virtuale e realtà sociale o, come sarebbe preferibile di dire, comunità politica. Tra virtualità e realtà. Problema che occhieggia in tutti i lavori di Pietro Giuseppe Grasso, da ultimo in *Compagine istituzionale e trasformazioni della Repubblica*, del 1995.

§ 15

Facendosi promotore di una vera propria «caccia alle ideologie» sottese ai formalismi giuridici, Tarello ha scritto: «Il processo di tecnicizzazione del vocabolo *ordinamento* non risponde tanto ad una esigenza di pulizia linguistica quanto ad una esigenza di polizia, o di ideologia, giuridica; quella di specializzare un sinonimo di *diritto* per la funzione di occultare fratture e individuare coerenza di sistema (unità di ordinamento) ove la percezione immediata presenta contraddizioni e conflitti tra forze che si vestono da giuridiche, convalidando sempre il risultato del conflitto».

Va notata, innanzitutto, la lucidità con la quale, evidenziando il fatto che il processo dell'ordinamento è strumentale rispetto ad obiettivi esterni al processo stesso, obiettivi che lo precedono e lo condizionano, si smaschera, senza possibilità di scampo, ogni pretesa «purezza» della geometria legale, mettendone invece chiaramente a fuoco la funzionalità rispetto ad obiettivi alla cui determinazione essa non ha in alcun modo contribuito ma dei quali si riduce ad essere lo strumento operativo. In modo del tutto *impuro*.

Ma sono anche altre, e più significative, le osservazioni che intendiamo fare relativamente ad un asserito nel quale c'è del vero, ma non solo.

§ 16

È inconfutabilmente vero che con l'accezione di ordinamento come sistema ordinato di norme, elaborato nell'ottica geometrica, *more geometrico constructa*, il diritto, ordinamento virtuale di *Soll-sätze*, altro non sia che il «vestito» della

forza uscita vincente dal conflitto sociale, con cui viene «convalidato» l'esito del conflitto stesso ed occultata la frattura sottostante ed ineliminabile. Strumento principe del controllo sociale.

Ma è altresì vero inconfutabilmente che questo vale solo per l'ordinamento giuridico concepito sulla base dell'assunto geometrico che la legge altro non sia se non il «comando del più forte», espressione della volontà uscita vincente dal conflitto, in un mondo «incivile», assunto come connotato dalla incomunicabilità, dalla violenza e dalla conflittualità interindividuale, secondo una lezione ripetuta successivamente nel tempo da Trasimaco a Kelsen, passando per Callicle, Epicuro, Marsilio, Hobbes e tanti altri. Indipendentemente dalle opzioni ideologiche, come ha messo in evidenza Marco Cossutta nel suo *Formalismo sovietico*, del 1992.

§ 17

È inconfutabilmente vero che l'ordinamento giuridico è puramente virtuale, stante il postulato della geometria legale che lo stato naturale dei rapporti interindividuali sia quello e solo quello della conflittualità, senza tregua e senza quartiere, e quindi che il disordine, come non-ordine oggettivo, costituisca lo stato naturale degli individui.

Ma è altresì vero inconfutabilmente che la pretesa, sostenuta dalla geometria legale, di instaurare un ordine, anche solo virtuale, a partire da un non-ordine oggettivo, risulta contraddittoria in radice, a meno che non si accrediti l'uomo del potere di creare dal nulla, del potere di trarre l'essere dal non essere. Per una sotterranea, ma poi non tanto sotterranea, pretesa di secolarizzazione del divino.

§ 18

Per esattezza storiografica si deve dire che la critica di Tarello riguardava, specificamente, la concezione istituzionalistica di ordinamento giuridico, piuttosto che la normativistica, la quale, anzi, rappresenta ai suoi occhi «uno dei momenti teorici più alti della razionalizzazione legale dello stato moderno».

Questo ci introduce ad una ulteriore, e forse più suggestiva riflessione su quella che è generalmente considerata come la più originale delle opere italiane in argomento: il celeberrimo libro di Santi Romano su *L'ordinamento giuridico*, del 1917/18.

§ 19

La teoria romaniana muove dalla constatazione della inadeguatezza e dell'insufficienza della definizione di ordinamento giuridico come «insieme di norme», elaborata dai formalisti.

«Che il diritto si presenti anche come norma e che sia necessario valutarlo anche sotto questo aspetto —scrive il Romano— che, anzi, tale punto di vista sia molto spesso e specialmente ai fini della pratica più comune, oltreché necessario, sufficiente; sono ragioni che, assieme ad altre, spiegano perché nella stessa definizione astratta non si sia andati oltre la categoria delle norme. Ma ciò, com'è naturale, non esclude che essa non possa e non debba esser superata, mettendo in evidenza qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e soprattutto antecedente, sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca». Perché del processo di ordinamento oltre alle norme sono fattori essenziali l'organizzazione, la forza, l'autorità, il potere.

«Il diritto non può essere soltanto la norma posta dall'organizzazione sociale, come spesso si dice, ma è l'organizzazione sociale, che fra le sue altre manifestazioni, pone anche la norma».

In particolare Romano insiste sulla «obiettività dell'ordinamento giuridico», che «non può circoscriversi e limitarsi alle norme giuridiche. Si riferisce e si riflette anche su di esse, ma parte sempre da un momento anteriore, logicamente e materialmente, alle norme, e, talvolta, anzi spesso, arriva a dei momenti che non si possono identificare e confondere con quelli della posizione delle norme stesse. Il che equivale a dire che queste sono o possono essere una parte dell'ordinamento giuridico, ma sono ben lontane dall'esaurirlo».

§ 20

Per designare questo «ordinamento giuridico obiettivo» Santi Romano si serve della formula *istituzione*; ente o corpo sociale dotato di «un'esistenza obiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, di un'individualità esteriore e visibile»; «manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo»; «unità ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità, almeno sempre e necessariamente, pel mutarsi dei suoi singoli elementi, delle persone che ne fanno parte, del suo patrimonio, dei suoi mezzi, dei suoi interessi, dei suoi destinatari, delle sue norme, e così via».

«L'istituzione è un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa, di diritto obiettivo».

Quanto all'oggettività come connotato del «dover essere» giuridico non possiamo non ricordare, sia pure di sfuggita, anche quanto Kelsen ha scritto. Nel paragrafo I, 6, C della *Reine Rechtslehre*, del 1960, intitolato: «Il diritto come ordinamento normativo cogente. La comunità giuridica e la banda di briganti», egli si propone di mettere in luce i tratti che distinguono, anzi separano nettamente, il «dover essere» implicito nel comando di un brigante dal «dover essere» implicito nel comando di un pubblico ufficiale, che poi altro non sarebbero se non i tratti della giuridicità o, per essere kelsenianamente precisi, della qualificazione giuridica. Considerato che tanto l'una, quella del brigante, quanto l'altra, quella del pubblico ufficiale, si presentano immediatamente come «prescrizioni di un certo comportamento umano sotto la minaccia di certi mali».

Per raggiungere l'obiettivo, Kelsen propone di distinguere il «senso soggettivo» del dover essere da quello che in un primo momento chiama il «senso normativo» e poi il «senso oggettivo». E conclude: »Nella misura in cui si prende in considerazione soltanto il senso soggettivo dell'atto in questione, non esiste nessuna differenza tra l'ordine di un brigante e l'ordine di un pubblico ufficiale. Una differenza si manifesta solo quando si considera non il senso soggettivo ma quello oggettivo dell'ordine che un individuo rivolge all'altro». Donde risulta che anche per il «geometra delle leggi» la giuridicità non può dipendere dall'intenzione del singolo privato ma neppure dalla volontà del soggetto pubblico, perché deve radicarsi in qualcosa d'altro e di ulteriore.

Come poi Kelsen ritenga di affermare il «senso oggettivo» del dover essere relativamente all'imperativo del pubblico ufficiale già abbiamo visto, e criticato: mediante la presupposizione della norma fondamentale. Facendo in realtà dell'ordinamento giuridico la *maschera* del potere effettivo.

Amara ma inevitabile conclusione per un giurista che ha scelto di farsi *enzima* del potere! Levando il suo *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, Paolo Grossi ne delinea impietoso il profilo: «Assolutismo giuridico, monopolio del principe ed espropriazione della produzione giuridica dalle mani dei giuristi (...) si soppesano reciprocamente e informano l'ufficialità imperante. Nello sfondo, un sacrario di deità intoccabili: Montesquieu, Muratori, Beccaria, e chi più ne ha più ne metta. Con il risultato più incredibile e grottesco: il giurista ufficiale, in forza della sua plagiata coscienza, sembra non rendersi conto dell'esproprio subito e vive soddisfatto, pago di quella briciola che il legislatore gli consente: l'esegesi; che è però soltanto l'elemosina a un povero nullatenente».

§ 22

Tornando a Santi Romano e alla sua teoria dell'ordinamento giuridico come complesso di autorità, potere, organizzazione e norme, dotato di oggettività, trascendente i singoli individui e coattivo, dell'ordinamento giuridico, insomma, come istituzione, un nuovo problema si pone, quello del rapporto tra le norme giuridiche, ciò che correntemente si chiama diritto, e il complesso dell'istituzione di cui il diritto è solo una parte. La risposta di Romano è perentoria: «Noi non crediamo che l'istituzione sia fonte del diritto, e che quindi questo sia un effetto, un prodotto della prima, ma crediamo che fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, ci sia perfetta identità». L'affermazione è carica di valenze che nella tematizzazione romaniana dell'assunto rimarranno velate per l'assorbente intenzione operativa, ma che devono essere esplicitate.

Che cosa vuol dire che il diritto, sinonimo nel linguaggio corrente di ordinamento giuridico, non è il prodotto dell'istituzione, sinonimo nel linguaggio romaniano di ordinamento giuridico? Se non che l'ordinamento giuridico non è il prodotto dell'ordinamento giuridico? In apparenza qualcosa privo di senso comune! Non meno della successiva e connessa affermazione che l'ordinamento giuridico, «unitariamente e complessivamente» considerato, cioè, romanianamente parlando, l'istituzione si identifica con l'istituzione. Ad essere compiacenti, solo una vuota tautologia!

A meno che, come noi crediamo, in maniera oscura e contorta, non si voglia così recuperare ciò che nel linguaggio corrente l'espressione ordinamento in generale designa: l'*ordinatio* e l'*ordinatum*, il processo dell'ordinare, dello stabilire l'ordine, e l'insieme degli strumenti mediante i quali l'ordine viene stabilito; due cose tra di loro comunicanti ma specificamente diverse e da non confondersi. In tal modo superando la riduzione geometrica dell'ordinamento giuridico all'insieme delle norme.

§ 23

Ma c'è anche qualcosa di più significativo. Sebbene in maniera oscura e contorta, viene così adombrata la relazione tra *ordinatio* ed *ordinatum*. Nel senso che viene escluso che il processo dell'ordinare, dello stabilire l'ordine, possa costituire il prodotto, *sic et simpliciter*, degli strumenti con cui si ordina, degli imperativi dell'ordinatore.

Santi Romano, nello sviluppo della sua teorizzazione, ad un certo punto affermerà perentoriamente: «La legge non è mai, come comunemente si crede, il cominciamento del diritto. (...) è invece un'aggiunta al diritto preesistente (nell'ipotesi che esso abbia lacune) o una modificazione di esso. Il legislatore

non è, così, il creatore del diritto nel senso pieno e assoluto della parola, cioè il primo creatore: donde la mancanza in lui del potere di annullarlo completamente; per annullarlo dovrebbe decretare la fine dello Stato stesso».

Viene in tal modo, chiaramente, definito il ruolo strumentale, ancillare, e non costitutivo, germinale, dell'insieme degli imperativi del sovrano, le leggi, rispetto all'istituzione, all'ordinamento giuridico unitariamente e complessivamente considerato, plesso unitario e inscindibile di autorità, di potere, d'organizzazione e, appunto, di leggi. Per il quale costitutivo è qualcosa d'altro rispetto agli strumenti normativi ma sembrerebbe anche rispetto agli altri fattori: autorità, potere e organizzazione.

Si sarebbe tentati di dire: l'idea di ordine, ma il condizionale è d'obbligo, come vedremo più avanti!

§ 24

Di più. Viene così predicata oscuramente, senza coglierne l'autentica portata e l'intrinseca problematicità, anche l'identità tra quel qualcosa d'altro rispetto al complesso degli strumenti dell'ordinamento (autorità, potere, organizzazione e norme) che a differenza di questo, il cui valore è puramente servile, sarebbe costitutivo dell'ordinare e il processo stesso dell'ordinamento. In altri termini, viene così affermato che il criterio dell'ordinamento delle relazioni umane non può essere inteso come presupposto ad esso perché con esso costituisce un tutt'uno, tanto da potersi identificare. Noi aggiungeremmo, problematicamente; ma sull'argomento dovremo tornare più avanti.

§ 25

Dopo aver messo in evidenza la duplice intuizione dell'istituzionalista, quella dell'irriducibilità dell'ordinamento giuridico al sistema delle norme giuridiche e quella della necessità di ricercare il principio dell'ordinamento nel processo stesso dell'ordinare, dobbiamo capire perché, nonostante queste intuizioni la teoria di Santi Romano rimanga esposta alla critica di ideologicità mossa da Tarello e perciò venga accomunata alla teoria, pur tanto lontana, di Kelsen nell'accusa di «occultare fratture e individuare coerenza di sistema (unità di ordinamento) ove la percezione immediata presenta contraddizioni e conflitti tra forze che si vestono da giuridiche, convalidando sempre il risultato del conflitto», istituzionalizzando cioè il predominio del più forte. Riducendo il diritto a *maschera* del potere e facendo del giurista il suo *enzima*.

Nonostante che Santi Romano non riduca l'ordinamento giuridico al sistema delle norme, che in tanto possono dirsi giuridiche, per distinguerle da quelle

non giuridiche, in quanto sono connesse con l'istituzione di cui sono elementi, «connessione che è necessaria e sufficiente per attribuire loro carattere giuridico»; nonostante affermi che «il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che essa costituisce come unità, come ente per sé stante»; nonostante asserisca la socialità del diritto, la sua stretta connessione con la società intesa «come entità costituente, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono»; nonostante sostenga, con espressioni tratte dal vocabolario della filosofia classica, della metafisica classica, che «il concetto di diritto deve contenere l'idea dell'ordine sociale»; nonostante tutto questo, Santi Romano non riesce a difendersi dalle accuse del «cacciatore di ideologie» che denuncia l'ancillarità del suo ordinamento al dominio del potente di turno, non riesce a difendersi dall'accusa di chi lo dipinge come il «sarto» che confeziona un bel vestito per mascherare, dietro le parvenze di un ordine virtuale, la prepotenza del vincitore, uscito sporco di fango e di sangue dal conflitto interindividuale.

Perché?

§ 26

Leggiamo il testo. «Il processo di obbiettivazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non inizia con l'emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non ne sono che una manifestazione, una delle sue varie manifestazioni, un mezzo con cui si fa valere il potere di quel *io* sociale di cui si parla». Sottolineiamo: *il potere del io sociale*.

In altri termini le norme sarebbero un'emanazione del potere del *io* sociale.

Ma il Romano va più in là. «Non c'è alcuna ragione —scrive— per ritenere che quest'ultimo (il potere del *io* sociale) sia un termine *a quo* del diritto, esso è il diritto stesso, e la norma non è che la sua voce, meglio, una delle voci, uno dei modi con cui esso opera e raggiunge il suo fine». Sottolineiamo: *il potere del io sociale è il diritto stesso*.

In altri termini le norme giuridiche altro non sarebbero che le «voci» del potere del *io* sociale. Obbiettivamente.

«L'obbiettività delle norme —conclude l'istituzionalista— non è che un riflesso, molto più debole e talvolta assolutamente pallido, dell'obbiettività di tale ente (l'*io* sociale), e non si saprebbe neppure definire senza riguardo a quest'ultima. Obbiettiva non si dice la norma giuridica solo perché scritta o altrimenti formulata con esattezza: se così fosse, essa non si distinguerebbe da molte altre norme (...). Il carattere dell'obbiettività è quello che si ricollega all'impersonalità del potere che elabora e fissa la regola, al fatto che questo potere è qualche cosa che trascende e s'innalza sugli individui, che è esso medesimo diritto».

§ 27

Benché la cosa possa sembrare paradossale, dobbiamo riconoscere che quella istituzionalistica è un'identificazione di diritto e potere più radicale, se possibile, di quella normativistica. Ché, infatti, per Kelsen, assunto a campione di normativismo, il potere è *conditio sine qua non* della giuridicità ma non è la giuridicità stessa. Posto che è la norma fondamentale, o più esattamente il sillogismo giuridico di cui la norma fondamentale costituisce la premessa maggiore, a «trasformare il potere in diritto».

Invero il carattere operativo è a tal punto dominante nella prospettiva dell'istituzionalista Romano, nonostante le intuizioni e le aperture filosofiche evidenziate, che l'ordinamento giuridico, inteso come processo della unificazione sociale di una pluralità di comportamenti individuali è inteso esclusivamente come operazione di controllo. Non è solo retorica la sua rivendicazione d'essersi mantenuto «rigorosamente sul terreno di una concezione positiva del diritto, evitando ogni veduta giusnaturalistica».

La cosa risulta scoperta proprio là dove, dal punto di vista estrinseco, sembrano più spinte le aperture filosofiche. «Normalmente —scrive Romano— gli individui si riconoscono l'un l'altro come soci, e quindi tendono alla loro spontanea collaborazione e al rispetto delle reciproche libertà. Ma, poiché fra essi sono possibili divergenze e contese, occorre l'intervento di una coscienza superiore, che sia il riflesso e rappresenti l'unificazione di quelli. Questa coscienza che incarna le ragioni della coesistenza e del sistema in cui i singoli si unificano, che fa da mediatore, che appella al rapporto delle parti fra loro e col tutto, che è come l'incarnazione del *io* sociale, del *socius* tipico, astratto, oggettivo, è data per l'appunto dal diritto».

Senza chiedersi il perché delle «divergenze e contese» che dividerebbero gli individui, Santi Romano, dimentico della socievolezza in precedenza riconosciuta come naturale disposizione dell'uomo, assume queste ultime, «divergenze e contese», come protocollo della giuridicità. Al modo di tutti i «geometri delle leggi» postula la conflittualità come condizione originaria dell'uomo, ridotto allo stato di individuo incapace di comunicare, anarchico, «anomico». Sicché l'unificazione degli individui può darsi solo a condizione che un *io* sociale si sovrapponga a tutti e a ciascun *io* individuale, garantendo così il controllo sociale di una situazione di conflitto di per sé insanabile.

§ 28

Lasciando di sottolineare le contraddizioni di questo asserto geometrico, più interessante è evidenziare il modo in cui questa operazione di occultamento del conflitto si svolge. E la cosa risulta estremamente facile se si presta attenzione

agli aggettivi usati per qualificare l'*io* sociale, artefice dell'unificazione degli individui in conflitto, per qualificare il *socius*. Tipico, astratto, oggettivo.

Ora nel linguaggio dell'istituzionalista, come in quello di tutti i giuristi positivi, *tipico* significa convenzionalmente definito e dunque convenzionale; *astratto* significa il contrario di naturale ossia artificiale; *oggettivo* significa, e qui il discorso diventa più delicato, non soggettivo nel senso di impersonale. In altri termini, oggettivo designa, non già qualcosa di comune a tutti senza essere esclusivo di alcuno, bensì qualcosa di egualmente e totalmente estraneo a tutti. Ed è, invero, proprio questa estraneità a tutti, con la convenzionalità e l'artificialità, che consente logicamente la sovrapposizione a tutti, senza discriminazioni e totalmente, del *io* sociale, del sovrano, dalla quale ci si attende il controllo sociale delle «divergenze e contese» interindividuali.

§ 29

A proposito del processo di oggettivazione, che darebbe luogo all'ordinamento giuridico, consistente in realtà in una spersonalizzazione del comportamento individuale, potrebbe riuscire illuminante un testo di Natalino Irti, tratto dai *Due saggi sul dovere giuridico*, del 1973.

L'acuto cultore di «geometria legale», con particolare puntualità, fa notare come non sarebbe la «fisionomia storica o esistenziale» delle azioni individuali ad interessare l'ordinamento giuridico. Questo, infatti, mediante la norma, «semplifica, riduce, combina le note di un'esperienza pratica e così foggia un tipo o schema di azione». L'ordinamento giuridico, mediante il processo descrittivo della norma, «rompe l'unità dell'agire umano e ne isola singoli tratti, che fungono da criteri di individuazione del comportamento». Ai fini del controllo sociale dei comportamenti individuali, nell'ottica geometrica, «la norma non valuta un comportamento reale, appartenente al passato e ricostruibile come semplice dato storico: essa si rivolge al futuro, e considera un contegno che potrà o non potrà seguire. Con giudizio prognostico, il diritto dichiara che in un istante o periodo di tempo futuro, il contegno umano coincidente con il contegno descritto nella norma sarà considerato doveroso». In tal modo, il disposto normativo non si presenterebbe come «criterio direttivo» bensì come «criterio selettivo», noi diremmo «qualificante», del comportamento individuale, ai fini del controllo sociale. Operativamente. In tal modo, conclude Irti, si perviene «all'assoluta e rigorosa obiettivazione dell'azione, che si scioglie da ogni riferimento psicologico e si limita a designare lo stato di un contegno futuro ed eventuale».

Richiamerei l'attenzione sull'efficace espressione usata, quella del «tipo o schema» che «rompe l'unità dell'agire umano» che «non valuta un comportamento reale», per rilevare che nella prospettiva geometrica quella giuridica non

è una realtà se non, per usare un ossimoro oggi di moda, una *realtà virtuale*. Come peraltro sembra vere intuito, senza trarne tutte le conseguenze, Tullio Ascarelli già nel 1925, quando ha sviluppato una teoria della «doppia verità» dell'ordinamento giuridico, per risolvere l'annoso problema delle lacune, nel saggio intitolato, appunto, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato*.

§ 30

Per la geometria legale la più «assoluta e rigorosa obiettivazione giuridica dell'azione o contegno dell'uomo» consiste nella depurazione di questo da ogni elemento soggettivo, consiste nella sua più assoluta e rigorosa desoggettivazione o, come sarebbe preferibile di dire, nella sua *spersonalizzazione*. Sicché ci appare in tutta la sua più sconcertante violenza il connotato del controllo sociale, quale tematizzato in varia ma costante maniera dalla geometria legale. Risultante dalla combinazione di un potere effettivo, la «spada» di Bodin, le «mani libere del sovrano» di Hobbes, e della virtuale unificazione dei comportamenti individuali mediante la rappresentazione normativa degli stessi. In una parola, mediante l'ordinamento giuridico inteso come *insieme ordinato di norme*.

E d'altronde da che cosa ci si vuol garantire con l'ordinamento giuridico se non dalla conflittualità derivante dalla indeterminatezza, dalla gratuità, dalla precarietà del comportamento soggettivo? Da che cosa ci si vuol garantire se non dalla soggettività, per ipotesi assunta, nella prospettiva della «geometria legale», come incomunicante, anarchica, anomica, incapace di ordine? Come già Machiavelli ha spregiudicatamente sostenuto. Per ipotesi ...

§ 31

Per ipotesi. Non si deve perdere di vista che è sull'ipotesi del *phantasma*, hobbesianamente parlando, dello «stato di natura» che si regge la costruzione virtuale dell'ordinamento giuridico elaborato dalla geometria legale. Ed è solo per la consapevolezza di questa ipoteticità che non si cade nell'errore nel quale incorrono quanti, come i «cacciatori di ideologie», dopo aver denunciato giustamente la surrettizia operazione del normativismo, alla Kelsen o alla Bobbio, ma anche dell'istituzionalismo, alla Romano, occultanti fratture e contraddizioni con la coerenza del sistema normativo, vestendo con i panni curiali della giuridicità il successo del più forte, si trovano poi costretti ad assumere il diritto come puro strumento del potere.

Difatti, «il giurista e il teorico che ritengano di poter osservare dall'esterno le questioni ermeneutiche che sono *in nuce* ogniqualvolta si affronti il tema de-

lla validità delle leggi, devono presupporre di aver già definito e compreso i valori e i principi dell'ordinamento che condizionano la classificazione delle definizioni normative della comunità, in quanto, in caso contrario, l'unica alternativa possibile alla negazione della dimensione 'assiologica' e 'valutativa' del diritto —denuncia, colpendo giusto nel segno, Ugo Pagallo in *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, del 1998— sembra essere quella *ad hoc* della celebrazione sociologica del fatto compiuto» Emblematica, in tal senso, la desolata confessione di Hans Kelsen di fronte all'eterno problema di ciò che sta dietro il diritto positivo. «Chi cerca ancora una risposta troverà —temo— non la verità assoluta di una metafisica né la giustizia assoluta di un diritto naturale. Chi alza quel velo senza chiudere gli occhi si vede fissare dallo sguardo sbarrato della testa di Gorgone del potere».

E così non può non essere per chi abbia chiuso gli occhi sulla convenzionalità dello «stato di natura», che regge l'intero castello della geometria legale, e soprattutto per chi abbia dimenticato la scelta preliminarmente fatta dal «geometra delle leggi» il quale, avendo optato per un sapere che non «tenta le essenze», accontentandosi dell'immediato «operare», è costretto poi a procedere *virtualmente*.

§ 32

Dalla consapevolezza della convenzionalità e dell'astrattezza della geometria legale, e quindi della virtualità dell'intero castello dell'ordinamento giuridico sulla sua base costruito, deve tuttavia muovere anche il discorso di chi voglia superare l'aporia in cui si è infilata la geometria legale.

Per evitare l'abisso della barbarie a cui non può non portare la riduzione dell'uomo al *lupo* dello «stato di natura» e del diritto alla mera tecnica del *controllo sociale*. Per non ridursi allo squallido cinismo dell'Azzeccagarbugli manzoniano secondo il quale, «a saper ben maneggiare le gride, nessuno è reo e nessuno è innocente». Per non cadere nello sconforto, obnubilato dalla disperazione, di un Renzo Tramaglino che maledice il tempo in cui «comanda chi può e obbedisce chi vuole».

Un superamento che postula una diversa concezione dell'ordinamento giuridico, sulla base della constatazione elementare che per poter riconoscere nell'intervento della comunità, (non di un fantomatico *io* sociale di cui non abbiamo esperienza se non per convenzione e dunque convenzionalmente), volto a moderare le intemperanze dei suoi membri non solo o soltanto la formale neutralizzazione delle interferenze tra le azioni dei singoli, ma la liberazione di ciascuno di essi dal condizionamento immediato dell'appetito e dell'istinto, è necessario ammettere la presenza dell'eticità, della disposizione cioè al bene, in ciascuno dei suoi membri in quanto singolo. Sicché anche quando essa si realizza nella comu-

nità non ha altra fonte da cui venire e altra sorgente da cui alimentarsi, se non quella vena, sia pure scarsa e povera, che è in ogni singolo uomo.

Non è quindi per un processo di *spersonalizzazione*, per un processo di sradicamento del soggetto dalla sua condizione originaria, come predicava Rousseau, che si può attuare l'ordinamento giuridico delle relazioni tra uomini autentici. Tra persone e non tra pedine.

§ 33

Solo un'intelligente e premurosa attenzione alla naturale attitudine del discernere tra il bene e il male, del perseguire il bene ed evitare il male, costituisce la misura, e insieme il motore, di un autentico ordinamento giuridico delle relazioni interpersonali.

Già Cicerone, nel *De legibus*, a proposito di quelle che «da bambino» era abituato a chiamare leggi, ossia delle *formulae*, attira l'attenzione sul fatto che «né questi testi né altri imperativi o divieti di popoli posseggono in sé la forza che può indurre ad agire rettamente e ad evitare trasgressioni: una forza che non risale solo ad un tempo più remoto nell'età dei popoli e delle città» ma «ad una ragione proveniente dalla natura universale che spinge gli uomini ad agire rettamente e ad evitare le azioni colpevoli»

Il geometra delle leggi potrà forse sorridere della fiducia del giurista di ieri, benché risponda al nome di Cicerone, nella «retta ragione del sommo Giove», ma non potrà resistere al riconoscimento del fatto che per stare insieme, anche nella relazione più limitata di un gioco infantile, e tanto più dunque in quel «gioco da grandi» che è la vita degli affari e della convivenza sociale in genere, è necessario far leva su quell'originaria e non convenzionale disposizione all'ordine, riposta nell'animo di ciascun «giocatore», che riconduce a misura comune i diversi e magari contrastanti interessi di chi vi partecipa.

È dunque in tal senso che deve muoversi il discorso, che perciò dovrà abbandonare il calcolo ipotetico-deduttivo della geometria, e misurarsi nel mare aperto dell'esperienza, avvalendosi della «buona regola secondo la quale, di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune non bisogna smettere di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono le specie, e d'altra parte, di fronte alle differenze di ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere». Avvalendosi della buona regola *dialettica*, di cui si legge nel *Politico* di Platone, ma che solo può seguire chi sia aperto, filosoficamente, alla problematicità dell'esperienza. *Dalla «ragione» all'«intelligenza»*, come si propone Alberto Scerbo nell'omonimo saggio del 1995.

¿Después del Leviathan? s'interroga giustamente Miguel Ayuso nel suo saggio *Sobre el estado y su signo*. E la risposta non può che essere positiva. Bisogna andare oltre il Leviatano!

§ 34

Per intendere dialetticamente l'ordinamento giuridico conviene dunque prendere le mosse dalla considerazione, anche sommaria, delle somiglianze e delle differenze che si percepiscono nell'esperienza tra l'ordinamento delle relazioni intersoggettive e l'autonomia del singolo.

E non si pensi ad una peregrina ubbia metafisica, poiché sono in realtà le aporie della stessa geometria legale a porre il problema. Basta leggere fra le righe.

§ 35

Fra le righe di Kelsen, il quale, dopo aver tassativamente affermato che mediante la norma fondamentale «il potere si trasforma in diritto», inopinatamente confessa di «non poter considerare il diritto positivo come un mero complesso di fatti empirici e lo Stato come null'altro che un aggregato di rapporti di fatto tra forze», come lascerebbe credere l'affermazione ripetuta che il potere effettivo costituisce la *conditio sine qua non* dell'ordinamento giuridico. Ma c'è di più. Kelsen, infatti, afferma altresì, o meglio kantianamente postula, l'esistenza di una *conditio per quam* dell'ordinamento, il che significa, se le parole hanno un senso, una condizione della sua fondatezza, individuandola in una «doverosità categorica», non ipotetica, operante nel profondo dell'animo di ciascuno dei soggetti al controllo dell'ordinamento stesso. Facendo così del «senso del dovere» di ogni singolo suddito la condizione formale della validità delle norme poste dal sovrano e insieme il supporto morale dell'obbedienza di ciascuno di essi. Un'aporia, stante il protocollo individualistico della geometria legale.

§ 36

Fra le righe di Axel Hagerstrom. Affermato che «la volontà dello Stato come supporto del diritto positivo è soltanto un fantasma», *Phantasmata sensus et imaginationis* di hobbesiana memoria, e nel contempo constatato che «dopotutto l'intero sistema delle leggi viene conservato», *Conditio sine qua non* di kelseniana memoria, il fondatore della Scuola di Upsala si chiede: «Ciò non presuppone un'attitudine generale della società rivolta al mantenimento del diritto»? E ris-

ponde: «Tale gruppo di sentimenti si può dividere in due specie. In parte consiste in un senso del dovere riguardante le restrizioni della propria condotta e in parte in sentimenti di potere molto intensi riguardo all'acquisizione di quei vantaggi che le leggi garantiscono e vengono considerati diritti». In tal modo postulando un sostrato di «idee tradizionali di forze e di vincoli mistici, metafisici», in cui l'ordinamento giuridico, con le nozioni di diritto e di dovere, affonderebbe le sue radici. Di nuovo un'utopia, stante l'*apriori* della geometria legale.

§ 37

Fra le righe di Karl Olivecrona. Ma forse di Olivecrona basta leggere il testo. «Il meccanismo della legislazione può essere paragonato ad una centrale elettrica che sfrutti la corrente di un fiume. L'attitudine della popolazione (il rispetto della costituzione) corrisponde alla corrente. Nella centrale la corrente viene trasformata in elettricità, la quale è poi distribuita nel territorio circostante per dar luce e calore o mettere in moto le presse e i telai; le linee elettriche simboleggiano le singole leggi, promulgate secondo la costituzione. Il significato di un atto legislativo corrisponde alla derivazione di una nuova linea dalla centrale». Il controllo sociale dunque, istituito dal sovrano mediante le leggi, funzionerebbe sulla base dello sfruttamento da parte di queste di una doverosità radicata nel profondo dell'animo umano. Ancora un'utopia, stante il principio proprio della geometria legale.

§ 38

In altri termini, l'ordinamento giuridico, ordine senza soggetti, costruito dalla geometria legale come un meccanismo di riflessi condizionati per il quale il soggetto viene considerato come se fosse un automa, centro di imputazione di poteri e di obblighi, sembra presupporre, quale condizione del suo funzionamento, un'attitudine, la si chiami mistica o metafisica poco importa, comunque profondamente radicata nell'animo dell'uomo. Un senso del dovere operante in lui con la categoricità di un imperativo assoluto, divino. Nell'ordinamento giuridico, insomma, l'automa funzionerebbe a condizione di avere un cuore umano, un'animo capace di imperativi categorici, a condizione di essere un soggetto fatto ad immagine di Dio! Un paradosso.

Ecco perché diventa ineludibile il problema radicale dell'autonomia personale quale sostrato reale dell'ordinamento giuridico. E non per un'ubbia filosofica, ma perché è la stessa geometria legale a chiederlo, essendosi andata ad infilare nel vicolo cieco della contraddizione.

§ 39

Nell'espressione autonomia, classicamente, è implicito il concetto di regolarità quale disposizione del soggetto a seguire una regola. Che si tratti di una disposizione non convenzionale ma reale risulta incontrovertibilmente dalla struttura della relazione intersoggettiva la quale, a ben vedere, è sempre determinata da regole convenzionalmente poste ma in tanto si stabilisce in quanto i soggetti, che ne sono parte attiva, siano disposti a seguirle realmente e non convenzionalmente.

Ma nell'espressione autonomia vi è anche qualcosa di più. Vi è l'indicazione dell'attitudine del soggetto all'autoregolamentazione. E non ci si può sottrarre ai problemi che essa comporta, considerato che per essa il soggetto si viene a trovare nella situazione paradossale di essere, da un lato, «signore di sé» e, dall'altro, «di sé schiavo».

§ 40

È curioso notare come a questa situazione si riferisse Hobbes per sostenere una tesi affatto opposta a quella della regolarità quale condizione naturale del soggetto. Per il «padre» della geometria legale, infatti, «non è possibile che un soggetto sia vincolato verso se stesso, perché chi può vincolare può sciogliere; perciò chi è vincolato solo verso se stesso non è vincolato». E non v'è dubbio che sia così, se si parte dal preconconcetto, o ipotesi, che condizione del rispetto delle regole sia un atto di volontà. È altresì singolare che non fosse diversa la prima reazione platonica di fronte all'espressione «essere padrone di sé», definita ridicola, «poiché chi di sé è più forte, anche di se stesso è schiavo, e chi di sé è schiavo, anche di se stesso è signore: in tutte queste frasi, infatti, —nota il Maestro— il soggetto è sempre il medesimo».

§ 41

Ma se non si vuol ridurre l'ordinamento giuridico, come neppure il «geometra delle leggi» accetta di fare, a «mero complesso di fatti empirici, (...) a null'altro che un aggregato di rapporti di fatto tra forze»; se non si vuol ridurre il rispetto delle regole a mera soggezione alla forza, che con la libertà torrebbe al soggetto la natura di uomo, è necessario superare la concezione dell'autonomia come esercizio di volontà e riconoscere, come riesce naturale ad un autentico filosofo qual è Platone, che «il vero senso di questa espressione è che nella stessa anima di ciascun uomo vi sono due aspetti, uno migliore, uno peggiore. E quando la parte per natura migliore ha il governo della peggiore ecco l'espres-

sione *essere padrone di sé*, e suona lode; quando, invece, per colpa di una cattiva educazione o di non buona compagnia la parte migliore, ma più debole, è vinta dalla peggiore, più forte, allora chi si trova in questa situazione è detto *schiavo di se stesso* e intemperante e suona biasimo e rimprovero».

Questo Platone scrive nella *Repubblica* a proposito della temperanza, la *sophrosyne*, virtù che, a differenza del coraggio e della prudenza proprie solo di una parte della comunità, «si estende senz'altro a tutta la *polis*, facendo sì che tutti a una voce cantino la stessa canzone, i più deboli, i più forti e quelli di mezzo o che tu li voglia tali per intelligenza, o per forza, o per numero, o ricchezza, o per qualsivoglia altro carattere simile». Nelle *Leggi*, poi, dove si parla specificamente dell'ordinamento giuridico della comunità, il Maestro ritorna su quella che chiama «fra tutte la suprema e più bella vittoria: la vittoria su se stessi», per constatare come da essa dipenda ogni relazione umana, «nella casa, come nel borgo o nello stato».

§ 42

L'autonomia, insomma, prima di un modo di fare è un modo di essere del soggetto umano; ciò che ne fa una persona, designandone l'intelligenza di ciò che è, che è reale, che è veramente, e per ciò naturalmente capace di comunicare, ciascuno con gli altri condividendola. In proposito potrebbe essere utilmente ricordata la rappresentazione del tratto signorile dell'uomo offerta da Teognide, poeta megarese del VI° secolo a.Ch., col termine *esthlòs*, che significa, secondo la radice, colui che è, che è reale, che è veramente. L'autonomia è dunque all'origine anche dell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive inteso come modalità della comunicazione interpersonale, attuantesi attraverso l'obbedienza delle leggi variamente poste nella comunità politica.

Se ne ha conferma patente nel segmento più difficile da «giustificare» dell'ordinamento giuridico, quello della sanzione penale, che nella sua immediatezza si presenta come fonte di mortificazione della personalità umana piuttosto che strumento della sua edificazione, nonostante tutte le professioni, più o meno ambigue, di garantismo. Perché, infatti, la sanzione penale non riduca chi vi si sia esposto a mero strumento di controllo sociale, come viene tematizzato nella prospettiva prevenzionistica, con l'inevitabile compromissione della sua dignità in quanto essere, pur sempre, umano, è necessario recuperare quello che, sulla traccia della lezione di Giuseppe Bettiol, Mauro Ronco chiama «il fondamento etico-retributivo della pena» inteso come «conseguenza necessaria del fondamento etico dell'ordinamento giuridico». In altri termini, la sanzione penale può giustificarsi come modalità di autentico ordinamento giuridico solo in quanto questo si attui tra e in virtù «di persone che si considerano e si riconoscono reciprocamente come soggetti e non oggetti di diritto, in quanto sog-

getti morali capaci di libertà e responsabilità». In una parola, noi diremo, d'autonomia.

§ 43

Così si spiega anche il senso autentico dell'autonomia nel contratto, con la legge altra faccia dell'ordinamento giuridico, che irrimediabilmente sfugge a chi, come il geometra, rimanga intrappolato in una concezione meramente volontaristica del consenso.

Ora, non c'è dubbio che sia possibile e conveniente intendere il consenso, nel quale si esplica l'autonomia dei contraenti, come concorso delle loro volontà, ma questo non è il solo e neppure il primo modo d'intenderlo ché, infatti, il concorso delle volontà, per attuarsi operativamente, non può non presupporre la preliminare individuazione del punto di convergenza delle stesse. E, dunque, non può darsi concorso di volontà senza comunione di vedute. In altri termini, con il consenso si evidenzia ciò che vi è di comune fra i contraenti, che non è il prodotto della loro volontà di stare insieme quanto la condizione logica e reale per la quale la convergenza delle volontà non significa per tutti alienazione e per ciascuno perdita d'identità propria.

Questo fa la differenza tra il rapporto contrattuale e il rapporto di dominio, che annulla l'autonomia tanto del servo che del padrone o, più esattamente, com'è stato messo in luce da un celebre passo della hegeliana *Phänomenologie des Geistes*, che rivela la carenza di autonomia tanto nel padrone che nel servo. Da sempre, infatti, il servo è tale per la sua disposizione a rinunciare alla libertà pur di sopravvivere, di esserci, di potere cioè in qualche modo manipolare le cose. Parimenti, nonostante le apparenze, da sempre il padrone è asservito: direttamente dal servo di cui ha bisogno come della sua ragione sociale, per affermarsi padrone; indirettamente dalle cose prodotte dal servo, che deve pretendere e consumare per esercitare socialmente il suo dominio. In realtà sia il padrone che il servo sono legati servilmente alla cosa, anche se il modo di tale servitù è differente. Ambedue delimitano la propria esistenza all'interno dell'effettiva dipendenza dal mondo. Dietro all'apparente, pratico, dominio, che si esprime, per il servo, nella manipolazione e trasformazione della materia e, per il padrone, nella consumazione del prodotto, si nasconde una sostanziale mancanza di autonomia.

Agli antipodi, dunque, del rapporto contrattuale.

§ 44

Riflettendo su questo si potrebbe misurare l'equivoco nel quale sono incorsi quanti hanno ridotto il giuridico a formalità dell'economico, a ciò indotti forse

proprio dalle deformazioni scientifiche della geometria legale. Mentre basterebbe lo schema del contratto, se considerato senza pregiudizi, per mostrare come sia ufficio proprio del giuridico garantire che un rapporto, economico o altro che sia, non decada ad alienazione, poiché per esso rileva, con e prima del concorso delle volontà, la comunione delle vedute che è compito del giurista, legislatore o interprete che sia, «accertare e dire all'indicativo», come ha scritto Michel Villey nella sua *Critique de la pensée juridique moderne*, del 1976.

A condizione, beninteso, di riconoscere all'origine dell'ordinamento giuridico delle relazioni umane, inteso come modalità della comunicazione intersoggettiva, attuantesi attraverso il contratto, l'autonomia della persona. Così come fa una teoria generale del diritto dialetticamente costruita, qual è quella tematizzata da Lucio Franzese nel volume su *Il contratto oltre «privato» e «pubblico»*, del 1998.

§ 45

Il discorso sull'autonomia non si può chiudere senza rilevare, seppur fuggacemente, come oggi vada prendendo piede, o riprendendo vigore, una concezione della legge come impulso all'autonomia.

Se ne possono individuare i segnali in tutti i segmenti dell'esperienza giuridica. Si pensi, ad esempio, nell'ambito del diritto pubblico, come con la legge quadro sul pubblico impiego (L. 93/1983), si fosse attribuito alla figura dell'accordo tra Governo e sindacati la competenza a disciplinare significativi aspetti, prevedendo come condizione per l'inizio delle procedure contrattuali e la partecipazione ad esse delle organizzazioni sindacali che queste avessero adottato codici di autoregolamentazione del diritto di sciopero, «tali da garantire la continuità delle prestazioni indispensabili, in relazione all'essenzialità dei servizi, per assicurare il rispetto dei valori e dei diritti costituzionalmente tutelati». Una legge per la quale si è discusso se la violazione del codice di autoregolamentazione fosse di per sé causa di illiceità dello sciopero, ma che in ogni caso escludeva dal tavolo della contrattazione e, in genere, dalle garanzie sindacali quanti non fossero stati capaci di autoregolamentarsi. Disposizioni queste superate dal Decreto legislativo n. 29 del 1993 che, tuttavia, ne mantiene la *ratio*, in particolare prevedendo il tentativo di conciliazione come condizione di proponibilità della domanda giudiziale.

Ma è proprio nel diritto processuale, con l'accentuato rilievo conferito al «tentativo obbligatorio di conciliazione», esteso dal giudice di pace sino al giudice istruttore monocratico (L. 374/1991), che sembra affermarsi, quasi principio generale, quello della ricerca preliminare della «autocomposizione della lite», chiamando a rilevare ciò che, nonostante differenze e contrasti, costituisce fattore di comunicazione fra le parti contendenti. In sostanza operando come

stimolo di autonomia. E che spinge a riflettere sulla natura stessa della giurisdizione, considerato che quando le parti in lite si rivolgono ad un terzo perché giudichi, sostanzialmente gli chiedono di ascoltare le ragioni di ciascuna di esse e di fare ciò che non era loro riuscito: discernere dialetticamente quanto fra di esse vi sia di comune e quanto di diverso, affinché a ciascuna venga riconosciuto il suo.

Ma questa semplice constatazione spinge ad una riflessione ulteriore.

§ 46

Se l'autonomia è il «germe» dell'ordinamento giuridico, la controversia ne costituisce lo «schema». Perché, non lo si dimentichi mai, di ordinamento si tratta, cioè di un processo in cui è presente il criterio dell'ordine, l'essere cioè dell'uomo, la sua natura, confuso, tuttavia, e duellante col disordine della condizione umana, bene rappresentata dalla contesa della parte migliore e della parte peggiore dell'anima.

Ora, la controversia non è conflitto ma misura dialettica.

Non è conflitto: perché oggetto del conflitto è immediatamente il dominio sulla cosa o sulla persona ridotta a cosa. Questo, infatti, persegue chi si trova in guerra, con ogni mezzo, facendo violenza all'antagonista. Tendendo ad annullare la pretesa avversa e ad affermare il proprio esclusivo potere.

Ma misura dialettica: perché oggetto della controversia è il riconoscimento del diritto sulla cosa che ciascuna delle parti rivendica come proprio e persegue dialetticamente, dimostrando che nella tesi avversaria è presente, e condizionante la stessa, qualcosa che, se radicalmente tematizzato, la fa cadere in contraddizione e la riconduce alla propria versione dell'ordine.

Riflettendo sulla controversia è dato di capire meglio come nel processo dell'ordinamento giuridico si intreccino problematicamente ordine e disordine e d'intendere perché esso, l'ordinamento giuridico, non possa identificarsi immediatamente con l'ordine, avendo a che fare strutturalmente col disordine, ma anche perché non possa essere ridotto a maschera virtuale del disordine, com'è toccato di fare al «geometra delle leggi».

§ 47

Quello dell'intreccio di ordine e disordine è problema quotidiano per il giurista, il quale si trova ogni giorno coinvolto tra l'ordine della legge e il disordine della lite, ed esplica la sua funzione specifica nel senso dell'ordinamento, che è quanto dire del passaggio da uno stato di squilibrio ad uno di equilibrio sociale.

§ 48

Se il disordine della lite fosse un non-ordine oggettivo, non vi sarebbe alcuna possibilità di successo per l'opera di ordinamento del giurista. Essa sarebbe destinata a configurarsi come un sovra-ordinamento, che non farebbe venir meno la lite, e dunque il disordine, ma solo ne neutralizzerebbe gli effetti in virtù di una pre-potenza, in virtù cioè della potenza di fatto esercitata da chi è pre-posto al controllo sociale. E questo finché e fintanto che il «sovrano» di fatto eserciti il potere; configurandosi peraltro la trasgressione della legge da parte dei «sudditi» come espressione della loro libertà individuale, del loro potere soggettivo.

Scontato è il riferimento alla «teoria della sovranità» sviluppata dalla geometria legale.

§ 49

E non vi sarebbe possibilità di successo per l'opera del giurista neppure se si identificasse formalisticamente la norma con il «testo preciso della legge». L'uso traslato della citazione di Montesquieu, che così definisce l'opera del giudice, è voluto poiché nella prospettiva geometrica anche la sentenza del giudice è una legge, seppure la legge del caso particolare, come concordano i vari geometri della legge, da Hobbes a Kelsen. Non vi sarebbe possibilità di successo per l'opera del giurista a causa della convenzionalità della norma che si identificasse puntualmente con la legge, la quale si colloca nello spazio e nel tempo, come risulta dal numero progressivo con cui si individua e dalla data di pubblicazione che sempre l'accompagna. Appunto per la sua convenzionalità, la legge esige d'essere collocata nella prospettiva operativa nella quale trova la sua ragione d'essere, nell'ordinamento, nella composizione della lite mediante l'instaurazione della controversia.

In questo contesto si comprende perché per il giurista, Pietro Perlingieri ad esempio in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, del 1984, «la conoscenza giuridica non è prospettabile mai separata dal fine pratico dell'applicazione e non si considera completa se distinta dall'impatto con il caso concreto, con il fatto storico da regolamentare». Il che non significa se non che la legge rileva al momento in cui interviene nella composizione di una lite mediante la sua interpretazione della controversia. Come si comprende perché per il giurista, Piero Ziccardi ad esempio nella voce *Diritto internazionale* della Enciclopedia del Diritto, «non possono considerarsi esistenti fenomeni giuridici, dai più semplici ai più complessi, senza che di essi esista la conoscenza e la rappresentazione concettuale». Il che non significa se non che l'ordine della legge, volendo continuare ad usare questa espressione ambigua, rileva, contribuisce cioè alla composi-

zione della lite, solo in quanto è operante nell'ordinamento della controversia. Come aveva subodorato anche Santi Romano.

§ 50

Nella controversia il disordine si manifesta come divergenza tra due vedute dell'ordine. E l'ordinamento si realizza se ed in quanto fra queste si stabilisca un rapporto dialettico, nel senso classico della parola, in virtù di quell'attitudine per la quale, come abbiamo visto più sopra leggendo il *Politico* di Platone, non si lascia di considerare un insieme di cose diverse prima di aver colto ciò che le accomuna in un genere e per la quale si è capaci di riconoscere le diversità e quindi si individua la specifica identità di cose o situazioni all'apparenza identiche.

Dialetticamente la controversia si risolve mediante il riconoscimento, sempre inesausto e rivedibile ma autentico se convenientemente condotto, di ciò che è proprio delle parti in causa. La pretesa, infatti, di ciascuno al suo si configura come domanda d'essere rispettato in ciò che lo diversifica dagli altri, ma è altresì chiaro che tale diversità può essere definita solo a partire da ciò che ciascuno ha con gli altri in comune, ossia la naturale disposizione all'ordine per la quale è proprio dell'essere uomo *suum cuique tribuere*.

Se si riflette su questo dato elementare, meglio si intende anche perché la legge non sia propriamente il diritto, né la naturale né la positiva, essendo piuttosto «*aliquis ratio iuris*», come ribadisce nel suo libro, del 1997, *Qué es el derecho natural*, Juan Vallet de Goytisolo riprendendo la celebre sentenza di San Tommaso d'Aquino. Così come, *a contrario*, si evince la ragione della sperimentata illusorietà di quei diritti umani, privi di «radici antropologiche», che si affidano esclusivamente ad astratte «dichiarazioni», sinonimo in questo caso di leggi, costituzionali o internazionali che siano, rivelatesi, come ha notato Gian Pietro Calabrò nel saggio su *La galassia dei diritti*, del 1993, assai più efficaci come strumento offensivo nello scontro fra i potenti del mondo che non come pacifico baluardo nella difesa del diritto dei più deboli.

§ 51

L'acquisita consapevolezza che l'ordinamento giuridico si compie mediante la trasformazione della lite in controversia, per cui il conflitto di due arbitrii viene tradotto nel confronto di due versioni dell'ordine, suggerisce di intendere come centrale nell'esperienza giuridica il momento del processo. Peraltro secondo una innegabile tradizione storica risalente alla matrice romana della giurisprudenza.

Particolarmente suggestivo, in tal senso, può risultare il riferimento al modulo del processo che Elio Fazzalari, secondo la lezione di Giuseppe Capograssi, ha tematizzato scrivendo, nel 1989, sui *Valori permanenti del processo*.

Species del *genus* procedimento, il processo appare contraddistinto «dalla partecipazione degli interessati all'*iter* procedimentale, nella fase preparatoria del provvedimento, intendendosi per tali quanti siano destinati a subire l'efficacia diretta dell'atto finale: non solo ma anche e specialmente dal modo dialettico di tale partecipazione, il contraddittorio, ch'è il dire e contraddire, sul piede di simmetrica parità, in ordine a tutte le questioni, anche di rito, che il processo pone e di cui i risultati l'autore dell'atto finale non può non tenere conto». Sostanzialmente, aggiungeremmo noi, e non solo formalmente.

§ 52

La rilevanza euristica di questo modulo è segnalata soprattutto dall'impiego che, oggi, se ne fa nelle sedi giurisdizionali. Negli stati e fra gli stati, ma anche nei gruppi (partiti, sindacati, ordini professionali, associazioni, società private) che, pur vivendo entro lo stato, organizzano nel proprio seno e per i propri membri delle vere e proprie forme di ordinamento giuridico. E ancora nei gruppi transnazionali, in quelli che l'internazionalista chiama i rapporti internazionali di base, per i quali si utilizza il processo degli arbitrati retti dalle varie *leges mercatorie*, che regolamentano al di sopra dei confini e al di fuori dei sistemi normativi statuali gli scambi in questo o quel settore economico. Per la globalizzazione del mercato, diranno quanti non sanno andare oltre l'apparenza immediata; per la naturale tendenza all'universalità dell'ordinamento giuridico, potranno affermare quanti riconoscano, con Cicerone, che «la disciplina giuridica non si ricava dagli editti del potere, come anche oggi molti ritengono, e neppure dalle Dodici Tavole, come ritenevano gli antichi, ma dai supremi principi della filosofia».

§ 53

Il modulo del processo viene peraltro proposto, oltre che all'attenzione di «chi deve applicarle» anche a quella di «chi fa le leggi», per la struttura dialettica del contraddittorio che ne costituisce il momento più significativo e caratterizzante.

La proposta è particolarmente suggestiva se si considera il fatto che nell'ambito della produzione legislativa si è andato sempre più diffusamente affermando il metodo della «negoiazione», cioè della definizione dei contenuti normativi delle leggi con il contributo dialettico di chi è destinato a subire l'efficacia di-

retta dell'imperativo finale. E se non si dimentica che la dialettica, alla quale nel corso della storia del pensiero è stato attribuito un significato prevalentemente formale, nel senso dell'abilità nel disputare o nella tensione del contendere, originariamente ha un valore reale, poiché non consiste nel saper combinare dei puri concetti, ma nel riconoscere quelle combinazioni reali delle specie di cui è costituito il mondo. Secondo quanto ci è stato insegnato da Platone nel *Sofista*.

In realtà, dal modulo del processo, nel quale il contraddittorio mette capo ad una sentenza, decisione formale conclusiva di un procedimento caratterizzato dalla dialetticità del confronto reale, risulta illuminato tutto l'arco della produzione legislativa di quel diritto che è stato definito, sgradevolmente ma efficacemente, come «ermafroditto» per essere il prodotto di un negoziato e di un voto assembleare.

Benché la cosa possa apparire sconcertante, proprio per avere accentuato lo scarto tra elemento materiale ed elemento formale della produzione delle leggi, la pratica della negoziazione legislativa ha rimesso in primo piano il ruolo che la dialettica ha, da sempre, nel processo dell'ordinamento. Né l'intervento conclusivo di un atto formale di decisione, com'è il voto assembleare, nel quale la volontà esercita un ruolo dominante, ne attenua l'importanza o ne snatura la specifica funzione. E, d'altra parte, basterebbe ricordare come anche in un dialogo filosofico tra scolastici, lo ricorda Villey, «per giungere ad una *conclusione*, qualcosa di arbitrario fosse richiesto dal maestro che *determina e definisce*. A fortiori così è nel diritto, quando l'insufficienza dei dati del *diritto naturale* obbliga a creare un diritto positivo». In altri termini, dalla dialetticità della negoziazione legislativa, per chi ne sappia cogliere i segni, in maniera inequivocabile ed inconfutabilmente, risulta come anche la legge, per essere fattore di ordinamento, prima di venire fissata dalla volontà, sia il prodotto del riconoscimento dialettico del suo di ciascuno. Sicché non aveva torto Papiniano a chiamarla *commune praeceptum, virorum prudentium consultum (...)*, prima che *communis reipublicae sponsio*. Ed anche noi possiamo capirlo.

§ 54

Se tutto ciò corrisponde, come corrisponde, al vero, dell'ordinamento giuridico risultano in tutta semplicità e pienezza la funzione teoretica, consistente nel riconoscere dialetticamente il suo di ciascuno, insieme con la funzione pratica, consistente nel fissare e quindi nel sottrarre la soluzione raggiunta alla disponibilità arbitraria; l'una e l'altra attuantesi mediante gli strumenti specifici della posizione della legge, del provvedimento amministrativo e della pronuncia giudiziale, nei quali un'attenzione filosoficamente educata consente di individuare il prodotto dell'autonomia e insieme il suo supporto.

Così come non si può non riconoscere nella politicità e nella positività i suoi caratteri essenziali.

Della politicITÀ dell'ordinamento giuridico la prova può essere reperita muovendo dalla considerazione del moto «rivoluzionario» impressovi recentemente dalla Corte Costituzionale italiana con la sentenza (364/88) con la quale ha stabilito che «l'ignoranza inevitabile della legge» può scusare. Una «rivoluzione» nel senso strettamente fisico del termine, considerato che riporta il concetto di ordinamento giuridico dal *geometrico* sistema ordinato di leggi alla *dialettica* regolamentazione delle relazioni umane.

La decisione della Corte non può essere intesa semplicisticamente come reazione alle lesioni inferte alla persona da «una situazione anormale creata dallo stesso ordinamento». (Tra parentesi va notato come l'estensore della sentenza si serva formalmente dell'espressione *ordinamento* al modo geometrico, tanto radicata è l'abitudine, proprio nel momento in cui ne propone sostanzialmente il superamento dialettico, denunciando gli effetti aberranti dell'ipertrofia legislativa. «Per l'abbondanza delle grida in forma di legge», disse allora Massimo Severo Giannini). Tra le righe, infatti, vi si fa riferimento alla necessità di «richiedere come essenziale requisito d'imputazione uno specifico rapporto tra soggetto e legge e, conseguentemente, tra soggetto e fatto considerato nel suo integrale disvalore giuridico», sicché da colpirsi con gli strali della sanzione dev'essere solo «la consapevole ribellione o trascuratezza nei confronti dell'ordinamento», inteso questa volta in senso classico come processo di regolamento delle relazioni umane, e non solo come violazione delle norme organizzate in sistema.

La portata della pronuncia della Corte si estende al di là della specifica, seppur fondamentale, tematica dell'errore in campo penale, promuovendo una sorta di rovesciamento del mito illuministico della «maestà della legge» ed escludendo che si possa dare «prevalenza alla tutela dei beni giuridici (espressione questa con la quale viene indicato l'astratto dovere di conoscenza della legge) a scapito della libertà e della dignità della persona umana». Ma perché tutto questo, questa «rivoluzione», non si riduca a mera svalutazione della legge, magari per una sorta di svenevolezza nei confronti della «variabile psicologia del singolo», rischio del quale sembra avvertito lo stesso estensore della sentenza, è necessario recuperare il senso profondo della sua premessa logica e reale, e cioè del fatto che non basta la legge a comprendere l'esperienza giuridica ossia l'ordinamento. Tanto che si potrebbe interpretare la sentenza rivoluzionaria come diretta al legislatore, per orientarne l'opera nel senso di fargli prendere coscienza del fatto che la legge, la sua opera, è destinata ad operare, né potrebbe essere altrimenti, all'interno di un processo di autoregolamentazione di cui ciascun membro della comunità è protagonista. In una parola, è necessario intendere la politicITÀ dell'ordinamento giuridico, che costituisce l'altra faccia di quello che Danilo Castellano chiama *L'ordine della politica*. Beninteso se per politica non s'intende, geometricamente, la «ragion di stato», neppure di uno «stato provvi-

denza», ma, dialetticamente, l'intelligenza della giusta misura, l'intelligenza di ciò che conviene, che è opportuno, che è necessario alla convivenza umana. L'intelligenza di ciò che consente una vita equilibrata, del singolo come della comunità.

§ 56

Della positività dell'ordinamento giuridico la prova sembra più elementare, essendo immediatamente individuabile nel determinare, nello stabilire, nel fissare in cui esso naturalmente consiste. E' la positività, insomma, a fare dei precetti legislativi, amministrativi e giudiziari, mediante i quali l'ordinamento giuridico operativamente si esplica, punto di riferimento per la convivenza umana. Riferimento sicuro proprio perché sottratto alla disponibilità meramente occasionale e capricciosa, dell'individuo come del gruppo.

Ex his fluere coepit ius civile. È difficile sottrarsi alla presa dell'*encheiridion* di Pomponio, quando racconta come il diritto sia fluito, per cent'anni, dalle Dodici Tavole.

Ma proprio perché sulla positività la geometria legale ha fondato la propria concezione puramente volontaristica dell'ordinamento giuridico, infilandosi, come abbiamo visto, in un groviglio di contraddizioni inestricabile, è necessario precisarne l'autentico significato, percepibile avvertendo l'analogia esistente tra la definizione del precetto e quella del concetto. Se non addirittura risalendo alla definizione della parola, se è vero che, come racconta Oliver Sacks nel suo *Seeing voices. A journey into the world of the deaf*, «noi non parliamo solo per comunicare i nostri pensieri agli altri, ma anche per comunicarli a noi stessi».

Come col concetto si rappresenta una cosa fissandone i tratti essenziali, così col precetto giuridico, legislativo amministrativo o giudiziario che sia, si rappresenta un'azione, fissandone i tratti qualificanti e in tal senso essenziali. Potrebbe sembrare un impoverimento dell'esperienza: il precetto come il concetto apparendo il risultato del distacco dall'immediatezza dell'agire e dell'intendere. E nell'opinione corrente di continuo ritorna il lamento per la povertà dei concetti e l'angustia dei precetti. Ma se tutto ciò corrispondesse al vero, diverrebbe assai difficile capire come il concetto possa assicurare una conoscenza universale e necessaria e come il precetto possa garantire la convivenza umana. In realtà, come il concetto, con la sua fissità interlocutoria, costituisce un principio regolatore della conoscenza umana, nel senso che l'uomo, mediante il concetto, o meglio mediante la rete dei concetti, in cui si unificano le precedenti esperienze, si apre ad esperienze nuove, così il precetto, con la sua fissità interlocutoria, esercita la funzione di modello per l'azione umana, nel senso che l'uomo trova nel precetto, o meglio nella rete dei precetti, in cui si sono raccolti i tratti qualificanti di un rapporto, le indicazioni utili per disporsi alla relazione con gli altri.

Non possiamo, a questo punto, sottrarci al problema posto dall'assunto platonico secondo il quale, per tutti, «la cosa migliore sarebbe che non le leggi (in questo contesto per noi sinonimo di ogni precetto giuridico) avessero valore ma chi se ne intende veramente di governo, essendo dotato di prudenza regia (...), perché la legge non sarà mai capace di cogliere nel medesimo tempo ciò che è il meglio e il giusto per tutti, in modo da prescrivere le cose utili: poiché le diversità che vi sono fra uomo e uomo, tra comportamento e comportamento, e per il fatto che nessuna cosa umana sia, per così dire, mai in riposo, non consentono ad alcuna arte e in nessuna materia la definizione in assoluto di qualcosa che valga in tutti i casi e in tutti i tempi». Sennonché, proprio per questo, per il fatto che l'uomo può attingere alla «prudenza regia», come ad ogni altra arte, solo attraverso delle mediazioni successive e sempre provvisorie, appare il ruolo del precetto giuridico il quale con la sua fissità, con la sua positività, che lo fa assomigliare «ad un uomo prepotente e ignorante, che a nessuno permette di fare qualcosa contro i propri ordini», consente agli uomini riuniti in comunità di praticare, in modo sempre precario e provvisorio ma sempre reale, «quella forma suprema di giustizia che si accompagna con l'intelligenza e la ragione, che non soltanto li protegge ma da peggiori che erano li fa, per quanto possibile, migliori».

Secondo la loro propria natura.

§ 57

Veram, nisi fallor, non simulatam philosophiam affectantes. Per il giurista che sappia rimanere fedele all'ammonimento di Ulpiano, quale che sia il ruolo ricoperto nel quadro istituzionale della comunità, non sarà difficile intendere come contribuire all'ordinamento giuridico della stessa, mediante la traduzione del conflitto, portato alla sua attenzione, in controversia; sottoponendo l'arbitrio di un appetito momentaneo alla disciplina di una regola razionale destinata a valere nel tempo.

La consapevolezza della natura interlocutoria del proprio operare, nel senso letterale del termine, essendo destinato ad innestarsi in un processo che, prima e dopo di esso, si regge e si compie sulla base della capacità personale d'autonomia, sulla capacità di ciascuno d'essere «padrone di sé», impedisce al giurista, che sia veramente tale, d'accontentarsi di un ordinamento virtuale, che il potere, quand'anche legittimato dalla volontà dei consociati, può solo sovrapporre alla conflittualità interindividuale, assunta come insanabile, affermandosi piuttosto che come superamento di essa come sua canonizzazione, al limite giungendo a negare valore persino all'autonomia contrattuale. Così come non lo espone all'aporia della duplicazione dei criteri preposti alla produzione degli imperativi e al loro ordinamento che, come abbiamo visto, ha condotto tanti

fautori della geometria legale ad uno stato di dolorosa schizofrenia, costringendoli, per un verso, a ridurre il diritto a tecnica per il controllo sociale di *esseri bruti*, e, per altro verso, a postulare nei singoli soggetti, quasi *piccole divinità*, un senso categorico del dovere.

E gli impedisce di lasciarsi ingabbiare nell'alternativa falsa e frustrante del *controllo o comunicazione*? Se, infatti, sarebbe incongruente ridurre il comunicare al controllare mediante la costrizione in uno schema preordinato ed imposto dall'esterno, altrettanto incongrua sarebbe la pretesa di stabilire un qualsiasi controllo senza il preliminare riconoscimento della comune misura sulla base della quale mettere ordine e dunque senza preliminarmente comunicare. Senza contare che non si dà controllo senza autocontrollo, cioè senza quella disposizione alla «padronanza di sé», che costituisce come abbiamo visto il motore dell'ordinamento giuridico e così ne fa una concreta modalità della comunicazione. *Comunicazione e controllo*, dunque.

La consapevolezza della condizione umana, della condizione cioè di un essere che non è un bruto né una divinità, partecipando tuttavia di questa e di quella natura, assimilabile, con immagine dantesca, all'orizzonte che sta tra il cielo e la terra, a questa appartenendo come a quello, consente al giurista, che sia davvero tale, d'intendere la *diakonia* dell'ordinamento giuridico, secondo il suggerimento di Domenico Coccopalmerio. Non già al servizio del Leviatano, mostruoso «dio mortale» di hobbesiana memoria, ma al servizio di quella straordinaria creatura a cui il Creatore non ha plasmato soltanto il corpo materiale ma con l'anima ha infuso il suo Spirito.