



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2024 FASCICOLO I

Laura Buffoni

Le regulae iuris e il diritto costituzionale

**(a proposito di S. NICCOLAI, *Principi del diritto, principi della convivenza*
Uno studio sulle «regulae iuris», Napoli, Editoriale Scientifica, 2022)**

8 gennaio 2024

IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO

CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO



Laura Buffoni

Le regulae iuris e il diritto costituzionale


(a proposito di S. NICCOLAI, *Principi del diritto, principi della convivenza. Uno studio sulle «regulae iuris»*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022)*

SOMMARIO: 1. Per una mappa imperfetta del Libro. – 2. Contro i dualismi. – 3. Le *regulae iuris*: il diritto del fatto. – 4. Lo scacco matto alla Costituzione-norma: la Costituzione-*regula*. – 5. La norma di riconoscimento del diritto: l'equità. – 6. Legislazione, giurisdizione e Scienza giuridica. – 7. La 'natura' della natura umana. – 8. L'artificio del diritto: la 'seconda natura'. – 9. Il diritto pubblico e il diritto privato. – 10. La Costituzione 'posta'. – 10.1 L'esempio: la costituzione del mercato.

ABSTRACT: The essay takes its starting point from Silvia Nicolai's book, Principi del diritto, principi della convivenza. Uno studio sulle «regulae iuris», which, based on the subjective foundation of law in man's moral being, proposes an interpretation of the Constitution according to the regulae iuris of the topical tradition. The Author investigates its presupposed conception of the constitution and its consequences in the theory of constitutional interpretation and in the practical, judicial reasoning, as well as its compatibility with positive constitutional law. From there moves to pose differently the question of the method of constitutional law science, which depends on the decision that grounds positive Constitution.

1. Per una mappa imperfetta del Libro

Per essere perfetti i commenti a un libro dovrebbero contenere tutto il libro, essere un libro del libro, fino alla regressione all'infinito della mappa della mappa di Royce¹. Così, però, si finirebbe ossessivamente per ripetere il medesimo testo, secondo il paradosso della tensione alla perfezione della mappa (cartografica o testuale) in Borges e, quindi, per scrivere, inutilmente, lo stesso libro². Non vi è, infatti, rappresentazione migliore di una cosa che la sua

*  Contributo scientifico sottoposto a referaggio (art. 3, comma 11, del Regolamento della Rivista).

Laura Buffoni è professore associato di Diritto costituzionale di presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Sassari.

¹ J. ROYCE, *The world and the individual* (1899), come letto da J.L. BORGES, *Magie parziali del «Don Chisciotte»*, in ID., *Tutte le opere*, Milano, Mondadori, 2001, vol. I, 952.

² J.L. BORGES, *Del rigore nella scienza*, in ID., *Tutte le opere*, cit., vol. I, 1253; ID., *Pierre Menard, autore del «Don Chisciotte»*, *ibid.*, 649 ss.; J.L. BORGES, A. BLOY CASARES, *Cronache di Bustos Domecq*, Torino, Einaudi, 1975, 23.



immagine, la sua riproduzione: nella mappa più perfetta la rappresentazione cartografica dei punti finisce per coincidere con il territorio, così come la descrizione più perfetta del testo originario giunge a coincidere con il testo. Ma per ciò stesso l'operazione sarebbe destinata, proprio come le mappe che corrispondono al suolo d'Inghilterra o il Don Chisciotte di Menard o la Divina Commedia del critico Formento, al macero e alla rovina nel deserto di lettori.

Al pari, la riduzione del testo scritto a un solo punto può essere altrettanto inutile e, persino, pericolosa: si corre il pericolo di fra-intendere il libro, di ri-scriverlo e, quindi, di scrivere un altro libro.

Proviamo ad attraversare il Libro *Principi del diritto, principi della convivenza. Uno studio sulle «regulae iuris»*, muovendoci tra la rappresentazione mimetica e la riduzione simbolica. È un Libro difficile da attraversare.

È un Libro che pone la questione capitale, quella ontologica del che cos'è il diritto e, quindi, quella epistemologica, del come si conosce il diritto, del suo metodo, che dalla prima dipende³. È, più precisamente, un Libro *di* diritto, ove il genitivo, il diritto, ne è il soggetto, lo agisce e ne è l'oggetto, è agito: cerca il diritto nel diritto. Il suo punto di vista è rigorosamente interno al diritto, senza nessuna concessione alle mode del momento della integrazione, della contaminazione e del sincretismo metodologico tra il diritto e l'altro, che tutto al contrario rischiano di disconoscere la razionalità giuridica e oscurare l'essenza e l'autonomia della scienza del diritto⁴. A suo modo, nel suo antikelsenismo o, più in generale, nel suo antinormativismo, propone una dottrina 'pura' del diritto, nel senso di una dottrina per l'autonomia del diritto e della scienza giuridica rispetto alle scienze sociali, toccando al contempo un luogo schmittiano⁵. Ma non è un Libro di diritto tecnico, chiuso, auto-fondato

³ Il che è chiaro nella teoria generale del diritto almeno fin da K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966 e, ancora prima, da T. ASCARELLI, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in Id., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, 467 ss. Nel diritto costituzionale, il rapporto tra oggetto e metodo è tornato nei recenti lavori monografici di G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Roma-Bari, Laterza, 2023 e M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2023, spec. 3 ss. e, a partire dall'Editoriale di A. VIGNUDELLI, *Diario di bordo. Scarrocciando alla cieca nei turbini del post diritto ...*, in *Lo Stato*, n. 20, XIII, nel Convegno Cesifin, 10 ottobre 2023, per la celebrazione della Rivista [Lo Stato, XX volumi per il X genetliaco](#).

⁴ E nella strenua difesa della autonomia della scienza giuridica ha percorso i tempi: seppure attingendo ad argomenti molto differenti e giungendo a soluzioni altrettanto differenti, è recente il vigoroso richiamo ad una forte autonomia della scienza giuridica, tirata ora dalla parte della forma, ora della materia, in A. BALDASSARRE, *La crisi attuale della "scienza" del diritto pubblico e costituzionale*, in *Lo Stato*, 2023, n. 20, 25.

⁵ C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, Macerata, Quodlibet, 2020, pos. 19 ss., sostiene, infatti, l'appello all'autonomia di una scienza giuridica europea con l'«architrave» della scienza del diritto romano, riferendosi proprio al *Corpus iuris* di Giustiniano, nella lettura di Riccobono – a cui molto ha attinto anche il Libro – e, con lui, al *mos italicus* dei glossatori contro il *mos gallicus* degli umanisti. Fino a dire che la scienza giuridica, se non vuole venire meno alla sua missione, deve preservare nelle mutevoli situazioni «il fondamento di un essere umano razionale, che non può fare a meno dei principi del diritto».



ed autoreferenziale: muove, al contrario, dall'idea che il diritto è geneticamente la sua apertura all'essere, perché il diritto è scienza dell'azione umana, quindi, è fin dalla sua origine aperto alla vita, alla realtà, all'esperienza degli uomini. In un certo qual modo, pare voler dire che il diritto è in sé, già da sempre, interdisciplinare⁶.

È un Libro che non è riducibile a figurini. Non è né materialista o idealista, né fisico o metafisico, né realista o normativista, né immanente o trascendente, né giuspositivista o giusnaturalista o storicista, né dalla parte della *Zivilisation* né della *Kultur*, né ermeneutico o analitico, né dalla parte del diritto giurisprudenziale o da quella del diritto legislativo, né passatista o futurista, né giusmoralista alla maniera del neocostituzionalismo o giusrazionalista nel modo del costituzionalismo garantista. Anzi, la sua cifra narrativa, la cifra di un diritto erratico quale sono le regole sparse, aperte, è proprio l'immunizzazione dalle classificazioni e, tra esse, dai dualismi. È un Libro, giocando con (e aggettivandone) l'etimo *liber*, 'libero', contro i 'saperi disciplinari', che attraversa le polarità della teoria generale del diritto e della teoria costituzionale, ma non le perpetua: le ricompone o le pone diversamente.

Per questa stessa ragione non è solo un Libro di diritto costituzionale. È anche un Libro di filosofia del diritto, di storia del diritto e di diritto privato: è un po' tutti questi libri messi assieme, perché se il diritto non è tecnica, *ars*, *ποιεῖν*, 'fare' tecnico-produttivo e costruito convenzionale⁷, ma è *Πρᾶξις*, 'agire', sapere pratico dell'uomo prudente, l'unità di questo determina l'unità, ontologica ed epistemologica, di quello.

Ma è soprattutto un Libro di diritto costituzionale, un po' perché chi lo legge non saprebbe come altro leggerlo, un po' perché lo è intrinsecamente, costitutivamente. Rinvia a una concezione contenutistica, sostanziale, del diritto come limite all'arbitrarietà e contingenza del Potere e ne trae conseguenze normative nella teoria delle fonti del diritto e, in particolare, della legislazione, nella teoria dell'interpretazione della legge e, in particolare, della giurisdizione, nella teoria della Costituzione e della giustizia costituzionale e così via.

2. Contro i dualismi

Seguiamo la 'mappa' che abbiamo delineato. Iniziamo collocando il Libro nella grande contesa tra il dover-essere e l'essere del diritto, che ne costituisce l'orizzonte di pensiero. La

⁶ Contro l'inter-disciplinarietà è nota la critica giuspositivista, così lontana dalla tradizione delle *regulae iuris*, di N. BOBBIO, *Diritto e scienze sociali*, in *Id.*, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 2007, 44 ss.

⁷ Non vi è forse teoria del diritto più lontana da questa di quella di Natalino Irti, ove il diritto è tecnica, perché è artificio, meccanicismo e proceduralità.



questione, particolare, del diritto pubblico e, restringendo, del diritto costituzionale viene dopo⁸.

Al netto di tutti i riorientamenti, le ibridazioni e le conversioni «le Scilla e Cariddi della teoria del diritto»⁹ restano il normativismo e il realismo, la normatività e la fattualità del diritto, l'idealismo e il materialismo, la validità e l'effettività, il dover essere giuridico e l'essere naturale e, in una, l'artificio e la natura¹⁰. Alla radice vi è la polarizzazione concettuale tra dover-essere ed essere, tra spirito e vita, tra cielo e terra, i due poli, dibattuti, combattuti, ma attorno a cui tutto ruota da sempre, contro le contingenze. È una polarità elementare, eterna, archetipica, simbolica, che contrassegna in modo costante l'umanità intera e ogni singolo uomo, diviso tra mente e corpo.

Non intendiamo dire che tutte le teorie del concetto di diritto stanno, in modo manicheo, dalla parte dell'uno o dell'altro: molte, se non tutte, sono attraversate da tensioni e da relazioni tra normatività e natura. Intendiamo, però, dire che, grossomodo, nei 'concetti' di diritto, alla fin fine, attingendo alla archeologia, alla scienza dei fondamenti, degli schemi ideali tipici, prevale sempre, come 'clima', l'uno o l'altro polo, il dover-essere o l'essere. Così il diritto sta o dalla parte del pensiero, cioè delle *norme* oppure dalla parte della realtà della vita, dell'esperienza, cioè dei *fatti*.

Il Libro spezza la polarità. Contro l'opposizione dualista corpo/mente, materia/spirito, storia/forma, natura/cultura, fatti e norme/valori e così via, prende partito per l'unità tra essere e dover essere. Non è né da parte dell'uno né dell'altro, ma di un essere che sprigiona dover essere. Contro la *Naturrechtsphobie* della dottrina pura del diritto, dischiude il diritto ai fatti del mondo degli uomini, quindi, agli uomini, alla loro esperienza della realtà, che, però, non è informe, non è vita naturale, ma è già formata, strutturata e mediata dalla mente umana.

⁸ Nei paragrafi dal 2 al 6 'parlerà' il Libro per come lo si è compreso. Non si troveranno, quindi, citazioni di singole parti, perché, pur cercando di rispettarne il senso, lo si è, in qualche modo, capovolto e lo si è 'ricostruito' attorno alla questione ontologica del che cos'è il diritto e, per esso, la Costituzione ed a quella epistemologica di quale è il suo metodo, provando a trarne le conseguenze normative nel diritto positivo. Del resto, onestamente, l'unica fedeltà possibile ad un testo, ad un autore, non può che essere una certa infedeltà, un intendere infedele, ove ricettività e spontaneità si mescolano e fanno del testo in commento sempre un nuovo testo. E lo è a maggiore ragione se si muove da una antropologia, da una visione dell'uomo, quale quella sottesa al Libro, che non è mente pura, ragione epistemica, ma mente che immagina o che, vichianamente, comprende diversamente.

⁹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, 173.

¹⁰ Nel diritto costituzionale, fin dal Convegno AIC di Messina, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1996, la contesa è tra il polo 'formalista' che, in nome della normatività, consente di coltivare la purezza metodologica della scienza costituzionale ma corre il rischio della sua irrealtà e quello 'realista' che, in nome della normalità, evita l'eccesso di prescrittività ma rischia di sciogliersi nella scienza politologico-sociologica. Nella teoria generale del diritto normativismo e realismo restano gli archetipi dell'immaginario giuridico contemporaneo in T. CASADEI, *Post-fazione. Le teorie critiche del diritto. Tra filosofia giuridica e filosofia politica*, in M.G. Bernardini e O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini giuridica, 2017, 379 ss.



La forma di vita, senza che si violi la legge di Hume, è già plasmata di normatività: reca in sé un proprio dover essere immanente. Quindi, il diritto è fatto più valore, è natura più norma, è materia più idea, in uno è una realtà sentita e pensata dall'uomo quale agente morale. Ma resta un diritto della situazione concreta che si è creata: è logica delle circostanze. È un diritto meno potente di quello che sta dalla parte dell'idea, della norma: è un diritto legato all'esistente, in esso in qualche modo latente, contenuto e condizionato, perciò, è un diritto più vero e prudente. È vicino, insomma, all'essere del diritto, all'ordine spontaneo delle cose, con una prevalenza della descrizione sulla prescrizione. Bisogna, però, intendersi sul senso che assume nel Libro *ex facto oritur ius*, per capire bene il rapporto tra fatto e diritto e come si passa dall'essere al dover essere, come si produca la normatività del fatto o la fattualità del diritto. È un Libro dentro il diritto: non è il diritto che si riduce a fatto, perché la sua polemica è contro la riduzione del diritto a esercizio di potere, quindi, a un vuoto di diritto, a forza. Ma – e qui sta lo scarto rispetto a tutte le altre teorie ascrivibili alla normatività del fattuale – l'apertura del diritto al divenire della vita non è apertura all'ordinamento giuridico come forma della società, alla realtà e coscienza sociale che produce spontaneamente normatività, ma è apertura alla natura dell'uomo e, per essa, alle operazioni di coscienza e alle idee innate di giustizia degli individui. L'esito dell'apertura del diritto alla vita dell'uomo è qui la fondazione soggettiva, morale, concreta della realtà del diritto. Il diritto pare l'«espressione di una coscienza di eternità»¹¹, in una sincesi di naturalismo e umanismo. Con un ossimoro, somiglia molto a una concezione culturale della natura del diritto che rinvia alla natura umana.

Il puntello del discorso, la tesi incontrovertibile che fonda e valida tutte le altre, dalla teoria della Costituzione e della sua interpretazione all'applicazione della legge, al ragionamento pratico, giudiziale, e via dicendo, è che il diritto è una realtà che ha le sue radici nella realtà dell'uomo. E il suo uomo, contro i dualismi di Cartesio, Hume e Kant, è in-dividuo, è unità e non divisione di corpo e di mente, materia e pensiero, sensi e spirito, fisica e metafisica, contingente e universale. Sono il medesimo essere, la medesima sostanza, secondo l'unità aristotelico-tomista. È l'idea, originariamente premoderna, dell'uomo unitario di Vico, dell'unità di filosofia e filologia, in cui concorrono le categorie scolastiche di intelletto e volontà e che accede alla verità non solo con la ragione e l'intuizione del (gius)razionalismo moderno, ma anche con l'emozione, il sentimento, il ricordo, la storia e l'esperienza, in una con la coscienza. È l'uomo intero opposto all'uomo alienato, scisso se non disintegrato, della ragione moderna, il cui segno è l'alterità strutturale e la scissione tra logica utilitaristica e universalistica. La scelta metodologica è quella di dare 'ragione' dei limiti di una ragione in cui il *logos* non ha del tutto annichilito il mito e le componenti pre-logiche, emozionali, della cultura antica. Contro la ragione strumentale, calcolante, immanente, operazionistica, esaltata dalla modernità in danno della oggettività della realtà e della soggettività della sfera interiore, si recupera una ragione premoderna che attinge alla trascendenza delle idee innate e delle

¹¹ Si mutua l'espressione da V. EHRENBURG, *Lo Stato dei Greci*, Firenze, La Nuova Italia, 1980, 144.



opinioni comuni, ma incontra la realtà – l'altro da sé – con cui si misura e vi legge dentro: è una ragione non razionalista, non storicista e non reificata, perchè include la conoscenza della realtà e, al tempo stesso, dei valori e delle qualità che innervano la realtà, l'essere, e opera intersoggettivamente, concorrendo a costruire quella realtà nella ricerca di una qualche corrispondenza, contro il nominalismo, tra le parole e le cose. Così l'intelletto è facoltà moralmente orientata: consente alla conoscenza di accedere all'area della qualità, del valore, della scelta, di fondare giudizi morali, di coltivare le aspirazioni dell'animo umano al bene, alla giustizia ed alla libertà e i 'valori', per loro conto, acquisiscono una misura di oggettività. Contro l'opposizione tra chi considera i valori morali come assolutamente razionali, al modo dell'assoluto morale di Kant, e chi, come i neopositivisti, li considera puramente emotivi, arbitrari e irrazionali, per questa via la soggettività perviene a una forma di oggettività nella sfera della morale, della libertà e della responsabilità. Ne segue la ricomposizione della opposizione tra *ratio* e *voluntas*, tra – ricorrendo al vichismo giuridico – il vero che deriva dalla ragione e il certo che deriva dall'autorità e, così, tra virtù e diritto, ove il vero è un valore rispetto al falso ed è criterio di ragione e norma di agire pratico che orienta la volontà. L'uomo presupposto dal diritto è l'agente cosciente e intuitivo, impegnato nel rapporto con la realtà, quindi l'agente morale. È dalla parte dell'io morale e non dell'io penso: l'uomo 'sensibile' e 'intelligente' è l'individuo empirico, buono, tendente al bene e al vero, virtuoso, prudente, finito, modesto, *kairotico*, l'uomo comune di Aubenque e non l'uomo competente. È più dalla parte delle sensate esperienze e delle verità intuitive che delle certe dimostrazioni. Presuppone un uomo consapevole dell'utilità pratica della virtù, della prudenza e della assennatezza. Insomma, porta con sé una radicale critica della ragione strategica moderna fatta in nome della realtà del soggetto e della verità della sua esperienza. E – pare a chi scrive – l'esperienza che l'uomo fa della realtà è dell'ordine dell'*Erlebnis* e non della *Erfahrung*, del sentire e non del semplice descrivere: l'uomo fa e non ha esperienza.

Il diritto riflette la propria matrice, perpetua la propria origine. Se al fondo del diritto vi è l'uomo, che è soggettività, coscienza individuale e non la coscienza sociale, il Popolo, la Storia, l'Intero, il Tutto, lo spirito della legge ha la sua radice nello spirito dell'uomo. Non vi è il grande architetto del mondo, ma l'ordine spontaneo, isonomico, fatto di individui sensibili, coscienti, intelligenti, sociali. Contro l'idea di artificialità, normatività, eteronomia e gerarchia del diritto, il diritto è innato e auto-nomo: è lo sviluppo di una matrice fondamentale, la *naturalis ratio*, la mente umana che, sempre con accenti vichiani, si impegna nell'opera di fare questo mondo civile. E l'uomo del diritto è l'uomo semplice che ha il metro di misura della sua coscienza, delle sue abitudini, delle sue memorie. Così non si hanno passivi destinatari del diritto. Allo stesso modo dell'uomo da cui nasce, la realtà del diritto, contro la Grande separazione, è unità di fatto e di valore, di essere e dover essere, di natura e cultura, di materia e pensiero, di oggettivo e soggettivo. L'idea è che l'unità della natura umana determini l'unità della realtà del diritto, che è reale perché ha una propria consistenza, una propria esperienza, un proprio essere da



cui, però, emerge un dover essere innato, una deontologia che l'uomo come agente morale, che sente e pensa, coglie nell'ontologia, nella 'natura delle cose'. Il diritto non è eteronomo, prodotto autoritario del potere e imposto dalle organizzazioni umane, ma emerge dalla naturalità della vita degli uomini, una natura non 'soprannaturale' ma tutta terrena, mondana, che ha, appunto, una propria normatività immanente colta dalla coscienza dell'uomo¹².

La fonte del diritto rinvia, più esattamente, alle capacità assiologiche della mente umana, alla coscienza, che percepisce le 'qualità' della realtà e che non fa violenza alle cose con la ragione e la decisione eteronoma: non vi è opposizione tra il diritto e la vita, ma la vita, l'essere, ha in sé il suo ordinamento, il suo dover essere, e alle sue indicazioni l'uomo presta ascolto. Il fondamento del diritto risiede cioè nelle funzioni logico-etiche della ragione, nelle dimensioni trascendenti della natura umana che ne impediscono la riduzione a dato meramente materiale. Il suo intelletto 'legge' nella realtà sensibile qualcosa di più profondo, scorge nella contingenza la permanenza, in una, ricerca la realtà come verità: il mondo esiste con la mediazione dell'uomo e dipende dalle qualità della mediazione. Nei fatti, nelle cose, si riconosce la regola, il diritto innato, ma il riconoscimento presuppone che nell'essere vi siano manifestazioni di dover essere. Viene da sé che il diritto è naturalmente morale. E la moralità del diritto rimanda all'idea di una conoscenza veridica della realtà, all'essere giusti rispetto alla realtà: vi è una moralità interna del diritto, una virtù immanente al giuridico, alla 'realtà naturale' del diritto, come *equa commutatio*, le cui regole hanno limitato la moralità deliberativa, regolatoria, comportamentistica ed eteronoma e, con essa, i giudizi moralistici della coscienza sociale. È una morale della virtù che privilegia l'intenzione e il carattere introspettivo della libertà morale e dei concetti base del diritto e non una morale dell'obbligo, ove la regola giuridica è equiparabile alla regola tecnica e ove convergono razionalismo e utilitarismo. La giustizia innata nel diritto, che per questo è morale, è la giustizia riparatrice dell'isonomia, governata dal criterio della reciprocità dell'*alterum non laedere*, orizzontale, negativa, relativa, opinabile e circostanziata, sideralmente lontana dalla staticità, assolutezza

¹² Evoca, a tratti, il senso 'esistenziale' del diritto di Salvatore Satta. Nella sua critica, consentanea al Libro, ad una concezione meramente «normativa-strumentale del diritto» ed a favore di una certa identità tra il naturale e il giuridico, «il diritto non viene dall'alto ad informare di sé un mondo vuoto e privo di ogni valore, ma è l'essere stesso di questo mondo, il suo affermarsi come "essere". Riferito al rapporto umano, il diritto non è altro che l'essere di questo rapporto»: S. SATTA, *Limiti naturali del legislatore*, in Id., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, Ilisso, 2004, 93. E, ancora in parallelo al Libro, il rapporto umano, nella sua concretezza, è normativo: scrive che il diritto presuppone il rapporto umano non «come fatto brutto» ma come «fatto normativo esso stesso», ove «il rapporto umano è "diritto" [...] proprio per la sua intrinseca normatività. È diritto e più semplicemente si può dire è, perché il diritto si risolve nell'essere del rapporto umano, onde procede poi il dover essere della norma» (Id., *Il diritto questo sconosciuto*, ibid., 89-90). Viene da sé che la normatività naturale del rapporto umano sia ragione e al contempo limite del diritto legislativo positivo, che può descrivere quel rapporto ma non negarlo, convergendo nella direzione di una concezione descrittiva della legge.



e verticalità della giustizia distributiva del *suum cuique*¹³, propria di una dimensione contabile, strumentale e quantitativa del diritto e della natura umana. Si sostiene con l'idea non autoritaria di autorità, propria del realismo classico, che presuppone un rinvio all'autorità della realtà quale verità, vale a dire all'autorità di ciò che si trova fuori dal soggetto e che lo impegna a renderne conto.

In un qualche modo, somiglia a una forma di universalismo naturale che, seppure predica la individualità e soggettività della regola morale e giuridica, reca in sé quel tanto di assolutezza che le conferisce la pretesa di universalità e di inter-temporalità. È un discorso sul diritto senza tempo. Se il diritto è un fatto umano, presuppone, infatti, la costanza e l'universalità del mondo umano, le permanenze dell'esperienza, della natura umana, della soggettività umana quale regola e misura del diritto, che, dunque, non è contingente e vuoto, come lo vorrebbero la Scuola storica del diritto e, per altro verso, il giuspositivismo, riempito ora dallo spirito dei tempi o dalla coscienza sociale ora dalla volontà della legge. La storicità del diritto, che deriva dalla storia dell'uomo, è dell'ordine della stabilità, della tradizione e non del mutamento, della irripetibile singolarità di ogni evento, dell'adattamento e della rottura, propri del cattivo storicismo di stampo illuminista: è costituito da principi giuridici costanti, come costante è la natura umana e la sua esperienza, ove il passato guadagna priorità assiologica sul presente in un tempo definibile 'coscienziale'.

È una prospettiva costituzionale, perché è una prospettiva di civiltà umana, di giustizia universale, valida un po' per tutti gli uomini del mondo, una specie di Costituzione fondamentale del genere umano, una verità morale valida per tutti gli uomini di tutti i tempi. E la Costituzione, con la sua giustizia, ha sempre un poco a che fare con esigenze giusnaturalistiche, per quanto secolarizzate, positivizzate: è la riproposizione della antitesi o, per lo meno, della distinzione tra leggi immutabili e leggi arbitrarie, tra leggi naturali e leggi positive, tra φύσις e νόμος, tra natura e convenzione/artificio, tra eterno e finito.

Riconvertendo quanto l'Autrice riferisce ad Alessandro Giuliani, il concetto di diritto accolto nel Libro è una variante del realismo classico, di un dover essere immanente all'essere che, nel suo rifiuto di una concezione 'cosale' della realtà e nel convincimento che c'è un oltre, una struttura profonda della realtà, non è né superficiale empirismo né materialismo naturalistico né nudo sensismo che riduce la giustizia e l'incorporeo a opinione vuota. È una raffinata unione morale di uomini e cose. Evita l'eccesso della Scuola storica, che nega che il diritto sia una realtà che ecceda il diritto provvisorio, positivo, del singolo luogo e tempo, che a sua volta è il prodotto della vita organica e spirituale di un popolo, del soffio vitale dello spirito dei tempi. Evita, al contempo, l'eccesso del razionalismo kantiano, che fa del diritto un prodotto della ragione pura, un concetto *a priori*, indipendente da tutte le circostanze esteriori, quindi con un rigore e una universalità assoluti, così come evita l'eccesso di un giusnaturalismo astratto e

¹³ Che è quel tanto di giustizia sostanziale che porta con sé l'ordinamento giuridico: H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Torino, Einaudi, 2000, 17.



metafisico. La soluzione è, appunto, giuliana: un formalismo contenutistico, una forma che è, alla maniera platonica e aristotelica, la materia, l'essenza, l'essere del diritto, con valori ideali e limiti che gli sono propri, il principio di esistenza oltre le sue manifestazioni sensibili e contingenti, un misto di idealismo che ha protetto dal positivismo, sociologismo e storicismo, ma che ha allontanato dall'esperienza giuridica concreta e di vichismo giuridico.

3. *Le regulae iuris: il diritto del fatto*

Nella storia del diritto, è l'idea di diritto che vive nelle *regulae iuris*. Nella tradizione del diritto romano e della sua recezione nel diritto comune, a partire dal *Corpus iuris* giustiniano e dalle sue glosse, la *regula*/principio non si trae dalla legge ma dal fatto, nasce dall'osservazione della *res*, causa della regola, che non è fatto, perché ne è una qualità immanente situata nelle circostanze e nelle singolarità e, perciò, è sensibile all'eccezione. Nella tradizione topica delle regole è il fatto, con la sua *qualitas*, la ragion d'essere della regola e conseguentemente la natura di questa, che è equità e non rigore, è *enarratio rerum*, è ricognitivo-dichiarativa e non prescrittivo-constitutiva. La funzione della *regula*/principio non è eziologico-causativa ma è argomentativa e giustificativa. Le regole sono, quindi, narrative e non determinative della realtà, perché il diritto è retrospettivo, è reminiscenza e ritorno ad acquisizioni del passato, viene dopo l'esperienza che l'uomo ha fatto della realtà osservandola e vivendola: diversamente verrebbe meno il fondamento umano del diritto. Detto diversamente, le *regulae iuris* non producono il diritto, non sono causa del diritto, ma contengono ciò che è già diritto, ciò che nelle singolarità si ripete. È – almeno così pare a chi scrive – il romanzo popolare di una vita e non l'opera saggio che prescrive modelli universali e assoluti di vita. Ogni regola racconta una cosa, espone un fatto, affinché dal diritto quale è sia fatta la regola, secondo la formula paolina *ex iure quod est regula fiat*: la regola non nasce da una regola preesistente, ma da un certo procedimento che ricerca nel fatto lo *ius quod est*. Sta dalla parte opposta della regola intesa come ragione e guida per l'azione, che deve essere seguita indipendentemente dalle ragioni sottostanti. La catena è: il diritto è implicito nel fatto, la regola serve a trovare, dentro la *res* che è in causa, lo *ius quod est*, il diritto che in quel caso è implicito e, infine, l'equità ricerca, in ogni rapporto, la giusta proporzione¹⁴. Insomma, la fonte del diritto non sono le fonti di un diritto positivo, ma l'*id quod est*, i principi che intorno a ciò il diritto, la scienza del diritto, ha costruito.

¹⁴ Torna il parallelo con Satta, che dopo aver evocato il valore del diritto, perché «il valore, se c'è, è intrinseco al diritto, è proprio il suo essere diritto e non può come tale risolversi nella mera validità formale di una norma estrinsecamente posta», aggiunge al proposito che «il diritto è la regola del rapporto umano – *proportio hominis ad hominem* –»: *Id., op. e loc. ult. cit.*



La *regula* è 'sensibile' alla vita, ai fatti concreti, ma non è contingente né scettico-relativista: poiché appunto non costituisce il diritto ma deriva dal diritto che è la qualità di un fatto e poiché la natura umana è sempre la stessa, le *regulae iuris*, seppure flessibili al modo del 'regolo' lesbio, sono costanti, sono principi intertemporali del diritto. E il 'principio' – aggiungiamo qui approfittando di Gilson¹⁵ – reca nel suo etimo il senso genetico di qualcosa che inizia ma che non finisce. Al fondo dell'unità del diritto nel tempo vi è la continuità e l'ordine dell'essere, della realtà, della storia, che unifica il contingente senza sopprimerlo né svuotarlo. È conseguente che nello studio delle regole il momento della razionalità prevalga su quello dell'imperatività, dato che ciò che interessa non è il comando, nella sua individualità, ma il diritto nella sua organicità, con cui deve accordarsi il singolo comando. È, però, generale nel senso che è non già astratta e men che meno formula vuota, ma è indeterminata, indeterminabile e ambigua come ogni definizione dialettica che, legata ad una logica topica, controversiale, del probabile, della rilevanza e dei luoghi comuni, deve essere messa in rapporto col caso. La sua formazione è continua, dialettica, rivedibile, aggiustabile. La sua forma idealtipica è l'inventario e il repertorio delle *regulae iuris*, sia quelle della *traditio* del libro D. 50.17, sia quelle più dettagliate, erratiche, sparse, aperte, il Problema, e non il codice, il commentario o trattato, in sintesi, il Sistema, chiuso, compiuto, autoreferenziale, l'ordine dell'*a priori*.

La loro fonte e, quindi, la fonte del diritto è l'equità, in cui 'vive' la congiunzione tra il fatto e il diritto. L'equità esprime una doverosità, che discende dalla qualità del fatto. Non si tratta, però, dell'idea di un diritto mite, buono, *ante litteram*. L'equità delle *regulae* non è l'equità oggettiva, rinascimentale, la *aequitas benignitas*, la prudenza e ragionevolezza che discende dalla benevolenza delle istituzioni in nome di interessi generali e che contempera, eccettua e limita, come se ne fosse la sua anima e il suo spirito, il rigore della legge scritta, della regola intesa come prescrizione, adattandola alle circostanze di tempo e luogo, a fattori esogeni e, così, rendendola giusta, viva. All'equità adattiva, vitale, che nel momento dell'interpretazione/applicazione supplisce alle 'formalità' del diritto morto, si attinge, infatti, proprio quando le *regulae* diventano, secondo l'elaborazione della Seconda scolastica trapassata, attraverso il razionalismo scientifico, l'illuminismo e l'esegetica, nel positivismo codicistico del XIX secolo e lontana dall'intendimento tipico del diritto, diritto stretto, *leges legum* alla maniera di Bacone, 'preleggi', principi che regolano la vita e l'interpretazione delle leggi nel tempo e che, così, riducono il diritto alla fenomenologia della legge. Nell'equità della tradizione, invece, non vi è contrapposizione tra *rigor iuris* ed *aequitas*, tra uniformità, rigidità e prevedibilità della regola e fluidità, umanità e movimento dell'*aequitas*, tra regola ed eccezione, tra diritto comune e vecchio e diritto singolare e nuovo. L'equità non è la deroga al rigore della regola, non è l'eccezione alla *lex scripta*, non è il giudizio senza regole dei giuristi continentali, ma è inerente alla *ratio scripta*, quale era il diritto romano, derivato dall'equità,

¹⁵ E. GILSON, *De la nature du principe*, in Id., *Constantes philosophiques de l'être*, Paris, Virn, 1983, 85 ss.



che, quindi, è la regola, essa stessa eccezione o, che è lo stesso, l'*exceptio* è *de regula*. La *ratio* della regola è l'*aequitas/aequalitas*, che eguaglia e differenzia e, pertanto, privilegia l'eccezione, la negazione e la refutazione, che perpetuano l'apertura della ricerca della regola. Il diritto non tende a superare il rigore con la panacea dell'equità, ma consiste sempre nell'elaborazione del conflitto tra queste due istanze: così la logica dell'eccezione fa parte dell'*interpretatio* secondo equità proprio perché la regola serve a permettere l'esplorazione del caso, del fatto, che non è l'antecedente della norma. Ma, così, al fondamento, l'equità è la fonte della giustizia, da cui deriva lo *ius*: e la legge è ricognizione, narrazione e dichiarazione dell'equità che esiste prima di essere *constituta* nella legge, che quindi è atto di ragione e non di volontà. È l'equità soggettiva della giurisprudenza scolastica, come *naturalis ratio* che promana dalla vita e impone un rapporto non arbitrario con la realtà, come istanza di *proportio* tra le componenti dei fatti, che fa giustizia della realtà, come ricerca della reciprocità e del giusto mezzo nelle azioni, della giusta misura in ogni specifico rapporto e dell'eguaglianza nelle cose, nella realtà colta attraverso gli interessi particolari coinvolti. L'equità dell'*interpretatio* è, in altri termini, la moralità intrinseca del diritto, che chiama in causa l'uomo come agente morale che si chiede come meglio agire in un contesto dato. Svolge una funzione riequilibratrice e compensativa, con una naturale connessione tra equità e principi di convivenza. L'equità non è diritto scritto, ma è esperienza, tradizione, oralità, che è valida ancora prima di essere costituita in legge perché esprime la 'natura delle cose'. Può tradursi in regole scritte, ma le precede: è legge non scritta. Portalisianamente, l'equità naturale rappresenta il supplemento delle leggi scritte.

4. Lo scacco matto alla Costituzione-norma: la Costituzione-regula

Il discorso sulla Costituzione è conseguente: contro il dualismo tra dover-essere ed essere, tradotto nella teoria costituzionale nella grande separazione tra Costituzione normativista e realista, Costituzione formale e materiale, Costituzione logica e organica, decisionista o cesaristica¹⁶, l'obiettivo polemico è la Costituzione-norma, forma e *logos*, ma l'approdo non è l'altro corno dell'alternativa, la Costituzione-fatto o la Costituzione-decisione. Si avvicina all'idea di una Costituzione ideale e spontanea dell'uomo come fonte del diritto e si sostiene aprendo la Costituzione, assimilata per certi versi al Codice, alla tradizione delle *regulae* e con esse all'interpretazione secondo equità, rimasta viva nella via italiana alla scienza giuridica, come scienza dell'azione umana e non scienza della legge.

Partendo dal suo epilogo, leggendolo *à rebours*, dalla 'firma' del costituzionalista, che viene performativamente apposta alla fine del documento che, però, fin dal suo inizio, dal suo titolo,

¹⁶ Le opposizioni sono costruite a partire dalla classificazione delle concezioni di Costituzione di G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000.



'Principi della convivenza', la presuppone, l'intuizione è che nel diritto costituzionale la relazione tra regole e principi, se correttamente intesi, ovvero in senso topico, non è di alterità, ma di identità: non ha ragione né il costituzionalismo garantista né quello principialista perché le regole sono principi del diritto e né le une né gli altri sono norme, con o senza fattispecie, rigide o flessibili. Dalla relazione di identità dipende, a cascata, la risposta a che cos'è il diritto e, più limitatamente, la Costituzione e a come la si conosce, la si interpreta, la si applica.

L'origine del fraintendimento è l'incontro mai avvenuto del diritto costituzionale e della sua scienza con le *regulae iuris*, che, come abbiamo visto, nella tradizione del diritto romano e del diritto comune, sono principi di diritto, ma questi non sono affatto l'equivalente funzionale della norma prescrittiva. E ciò è accaduto perché il moderno ha perduto quella maniera antica di pensare le regole/principi, anzi l'ha deliberatamente rimossa. È stato, prima, il pensiero critico, matematizzante, sistematizzante, razionalistico, la tradizione colta di Jean Domat e dintorni¹⁷ e, poi, da lati opposti, il giuspositivismo e la Scuola storica del diritto a trasformare, evolutivisticamente, la *regula* in norma/legge e i principi generali del diritto in prescrizioni dotate di superiorità normativa, ma perciò stesso a ridurli a premessa di un sillogismo dimostrativo, a generalizzazioni e astrazioni delle disposizioni particolari del codice o a deduzioni dalla logica del sistema del diritto positivo. In una evidente eterogenesi dei fini, le regole sono divenute norme di legge, con capacità normo-genetica, sistematizzante e astrante in forza del 'meccanismo' dell'analogia moderna che opera tra regola e fatto e non più tra fatti, sono state ascritte al registro prescrittivo, a un *facere ius* in generale di cui l'eccezione è la negazione e così al positivismo codicistico, con un riorientamento delle regole al ragionamento dimostrativo e alla sequenza logica di carattere deduttivo, secondo una concezione governante, pubblica ed eteronoma della regola, che sottende un legislatore che si rivolge ad una comunità. Nella sostanza, alla *damnatio memoriae* della tradizione delle *regulae* hanno contribuito un po' tutti i nemici, molti e ben attrezzati, della tradizione topica, dell'interpretazione secondo equità: insomma, illuminismo e realismo, scuola scientifico-esegetica, giurisprudenza dei concetti, positivismo e scuola storica, giusliberismo e giurisprudenza degli interessi si sono alleati contro le *regulae iuris*.

Va allora da sé che si sia pensato che il modo per prendere sul serio la Costituzione repubblicana fosse, con Crisafulli, quella di fare dei principi delle norme e, a catena, delle norme superiori alle altre. Le *regulae iuris* della tradizione topica o i principi generali del diritto

¹⁷ Interpolando il testo e continuando le concatenazioni dell'opposizione tra discorsività prescrittiva e esplicativa della legge, potrebbero porsi a confronto la legge di Domat, ascrivibile al registro del discorso normativo della legge come comando, dover essere e prescrizione e la legge di Montesquieu come «rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose», come conoscenza e rivelazione dei rapporti tra le cose: seppure Montesquieu tragga da Domat l'espressione *esprit des lois*, nell'uno la *loi* è verità, legame tra cose, nell'altro è validità, norma, nell'uno l'*esprit* è il senso immanente delle cose, nell'altro è il significato attribuito alla disposizione prescrittiva.



(privato) erano il pericolo da scongiurare: l'assimilazione dei principi costituzionali a *regulae* ne avrebbe fatto formule vuote, pensieri o meri consigli e avrebbe svalutato la Costituzione, appena nata, a favore del Codice e della tradizione. Al contrario, nella dottrina costituzionalistica i principi costituzionali diventano l'indirizzo politico, il punto di vista 'governante' e pubblico, tradotto in norme programmatiche, a loro volta intese come norme precettive. I principi non esistono in sé e per sé, per il contenuto proprio, come struttura autonoma e inter-temporale, non sono direttive logiche, ma sono atti di volontà, comandi imperativi e coercibili, come tali convenzionali. La differenza tra principio e norma sta nella maggiore ampiezza, generalità e indeterminatezza della fattispecie del primo rispetto alla particolarità della seconda: è una differenza quantitativa, cosicché i principi (generali) stanno alle norme (particolari) come il più sta al meno, come quello che è anteriore sta a quello che è posteriore e conseguente. Apparentemente, fare dei principi costituzionali delle norme e, quindi, 'ridurli' ai principi posti esalta la forza normativa della Costituzione, quale fondamento autosufficiente e completo dell'ordinamento contro il passato e la storia: non esistono principi costitutivi del diritto, ma i principi sono solo quelli posti dalla e nella Costituzione e causano la produzione normativa, che li rivela ma non li esaurisce e, in forza della loro inesauribilità, integrano, interpretano e, all'occorrenza, adattano le norme particolari. Ma, a ben vedere, è un po' – se si legge il Libro profittando di Roland Barthes¹⁸ - come introdursi comodamente nelle fauci del lupo: se i principi sono diritto voluto e, perciò stesso, diritto arbitrario, vuoto, quindi contingenti e convenzionali, anche i principi costituzionali sono caduchi e valgono finché non arriva qualche equivalente funzionale a sostituirli. E gli equivalenti funzionali, quale è stata l'integrazione sovranazionale, sono puntualmente arrivati.

Né ha modificato di molto i termini della questione la grande divisione tra *rules* e *principles* in Dworkin e negli epigoni. Seppure, infatti, Dworkin sia ascrivibile all'*Aristotelian Turn*, presuppone una concezione moderna della regola come norma, come decisione precostituita che assorbe in sé la morale, con una fondazione eteronoma del precetto di diritto/morale, e dimentica la dimensione dialettica della regola, dell'uomo prudente che individua la regola nella situazione contingente in cui si trova, in base ai ricordi, alla memoria, all'esperienza. Per spiegare, infatti, come un principio si differenzia da una regola adopera casi decisi secondo esemplari *regulae iuris*: tra tutti, il caso *Riggs v. Palmer* corrisponde al *Nemo locupletari debet ex aliena iactura*. A dire che le *regulae iuris* non hanno nulla a che vedere con le sue *rules*. Ma neppure la sua idea di principio è quella propria dell'interpretazione secondo equità: il *principle* è «un requisito di giustizia o di equità o di qualche altra dimensione della morale»¹⁹, ma guarda al fatto come espressione di bisogni sociali e, quindi, appartiene all'idea anti-topica di *regula*, al pari di quella accolta dal positivismo. Tra principi e regole vi è, piuttosto, una differenza funzionale, perché le regole sono norme di condotta del tipo 'tutto o niente',

¹⁸ R. BARTHES, *L'impero dei segni*, Torino, Einaudi, 2004, 13.

¹⁹ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 2010, 48.



laddove, invece, i principi sono refrattari ad essere indicati con precisione da una norma di riconoscimento e sono coestensivi al lavoro interpretativo del giudice, di cui limitano la discrezionalità²⁰. Ma così si nega che il diritto abbia propri principi e per questo la tesi di Dworkin non è una alternativa al normativismo e alle tecniche di riconoscimento del diritto. È la medesima idea che, nell'accettazione della dicotomia meccanica tra principi e regole, lega i difensori degli uni ai difensori delle altre, il costituzionalismo principialista a quello garantista. In estrema sintesi, sono due costituzionalismi, ma un solo strumentalismo, perché entrambi presuppongono una concezione normativa delle regole e dei principi: la distinzione tra le une e gli altri è sempre una differenza, quantitativa e non qualitativa, tra equivalenti funzionali, ove la regola è rigida e si deduce e il principio è flessibile e si argomenta. Il costituzionalismo principialista sta dalla parte dei principi che, per la loro natura flessibile e adattiva, consentono le operazioni di bilanciamento e di ponderazione adeguate alla democrazia costituzionale e, soprattutto, data la loro natura metagiuridica, consentono l'adattamento evolutivo della Costituzione alle strutture regolative della società. È un diritto valutativo, sensibile ai valori, ma è sempre un intendimento moderno dei principi come norme: sono norme senza fattispecie, quindi non l'opposto della norma ma l'esaltazione della normatività della norma, perché esaltano la separazione del diritto dal fatto. In una, non sono, come erano nella tradizione topica, principi propri del diritto, ma sono norme elastiche, a prescrizione generica, che aprono a ciò che non è diritto, alla società, alla cultura e i loro interpreti non sono gli uomini comuni, ma l'oligarchia dei saggi. Quello garantista propugna la Costituzione-norma come fonte dei principi, la Costituzione come atto rappresentativo del popolo, che ne è il soggetto collettivo portatore. Da qui, per evitare la detronizzazione del suo sovrano, si oppone alla distinzione tra regole e principi: semplicemente i principi costituzionali equivalgono alla regola scritta in Costituzione quale atto deliberato dal potere costituente del popolo. È fedele ad un

²⁰ La distinzione tra *rules* e *principles*, che Dworkin definisce «logica» (Id., *ibid.*, 51), non pare, infatti, indicare due diversi tipi di norme ricavabili dalle disposizioni a seconda della loro formulazione, come se alcuni casi si decidessero in base a regole del tipo tutto o niente e altri in base a principi. Il *principle* sembra piuttosto indicare un argomento, uno 'standard', ricavato «dall'ordinamento nella sua interezza, cioè nella sua logica di fondo», cui si attinge per conferire significato a disposizioni che contengono termini valutativi ed elaborare la regola del caso, come argomentato da O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2014, 297. Lo conferma il Libro ove nota come il discorso di Dworkin, per un verso, riguardi la discrezionalità giudiziale del giudice (per di più comune nei casi di diritto civile), per l'altro, sleghi i principi dalla norma di riconoscimento che, infatti, individua disposizioni e non norme. Ancora, è vero che in Dworkin la regola è norma e che i principi, seppure non siano normo-genetici, sono sempre strumenti per selezionare norme da disposizioni. Questi ultimi, però, potrebbero, al fondo, non essere così lontani dalla logica controversiale della tradizione topica ove li si consideri, nella loro distinzione rispetto agli argomenti di *policy* di competenza del legislatore, come argomenti di moralità politica che sorreggono la 'giustificazione' di una norma basata sulle fonti del diritto a tutela di certi diritti (soggettivi o collettivi) in un caso giudiziale e non a tutela di scopi collettivi della comunità.



diritto eticamente neutro, che esclude l'intervento del momento soggettivo della prudenza, ma è sempre il senso moderno di regola: nega l'autonomia del principio perché sarebbe una regola generale, diversa da quella voluta e posta dal popolo costituente.

Il Libro apre ad un'altra possibilità, ad un altro diritto costituzionale possibile. Il postmoderno – con nostra interpolazione – recupera l'antico contro il moderno. La mossa dello scacco matto, che mette sotto scacco la Costituzione-norma, sia essa la Costituzione delle regole o quella dei principi, è la Costituzione-*regula*, ove la regola è principio di diritto.

La mossa è possibile perché la Costituzione non è di qualità differente rispetto al Codice, così quello che vale per questo vale per quella. È stata, infatti, la separazione tra legalità ordinaria e legalità costituzionale a rompere con la tradizione di diritto comune e con l'idea che il diritto possieda principi propri ed a stabilire una certa gerarchizzazione tra la giustizia di tutti i giorni, propria della legge e la giustizia del giorno del giudizio, propria della Costituzione. Al contrario, l'isonomia dell'*ordo iudicarius*, la parità tra le parti, tra governanti e governati, implica l'idea che il diritto costituzionale non è ontologicamente e logicamente diverso dal (e assiologicamente superiore al) diritto privato, non è aristocraticamente separato dal resto dell'esperienza giuridica comune, di cui è casomai il riflesso e non l'enciclopedia, come vorrebbero i gelosi custodi, normativisti o realisti che siano, della sua differenza qualitativa e, quindi, il metodo della scienza costituzionale non deve essere diverso da quello della scienza giuridica. È la storia della regola, nell'interpretazione secondo l'equità medievale, che porta all'indistinzione tra diritto privato e diritto pubblico. I problemi costituzionali non hanno uno *status* diverso da quelli della vita del diritto ordinario, sempre connessi all'evitamento dell'abuso, dell'applicazione ingiusta di una legge giusta. E, se tra i due vi è una gerarchia, la priorità logica e assiologica spetta al secondo: da un certo punto di vista, sono più 'costituzionali' le regole del Digesto perché non designano un programma futuro per il legislatore, ma lo vincolano alla coerenza con il passato, con l'esperienza che lo ha preceduto. A cascata, l'applicazione dell'individualismo delle regole, che ha il suo fondamento nell'uomo e nelle sue relazioni soggettive, alla Costituzione conduce a interpretazioni che colgono la verità e la giustizia che vive nei fatti degli uomini, a loro volta fondamento e limite del momento pubblicistico, che aprono il diritto costituzionale alla vita, che attingono al senso comune e che resistono alle lusinghe di tecnicismi e specialismi. Il buon senso è il «rovescio del diritto»²¹, ma deve divenire il diritto del diritto costituzionale. La proposta metodologica è l'interpretazione della Costituzione secondo l'equità come *proportio* che sostanzia le *regulae iuris* e che non riguarda solo i rapporti privati, ma la cui istanza di reciprocità ha una proiezione attiva, pubblica, nelle relazioni tra autorità e libertà.

E, recuperata l'unità tra diritto pubblico e diritto privato, se si apre l'interpretazione della Costituzione ai principi generali del diritto e così alla matrice spirituale, interiore, mentale, del diritto, i principi fondamentali della Costituzione, liberati dall'ipoteca sia giusrazionalista e

²¹ Secondo l'acuto realismo di F. GALGANO, *Il rovescio del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, 15.



giuspositivista che storicista della Costituzione-norma e considerati principi alla maniera antica, *regulae iuris* e non regole-norme, diventano il segno dell'effettività delle esigenze interne al diritto e non fonti/fini eteronomi del diritto. È una interpretazione della Costituzione che vuole sostenere la stabilità del suo nucleo essenziale. È puntello della sua validità, normatività e rigidità in nome della realtà del diritto, che è in sé stesso sistema, in quanto riposa su principi propri e che ha una moralità e normatività immanenti, costanti, imperiture, indipendenti dall'arbitrarietà e contingenza del Potere e della Storia, dalla datità delle norme legislative e giurisprudenziali o dallo spirito volatile dei tempi. La validità dei principi costituzionali è, cioè, assicurata non tanto dalla fonte-atto Costituzione, abrogabile, quanto dalla logica del diritto, che è sempre la stessa e non è abrogabile, alla stregua della natura umana da cui deriva. Le *regulae iuris* sono, insomma, ontologicamente costituzionali.

5. La norma di riconoscimento del diritto: l'equità

A catena, se si interpreta la Costituzione secondo le *regulae iuris* e se la fonte delle *regulae* e del diritto è l'equità, la norma di riconoscimento del diritto valido²² non sembra (solo) la Costituzione scritta, ma (soprattutto) l'equità. Come l'equità della tradizione viene prima della legge scritta, dell'equità *constituta*, così l'equità applicata alla Costituzione pare spezzare la coincidenza normativistica tra norma definitiva di riconoscimento del diritto e norme sulla produzione delle fonti del diritto.

Così riguardate, le *regulae iuris*, i principi del diritto, non sono solo criteri costanti in ogni problema di interpretazione e applicazione delle disposizioni costituzionali, secondo l'idea delle *leges legum*, ma sono, più radicalmente, principi per l'interpretazione dei fatti, per la qualificazione del caso della vita, nella ricerca di ciò che il diritto costituzionale esige per determinare l'equilibrio e la proporzione corrispondenti ai rapporti tra persona e persona e, quindi, per evitare l'applicazione ingiusta della legge. I principi costituzionali, intesi alla maniera delle regole, diventano luoghi specifici dell'argomentazione giuridica, criteri di esclusione delle soluzioni irragionevoli e ingiuste a carattere non generale e precettivo ma selettivo e giustificativo. In un primo senso, implica che i principi costituzionali sono le norme di riconoscimento che intervengono nell'interpretazione della legge come i principi dell'*interpretatio* secondo equità, cioè in modo topico, confutativo e negativo. Ma, più a fondo,

²² È all'evidenza un uso non formalistico della categoria delle 'norme di riconoscimento', diverso, per intendersi, da quello delle teorie gius-positivistiche del XX secolo e condiviso, sempre attingendo ad Alessandro Giuliani, da A.A. CERVATI, *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2005, n. 3, 710 e da F. CERRONE, *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2, 645-8, che, però, non riteneva maturi i tempi nell'ordinamento costituzionale italiano per un'idea di interpretazione imperniata sulla norma di riconoscimento dell'equità.



tutto questo pare fare dell'equità, della ricerca di una giusta proporzione, la vera 'fonte', la norma di riconoscimento condivisa di ciò che è costitutivo del diritto, che non è individuabile, secondo la tradizione delle *leges legum*, mediante i meccanismi propri delle norme sulla produzione, ma mediante operazioni logiche e valutative che includono la considerazione topica del singolo fatto considerato. Così, alla fine, il diritto positivo risponde, in qualche modo, ai dettami della *ratio iuris*, che è *ratio naturalis* o per lo meno *ratio civilis*, parziale espressione della prima. Le *regulae*, quali principi generali coi quali si svolge l'equità naturale, sono, infatti, espressione del primato del diritto comune, dell'autonomia del diritto dalla legislazione e completano il diritto costituzionale positivo anche laddove questo non le contempli: diversamente, non sarebbero le regole della tradizione antica ma i principi della sistematica moderna. È una lettura della Costituzione, del diritto positivo, giusnaturalista nel senso che le *regulae iuris* sono principi naturali del diritto, ragione giuridica naturale, senso e sostrato del diritto positivo che si conserva e tramanda attraverso le sue mutazioni. Siccome, poi, l'equità, ossia l'esigenza di considerare tutti gli elementi della realtà per determinarne l'equilibrio e la proporzione, è il principio generale della moralità del diritto, che è – ricorrendo a Vico – 'stato di qualità' fondato nelle funzioni logico-etiche della ragione, è una lettura giusmoralista, nella quale il diritto e la morale della virtù, contro il giusmoralismo contemporaneo, sono connessi nella sfera interiore dell'uomo, nell'io morale, nella virtù, risalente alla coscienza e non nella sfera esteriore, nella norma di azione: vi è una moralità intrinseca delle regole ovvero l'elemento morale innato nel diritto si fonda sul suo radicamento soggettivo. Ma l'eccedenza assiologica dei principi costituzionali, che non si esauriscono nel diritto positivo dato, non ne denota la capacità normogenetica, quanto piuttosto la qualità di alimentare una dialettica perenne tra eternità di valori e contingenti situazioni storiche. Non è, però, neppure l'interpretazione del diritto mite, delle buone ragioni, che utilizza i principi per adeguare la Costituzione alle esigenze evolutive del mondo esterno che cambia. Non è l'argomento per principi volto, attingendo allo strumentalismo e volontarismo della teoria dell'argomentazione, a persuadere ed a adattare la Costituzione, che diventa relativa e impermanente. All'opposto, il legame tra i principi costituzionali e i principi generali del diritto, innati, eterni, incontrovertibili, immutabili, naturalmente morali e così naturalmente costitutivi del giuridico, sottrae la Costituzione al mutamento continuo, perché la fonda nell'esperienza umana, contro il dominio della contingenza. L'effetto netto sarebbe l'aumento del suo tasso di effettività, di non arbitrarietà e di stabilità contro le mode del momento, siano esse le ideologie collettiviste siano esse quelle liberiste o, più estesamente, neoliberali.

Ne è esempio nel Libro l'interpretazione della Costituzione economica secondo la moralità delle *regulae iuris*, l'*honestas utilitas* e l'*aequum-bonum*, ove il giusto naturale, il legame antico tra l'utile per sé e il giusto per tutti nello scambio, perché essere buoni e virtuosi conviene, ne consente interpretazioni a tutela della parte debole senza evocare la coscienza sociale o un progetto normativo di società o gli interi, ma cercando la qualità della condotta delle parti di



un dato, situato, rapporto, con prevalenza del momento individuale su quello pubblico e con coerenza rispetto alla fondazione soggettiva e concreta del diritto nell'essere morale dell'uomo. La moralità e, quindi, la giuridicità intrinseca delle relazioni economiche apre, così, ad una interpretazione giusta, equitativa, delle libertà economiche senza ricorrere all'utilità sociale, ai piani e ai programmi, alle leggi deliberate. Non pare evocare un ordine anomico, quanto piuttosto l'opposizione tra regole di diritto, appunto, e regole di legislazione. Solo le prime non fanno violenza alle cose, alla loro natura, ma sono ad esse immanenti ovvero sono autonome in senso proprio. Non è, però, affatto una proposta liberista o neoliberista. Tutt'altro. La fondazione soggettiva, individuale, dell'ordine economico sulla reciprocità e moralità delle relazioni umane e non sulla ragione calcolante, strumentale, quantitativa della giustizia distributiva e dei diritti sociali, persegue la giustizia sociale e l'eguaglianza distributiva: il mezzo, però, non sono le soluzioni generali, le politiche sociali, gli interi, ma il valore della libertà e della dignità di ciascun uomo in ciascuna situazione. Sono così un riflesso civico dell'*aequitas-aequalitas*, dei valori propri del diritto, che già vivono nel divieto di atti emulativi, di abuso del diritto, di ingiusto arricchimento e così via, l'interpretazione 'individuale', immanente, dei limiti dell'iniziativa economica dell'art. 41, ove il rispetto della libertà e dignità umana, e con esse dell'*alterum non laedere*, ne garantisce di per sé l'utilità sociale e l'interpretazione della 'naturale' funzione sociale della proprietà dell'art. 42, valorizzando le qualità della persona e le circostanze specifiche ed individue a favore della parte debole nel caso concreto, in luogo del dato sociale e delle differenze di classe sociale, secondo invece il diritto privato sociale che propugna il primato dell'ordine pubblico costituzionale e dei piani o programmi generali di governo con legge dell'economia²³. Così la tensione al riequilibrio dell'ingiustizia delle relazioni economiche non è il risultato di una ideologia politica o economica, ma è un portato della logica intrinseca del diritto, della sua esperienza delle cose umane, che resta anche quando l'ideologia diventa recessiva e perde. Né è di ostacolo all'interpretazione della Costituzione economica sulla base delle *regulae iuris*, della moralità innata del mercato e delle relazioni economiche come problema già da sempre e di per sé giuridico, della prudenza contro gli abusi, l'individualismo proprietario del diritto romano: questo è solo una grande falsificazione storica perché il diritto romano era ispirato da *fides* che reggeva la convivenza. Alla stessa maniera, il principio di leale collaborazione, scritto in Costituzione, appartiene all'universo concettuale dell'ordine isonomico, come estensione della *bona fide* contrattuale romanistica per l'adempimento delle reciproche aspettative.

E, se si è compreso qualcosa del Libro, in una sua azzardata, ideale, continuazione, come si è letto l'indennizzo come giusto indennizzo, si può scommettere che ne sarebbero esempi una

²³ È il parallelo della preferenza nel diritto privato per la giusta riparazione del danno in luogo dell'accertamento della responsabilità e, a tutto concedere, della responsabilità per colpa, fondata soggettivamente, rispetto all'assicurazione obbligatoria come meccanismo standardizzato e tipico di realizzazione dell'utilità sociale.



interpretazione degli artt. 97 e 111 della Costituzione che leggesse i principi del giusto procedimento e del giusto processo secondo l'*ordo iudiciarius* di una *iurisdictio* contigua all'*administratio* nella dottrina medievale della limitazione del potere o, in chiave critica rispetto al diritto costituzionale vigente, il *favor* per una giurisdizione che sia una, come uno è l'uomo e uno è il diritto, se già nel Libro il legame tra equità, onestà e moralità e la conseguente inscindibilità del fatto dal diritto fonda il dover essere di un giudizio di cassazione che non sia di sola legittimità. Così come la cultura della soggettività individuale parrebbe coerente con una interpretazione del giudizio costituzionale in via incidentale come narrazione del caso individuale, come giudizio che rende giustizia alla realtà del caso singolo, alla concretezza di quella vita, ma che legittima come universali le esigenze individuali di giustizia e che non dispensa modelli generali e assoluti di vita e di virtù. Più in generale, pare sottendere una giustizia costituzionale che non sia l'Uno compente, che ammaestra, catechizza, una collettività e svolge una funzione didascalico-pedagogica o, meno laicamente, pastorale, ma che ammetta la logica controversiale della *dissenting opinion* e così via²⁴.

6. Legislazione, giurisdizione e Scienza giuridica

La concezione di legislazione e giurisdizione è conseguente.

Nella critica al diritto prescrittivo, che non conosce la realtà, privata di qualità, di dover essere, ma che pretende di conformarla (e riformarla) mediante la volontà e la deliberazione, l'idea di legge che ne deriva è dichiarativo-cognitiva del diritto, ove il legislatore e l'uomo comune partecipano di un ordine isonomico e ove la legge conosce e non vuole, esplicita doveri già leggibili nella realtà, già ricavabili dalle cose, dall'essere, che l'uomo comprende perché la sua ragione è già assiologicamente orientata. Il diritto non è arbitrario ma è espressione della vita, teso com'è a ricercare una corrispondenza tra le norme e la natura intrinseca delle cose; quindi, il diritto preesiste alla legge che è messa in forma del diritto 'trovato', rinvenuto. È un rendere conto della realtà, del divenire della vita, con movenze esistenzialiste, ove il fatto è singolo, individuo, particolare e la condotta dell'uomo prudente è la regola di condotta, che quindi appartiene al mondo della prassi. Il nemico della regola

²⁴ Salvo avvedersi che, forse, l'entrata in scena del soggetto-individuo nel giudizio incidentale implica una concezione proceduralistica di Costituzione e della sua giustizia più che una concezione sostanzialistica, valoriale. Il proceduralista post-moderno, lontano dal repubblicanesimo comunitario, infatti, racconta il mondo, la vita concreta degli individui, come è, la sua fattualità in cui è annidata una morale costituzionale; al contrario chi cerca la sostanza delle cose e propugna modelli ideali di vita esprime una fondazione del diritto di tipo controfattuale, in base al mondo come deve essere: l'alternativa è in G. VOLPE, *Antico, moderno e post-moderno nel giudizio incidentale sulle leggi*, in AA. Vv., *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno dell'AIC., Milano, Padova, 2004, 153 ss.



ricognitiva, narrativa, è l'idea volontaristica della legge, il comando, l'imperativo, il precetto, che produce *ex nihilo* la regola: il dovere non è insito nella realtà, ma dipende dal comando. La legge dell'*interpretatio* secondo equità è, invece, con linguaggio tomista, *lex indicans*, legge conoscitiva, limitata dalle cose, dal senso di giustizia della realtà, dall'esperienza, dalla saggezza pratica, dal passato, meno potente perché vincolata ma piena di contenuto. La realtà la si rispetta e non la si governa e, come nello *studium* medievale, la legge rileva non per il comando che comunica ma per l'*auctoritas* che tramanda. Ne deriva un diritto legislativo – e, quindi, costituzionale, perché tra l'uno e l'altra non vi è differenza qualitativa – auto-nomo, spontaneo e non etero-nomo, nel senso di un diritto che non fa violenza alle cose, ma le comprende e le asseconda. La legge della modernità, invece, è *lex statuens*, il diritto produttivo e non dimostrativo del diritto valido, il diritto dei 'nomodotti', arbitrario, convenzionale, materialista, potente, perché la realtà non ne è limite e misura, ma vuoto. Questa è necessariamente diritto scritto, quello è preferibilmente diritto non scritto, diritto consuetudinario, involontario, tramandato con la memoria, il ricordo e, di certo, non è oggetto di una deliberazione accentrata²⁵.

Dall'antinormativismo non se ne trae, però, affatto l'adesione all'antiformalismo della Scuola storica o della giurisprudenza degli interessi che, nella reazione alla antistoricità e irrealità della giurisprudenza dei concetti e nel ritorno alla vita, privilegiano i bisogni sociali, gli interi, la totalità, nel cui flusso l'individuo si dissolve o al realismo giuridico di un diritto che si fa nel momento della sua applicazione o al «revival medievista»²⁶ per un diritto come *inventio* nel corpo della società, della coscienza collettiva, orientato in senso interpretativistico, nomopoietico, che sostituisce la creatività della decisione soggettiva del giudice competente alla deliberazione legislativa collettiva. Il diritto, infatti, è vuoto e strumentale sia che dipenda dalla volontà di un legislatore eletto, sia che dipenda da un giudice interprete dello spirito dei tempi. L'obiettivo polemico è il diritto che abbandona il patrimonio figurativo della metafisica, la metafora e il simbolo e si riduce a volontà, a legge voluta: poco importa se a deliberarla siano assemblee legislative o corti giudiziarie, se la si deliberi come un comando o come un

²⁵ F. GALLO, *Che cos'è la Costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 1, giunge alla rivalutazione del diritto consuetudinario come supremo parametro del diritto che avrebbe dalla sua parte la legittimazione della sovranità popolare, nonostante la poco perspicua formulazione dell'art. 1, comma 2, della Costituzione, proprio in nome del *bonum et aequum*. È vero che lì vi è la difesa dell'idea di artificialità del diritto, in generale, e di quello romano, in particolare, ma non pare lontano dalla prospettiva del Libro, perché intende l'artificialità del diritto, la sussunzione del diritto nell'*ars*, come la sua dipendenza dall'attività umana, il suo essere prodotto della realtà degli uomini e individua il nemico nel diritto prodotto dal legislatore.

²⁶ Riprendendo la definizione di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Agg. IX*, Milano, Giuffrè, 2016, 391 ss., a proposito del pensiero di Paolo Grossi, almeno da Id., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995 ai saggi raccolti in Id., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.



argomento. Anzi, il vizio volontaristico e, con esso, la separazione tra fatti e valori si aggrava nel realismo giuridico, nella casistica senza principi. Anche qui, come nella critica giuspositivista alle regole, il diritto non è accettato come realtà autonoma ma è realtà costruita. Nel caso che diventa norma, si sostituisce la volontà di uno solo, quello competente, alla volontà collettiva del legislatore. Per le medesime ragioni non vi è adesione né al costituzionalismo garantista, della Costituzione come regola, come fonte precettiva di rigorose prescrizioni a cui si ubbidisce automaticamente e affidate all'attuazione del legislatore, né a quello principialista, come insieme di principi, intesi come ponti tra il diritto e la cultura, per risolvere le situazioni indeterminate, non predefinite, di cui è custode l'*élite* della società degli interpreti. In entrambi i casi, è esclusa la prudenza dell'uomo comune, la libertà morale di ogni uomo, dell'uomo qualunque, nell'uno caso perché il diritto precettivo è separato dalla morale e l'unica morale ammessa è quella dell'obbligo, cui corrisponde la logica del comando, nell'altro perché apre alla morale della virtù e alla funzione assiologica della ragione, che però vale solo per i suoi dispensatori e custodi, che sono pochi e privilegiati, i sapienti, i giudici delle giurisdizioni costituzionali.

L'antivolontarismo e la pariteticità delle *regulae iuris* vale, quindi, come antidoto sia per il diritto legislativo che per quello giurisprudenziale e per le correlate mitizzazioni di una legislazione senza giurisdizione o di una giurisdizione senza legislazione e spargia le carte: introduce nella contesa tra la volontà dell'uno e dell'altro la ragione del diritto sapienziale costruito dal basso, dall'esperienza del senso comune e del verosimile di una Scienza giuridica che, lontana dal modello dello scientismo empirista, non è custodita da tecnici e specialisti, ma è sapere comune a tutti, dell'uomo semplice che è capace di dire qualcosa dell'esperienza e di orientare l'azione. Le *regulae*, con la moralità del diritto, sterilizzano sia il moralismo dei giudici che la moralità della legge. Il protagonismo della Scienza giuridica, che è scienza dialettica e dell'opinabile, è protagonismo del mondo sublunare, della prassi, del mondo sensibile, mondo delle particolarità e delle eccezioni. È descrittiva non delle norme ma del mondo che ha un proprio dover essere. Ha propri principi costitutivi, costanti, innati, perché tratti dalla natura umana e non dalla società, dalla storia o, ancora meno, dal diritto positivo: è il punto di vista interno proprio del diritto. E quei principi sono, appunto, le *regulae iuris* della tradizione, che danno consistenza al diritto, che è reale ma la cui realtà è, appunto, la realtà del diritto. Il diritto è doppiamente reale: nasce da quel che accade nella realtà ma guarda alla realtà con i suoi strumenti, i suoi contenuti e i suoi criteri per evitare l'abuso, per riportare l'equilibrio dove c'è squilibrio, per ripristinare un equilibrio violato. Le *regulae* portano alla conclusione che dove c'è abuso non c'è diritto, contro l'ossimoro giuspositivista che dove c'è diritto non c'è abuso. Così la giurisprudenza di diritto comune diventa sindacato costituzionale sulla legge, critica del diritto interna al diritto, del diritto singolare, 'anormale', positivo, rispetto al diritto comune, in nome di una Costituzione tratta dalla storia, dalla natura, dall'esperienza. Sono parametri eterni ed universali del diritto positivo. Così il realismo classico recupera e



riorienta la dogmatica: la rappresentazione concettuale del fenomeno giuridico è espressione di autonomia (e non di autorità) perché fornisce le categorie, sottintese alle norme, che non sono opera arbitraria del legislatore o del giudice, ma il frutto di una tradizione millenaria che viene dal diritto romano. Così la trascendente autonomia della realtà del diritto, elaborata nel tempo dalla Scienza giuridica e staccata, alla stregua di un diritto ideale, dalla contingenzialità del diritto storico, è una istanza di giustizia che limita, dall'esterno, sia la decisione del giudice che la deliberazione del legislatore, che devono essere esaminate, criticate, alla stregua del diritto, ove il diritto è lo scopo e la legge/sentenza il mezzo. L'una e l'altra devono fare i conti con la tradizione e l'esperienza di un diritto sedimentatosi nel tempo, con regolarità che superano gli accidenti della storia, con la logica del diritto, che non è né logica del Codice né logica del Sistema, ma è logica 'sostanziale', ragione intimamente pratica, al modo del diritto naturale classico, perché si alimenta del mondo dei fatti filtrati dalle *regulae iuris* e dall'equità. E se l'applicazione della legge, nel suo principio generale, porta a conseguenze assurde, deve eccettuarsi. Il ruolo della Scienza giuridica converge nel de-potenziamento della legge ma non è signoria del giudice: la legge, il diritto statuito, non può pretendere di porre *ex novo* il diritto, tanto meno può contraddirlo, poiché questo trova la sua fonte e la sua misura non nei comandi del legislatore, ma nel sapere teorico-pratico della scienza; questa però limita, al contempo, la volontà del giudice.

La teoria dell'interpretazione del diritto è conseguente alla soluzione della questione ontologica perché l'essere del diritto viene prima della sua interpretazione. Non è, va da sé, una proposta interpretativa testualista e men che meno masoretica, che venera la lettera scritta, perché l'esperienza giuridica ha la meglio nella contesa con l'intenzione del legislatore storico e con la volontà chiara e distinta della legge scritta. L'apertura della normatività giuridica alla vita, anzi l'emergere della prima dalla seconda, implica una svalutazione del diritto deliberato, scritto, a favore del diritto consuetudinario, orale. È anti-normativista. Recuperando la lettura giuliana della teoria dell'interpretazione di Vico, rifiuta «l'interpretazione come interpretazione di un testo, di una *scriptura*: il testo è soltanto un elemento del processo interpretativo, in quanto è sottinteso il primato del caso, della natura delle cose sulla astratta formulazione normativa»²⁷. Però, non riduce la validità ad effettività e non converte la disposizione nella norma, la legge nella sua interpretazione. Il punto di vista rigorosamente giuridico da cui guarda alla realtà, che è sempre un po' dover essere, non cede

²⁷ A. GIULIANI, *La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche della Società nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli*, vol. LXXXV, Napoli, 1974, 152, su cui F. CERRONE, [Alessandro Giuliani: un'idea di ragione critica, dialettica e controversiale del diritto](#), in [Archivio di diritto e storia costituzionali](#), 2009, 30. Ma, per una interpretazione ontologista di Vico, fondata sulla documentalità come prevalente canone metodico, in cui la lettera della legge prevale sul suo spirito e la volontà del legislatore è *pars veri*, si rinvia a L. BUFFONI, *Vico tra juris-ditio e juris-dictio (tra legislazione e giurisdizione)*, in [Rivista AIC](#), 2018, n. 3.



all'interpretazione storico-evolutiva della reazione antiformalista che accomuna, a vario titolo, lo storicismo, il sociologismo e l'idealismo, all'ermeneutica dell'infinita e creativa produzione di norme da disposizioni, di un fatto che diventa norma, allo sperimentalismo anarchico di una giurisdizione che 'fa' e non 'dice' diritto, che scommette su quale sarà la regola di diritto e che scioglie in sé la teoria delle fonti, al giusliberismo e via dicendo. È la teoria dell'interpretazione di una legge che non è norma, puro dover essere, ma non è neppure la sua applicazione, la sua realizzazione. Certo, valorizza la sfera coscienziale, lo spirito e la sua fenomenologia, il vero, rispetto al corpo, alla lettera, al certo: anzi il rilievo dell'intenzione ne è caposaldo, come nella migliore tradizione di tutti i difensori delle regole, perché coincidente con la fondazione soggettiva del diritto. Il soggetto della vita del diritto è, infatti, l'individuo e non la società, che è la finzione di una soggettività, il singolo e non il collettivo. Ma ancora la coscienza individua, nella ricerca del diritto nello specifico fatto, nella singola e particolare *quaestio*, alla ragione immanente alle cose, alla vita, all'esperienza, alle convinzioni tramandate, al sapere collettivo, che escludono la solitudine, il solipsismo, dell'interprete e limitano, così, le possibilità interpretative del testo. Sulla scia di *ex facto oritur ius* inteso equitativamente, significa che c'è una norma nel fatto e che questa è il valore, il senso del fatto che il caso mostra e che l'interprete deve 'riconoscere' e non creare. L'esistenza di principi del diritto, preesistenti, consolidati attraverso il consenso e la messa alla prova da parte di molte opinioni, il diritto *comune, regolare*, è antidoto al diritto arbitrario e la non arbitrarietà del diritto porta con sé l'esigenza di non arbitrarietà dell'interprete, limitato dalla tradizione dottrinale che limita il pensiero individuale, i rischi della *raison raisonnante*. Insomma, riconosce il ruolo della scelta nel momento dell'interpretazione, ma la scelta non è né irrazionale, né decisionista, né relativista, perché è regolata dai principi costitutivi della logica del diritto, dalla sua scienza, pur non potendo essere, come vorrebbero i normativisti, interamente prefigurata da norme, così come non può mai essere, come vorrebbero i realisti, in tutto prefigurata dalla realtà delle cose. L'esito, mai predeterminabile e precostituibile, è la tensione tra la lettera e lo spirito, che sola consente la ricerca di un corretto rapporto tra le parole e le cose, tra le regole e il fatto e, quindi, la razionalità e 'sensatezza', in senso proprio, dell'interpretazione. Nei termini della filosofia del linguaggio, parlare è un agire, ma non pare avere nulla della performatività del linguaggio, dato che muove dalla critica alla artificialità e arbitrarietà della lingua che, al pari del diritto, è un prodotto organico di diverse generazioni. Tra le interpretazioni possibili, poi, privilegia quelle giustificabili e argomentabili ricorrendo ai principi del diritto racchiusi nei brocardi, nei proverbi, nelle massime, nella coscienza giuridica popolare del senso comune. Attualizzando la tradizione dell'interpretazione secondo equità, l'interpretazione coinvolge due termini, il diritto e il fatto, il testo e il problema: non vi è una regola-norma e, separato, un fatto, ma la *quaestio iuris* nasce dalla *quaestio facti*, dalla qualità del singolo fatto in cui la generalità deve perdersi. Il fatto non è la mera fattispecie della norma ma è, con le sue qualità, ciò che le fa problema: è il fatto, con i suoi elementi circostanziali, che segnala la regola



rilevante, pertinente, appropriata. E, se si intende il caso come fattispecie della regola, le regole particolari, proprie della disputa concreta, sono da preferire alle regole *catholicae*, generali. È l'interpretazione di un diritto problematico e non sistemico. Non pare, però, affatto il diritto casistico, come tale *unruly*, del pragmatismo e del realismo giuridico americano. Nella sua giurisprudenza, debitrice del vichismo giuridico, fisica e metafisica coesistono. La regola è una 'cosa formata', quindi non si adatta mai ad altra cosa formata, perché le circostanze non coincidono mai: a piccole differenze di fatto possono corrispondere grandi differenze di diritto. La regola, però, non è il mero fatto, che accade, che vale e crea diritto, il diritto non si risolve nella storia, ma la qualità del fatto in sé indica il diritto applicabile, ascrive il fatto singolo all'orizzonte generale. Il suo metodo, più che casistico – verrebbe da dire – è esemplare, ove l'esempio non esaurisce la regola, perché i casi della vita mutano e le esigenze del diritto permangono. Così, la formazione della *regula* è dialettica e continua.

Il luogo dell'incontro tra fatto e diritto e della ricerca della giusta regola di condotta è il processo, che recupera la tensione alla ricerca della giustizia come reciprocità dell'*ordo iudiciarius*. Il metodo è quello della tradizione pratica, del pensiero topico-problematico. Non è allora di certo il processo di una teoria fonografica della funzione giudiziale, non è *Prozess-Ordnung*, da cui allontana la rivalutazione dell'agire pratico e della logica controversiale. Ma, ancella del diritto sostanziale, il processo abbandona, altresì, l'occasionalismo, la manipolazione, l'irrealtà e il tatticismo della retorica, ridotta a eristica e, più in generale, lo strumentalismo e relativismo della teoria moderna dell'argomentazione di impronta perelmaniana, che – anche nella riscoperta che ne ha fatto il costituzionalismo principialista, impegnato ad assicurare le condizioni minime di oggettività della ragionevolezza – condivide con il giuspositivismo formalista o la logica di sistema, che pure critica, le pregiudiziali antimetafisiche, convenzionalistiche e analitiche del diritto e nella quale gli argomenti e le giustificazioni sono divenuti un equivalente funzionale delle norme, seppure abbiano recuperato le tecniche flessibili, duttili e non dimostrative della ragione pre-cartesiana. Propugna una concezione più logica che persuasiva, più dialettica che retorica, dell'argomentazione che deve riconoscere il valore, la normatività, del fatto. L'interpretazione secondo equità abbandona, allo stesso modo, l'arbitrarietà, l'illogicità e l'irrazionalismo dei *topoi* nel fondamento reputazionale di Viehweg, interessato non ai punti controversi, ma alla decisione, alla soluzione e, quindi, alla sua giustificazione, qualsivoglia essa sia, senza attenzione alla *vis veri*. Al contrario, le *regulae iuris* erano patrimonio del diritto comune, come tale distinto dal diritto arbitrario e, perciò, volontario, fondato su scelte di utilità e opportunità. Insomma, è un pensiero topico e problematico che sta dalla parte del processo giusto e non del processo di Norimberga, assiomatico, pubblico, astratto, precostituito. Il metodo di ricerca della verità nel processo e nel ragionamento pratico, lontano dal razionalismo ma anche dall'empirismo scettico, è induttivo e non deduttivo, topico, discorsivo, dialettico e non geometrico, matematizzante, dimostrativo, assiomatico. Dalla ragione dimostrativa deriva una



interpretazione meccanicistica della legge e l'ideale di un ragionamento giudiziale automatico. Invece, emarginata la coincidenza tra ragione e dimostrazione del nominalismo logico, la logica che guida il metodo topico nella ricerca della verità della realtà è la logica, modesta, prudente e responsabile, del probabile, dell'opinabile e dell'impegno morale della scelta opportuna, che trova nel linguaggio la via di accesso alla realtà del diritto e la funzione di raccordo tra le parole e le cose. È la logica confutativa, come forma propria di conoscenza dell'accidentalità dell'esperienza, coerente con la ammissibilità della conoscenza nel campo della morale, che non può che essere probabile. Ne è presupposto la connessione del diritto con il soggetto, senziente, cosciente, pensante e capace di attività morali, che sola giustifica la sua funzione controversiale e non sistemica o pianificatrice, utile piuttosto alla società, al Tutto.

7. La 'natura' della natura umana

Fin qui, più o meno, il Libro. Poniamo al Libro tre questioni: una che attiene alla natura della natura umana, quale fonte del diritto; una che riguarda la natura o l'artificio del diritto prodotto da quell'uomo; una che problematizza l'oggetto e il suo metodo nel passaggio dal diritto privato al diritto pubblico e, a proseguire, dal diritto costituzionale ideale, naturale, a quello positivo.

Muoviamo dalla fonte, dalla antropologia, dalla visione di uomo che sostiene le *regulae iuris* e, con esse, la porosità tra natura e cultura, tra essere e dover essere. È un uomo in cui non vi è dualismo tra corpo e spirito, ma in cui prevale lo spirito sul corpo e nel cui intelletto prevale la coscienza, la sfera coscienziale, la moralità innata dell'uomo, sulla ragione. In una, prevale l'uomo buono, virtuoso, sia sull'uomo bestiale che sull'uomo calcolante, l'lo morale sull'lo penso, ma l'lo morale e la coscienza sono conoscibili e tra volontà e conoscenza non vi è separazione. Il realismo classico cui attinge presuppone, infatti, gli 'esseri' umani e, contro il dualismo esterno/interno, il carattere politico di atteggiamenti interiori e il concorso delle operazioni della coscienza alla costruzione della realtà. In direzione anti-scettica ed anti-decostruzionista, però, secondo una logica della presenza, vi è corrispondenza tra le parole e le cose, tra il linguaggio e la realtà. La realtà non è solo materialità, bensì anche trascendenza nel senso della *vis veri* mediata dalla mente umana, più esattamente dalla coscienza umana. Ma, in un certo senso, la realtà, la creazione storica dell'uomo, porta con sé verità necessarie e, quindi, valori. Vi è un recupero dell'innatismo, nella versione logicista di Leibniz, nel senso che la conoscenza del mondo sensibile, della realtà, tende al vero e, in questa misura, ha un valore di verità, perché è mossa dalla virtù. Al fondo, nella natura umana vi è una spinta innata alla giustizia e al vero.

Ora, è vero che la fonte del diritto – e ciò è vero anche ove si intenda il diritto non già quale fatto individuo, ma come fatto istituzionale e, quindi, sociale – è l'uomo. Ogni idea di diritto



presuppone un'idea di uomo, fatto di stratificazioni biologiche e sociali, di cui dobbiamo dire qualcosa che (non coincida ma che) sia compatibile con quello che sappiamo dell'uomo.

Non significa che il giurista – e in particolare il costituzionalista – sia un antropologo, perché non vi è simmetria tra antropologia e diritto. Ma l'una condiziona l'altro perché il soggetto e l'oggetto del diritto positivo è l'uomo: così la visione dell'uomo buono, positivo, cooperativo, con qualche dose innata di verità e giustizia, fonda l'irenismo della legge della fiducia²⁸ oppure l'uomo di per sé onesto è l'uomo anarchico, che non ha bisogno della legge, perché può vivere onestamente senza legge, fuori-legge, lontano dalla questione dell'obbedienza e dal modello 'normativo' di regole da seguire²⁹ o, al contrario, l'antropologia pessimistica dell'uomo malvagio, che è privo di una moralità intrinseca o possiede una moralità negativa, dominata dalle passioni stolte, fonda l'eteronomia e la coercizione della legge. Schmitt scriveva che «non esiste [...] nessuna antropologia che non sia rilevante politicamente»³⁰.

Significa che non ci si può sbarazzare dell'idea di natura umana come se ne sbarazza l'ordine chiuso, astratto, autoreferenziale e rigidamente dualista del giuspositivismo e, soprattutto, l'ordine 'disincantato', desostantizzato, del normativismo della dottrina pura del diritto che, nella sua polemica con il diritto naturale, spiega il diritto solo con il diritto³¹. Kelsen non riduce mai la normatività all'essere, alla volontà, quindi, non è a rigore 'volontarista'. Pone quale legame tra dover essere della norma giuridica ed essere della realtà naturale che «la norma giuridica positiva, per essere valida, deve essere posta in essere mediante un atto concreto»³², ma per il diritto ciò che esiste è la sua validità o per lo meno il senso oggettivo del dover essere posto mediante l'atto concretamente statuito, il significato obiettivo dell'atto, e non la volontà concreta degli uomini che vogliono³³. La dottrina del diritto è, quindi, pura nella misura in cui il diritto si rende autonomo e indipendente dagli uomini, originario e non derivato. Giocoforza «l'essere umano è solo un mero presupposto naturalistico che in quanto tale appartiene ad un campo diverso da quello giuridico» o, detto altrimenti, «si può ammettere che l'essere umano ha mero carattere di presupposto in quanto non sia la natura di questo a determinare le norme, ma invece le norme a determinare il soggetto, non già riconoscendolo come essere

²⁸ Sembra l'uomo presupposto da T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, ed. Kindle, Roma-Bari, Laterza, 2021, spec. 16 ss. e 142 ss., che discorre, infatti, di «sostanza *narrativa* e conoscitiva della norma» (il corsivo era già nel testo citato). Ne discute criticamente le tesi di fondo F. RIMOLI, *Investire in fiducia? La funzione del diritto e le basi dell'obbedienza (a proposito di Tommaso Greco, La legge della fiducia)*, in [Diritto e questioni pubbliche](#), 2022, n. 1, 271 ss.

²⁹ Se ne trovano tratti, 'caratteri', in T. GAZZOLO, *La vita fuorilegge. Storia filosofica del Far West*, Roma, Salerno Editrice, 2022.

³⁰ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'. Testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio-P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, 144.

³¹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, 9 ss.; ID., *Il problema della giustizia*, cit., 78 ss.

³² H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 240.

³³ *Ibid.*, 239-43.



umano, ma come persona in senso normativo»³⁴. Ma così l'uomo è una finzione o funzione creata dal diritto³⁵. La soluzione, però, non la fornisce, dal lato opposto delle barricate, Schmitt: all'obiezione individualista che «prima che si possa parlare di qualsiasi altra cosa deve esistere l'uomo concreto, in carne e ossa», Schmitt oppone, infatti, «l'inconciliabilità di astratto e concreto», «l'errore logico di far decidere sul valore ai «presupposti» empirici», «l'errore del più crasso materialismo, per il quale il cervello è «più importante» del pensiero, dato che senza cervello non c'è pensiero»³⁶. Anche così dell'uomo concreto, dei suoi bisogni immanenti, resta poco.

Ma, presupposto e condiviso qui l'abbandono della polarità archetipica tra essere e dover essere, la 'natura' della natura umana è esattamente il problema. È da sempre scissa tra l'uomo biologico e l'uomo culturale, tra i dati biologici e le facoltà mentali, tra essere e dover essere, con la dissoluzione della stessa idea di natura umana. Insomma, l'idea della doppia appartenenza dell'uomo a due mondi, il sensibile e l'intelligibile, la sensazione e la ragione, la terra e il cielo, apre nella natura umana, in una infinità di regressi, la dissociazione tra il corpo e la mente, che è alla base di tutti i dualismi che hanno ipotecato la modernità. Vi dimorano i due elementi, i due domini, le due qualità primarie della realtà, da cui tutto muove: la *res extensa* e la *res cogitans*, che sono riscrivibili nella grande divisione tra fenomeno e noumeno, esperienza sensibile e intelletto, cosa conosciuta e soggetto conoscente, oggettivismo e soggettivismo, sensi e ragione, natura e cultura, materialismo e idealismo, realismo e normativismo, fatti e valori e, alla fine, nel dualismo tra essere e dover-essere. In principio, era l'opposizione cristiana, prima paolina e poi agostiniana, tra la legge della carne, delle membra, il corpo e la legge della mente, lo spirito. Quindi, dire che il diritto è una realtà umana è vero, ma è ambiguo, perché gli uomini sono, appunto, corpo e spirito. Nella prima direzione, il diritto è determinato dalla realtà della materia, è prodotto dai dati biologico-naturali immodificabili, dal 'fisico'. È una manifestazione di materialismo naturalistico. Non vi sono idee meta-fisiche di giustizia, non vi è l'uomo buono, l'uomo come agente morale, con la sua coscienza, ma la sua forza, la sua vita nuda, l'invariante biologico come schema innato. Nell'altra direzione, il diritto è situato – come lo è nel Libro – nella coscienza individuale, cioè in una specie di anima autonoma e distinta se non separata dal corpo, nella mente irriducibile alla materia ed è determinato dalle regolarità universali della soggettività umana. Presuppone idee di bene,

³⁴ P.L. ZAMPETTI, *Metafisica e scienza del diritto nel Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1956, 88-90.

³⁵ Trae la conclusione dallo sganciamento kelseniano del giuridico dalla persona naturale (e morale) J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, tr. it. di L. Ceppa, Milano, Guerini e Associati, 1996, 108. Ciò non toglie che all'opposto si sia parlato di un «umanesimo» kelseniano, perché «la diatriba [di Kelsen] contro il diritto naturale in questa prospettiva, assume la sua vera dimensione: essa significa che l'uomo, nel suo carattere razionale, è, nella sua esperienza giuridica, l'unico legislatore; il normativismo kelseniano è in ultima analisi un umanesimo»: S. GOYARD-FABRE, *Kelsen e Kant. Saggi sulla dottrina pura del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, 42.

³⁶ C. SCHMITT, *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 92.



vero, giusto, che costituiscono le invarianti, le costanti universali di ciò che è diritto, che è diritto per una doverosità innata, per una moralità interna insita nella coscienza degli uomini o, nella differente declinazione dell'idealismo storicistico, nella coscienza acquisita socialmente, culturalmente e storicamente. In ogni caso, vi è contiguità tra diritto e morale, perché il diritto è una sostanza – e non un costruito arbitrario e convenzionale – di cui l'uomo è originariamente capace in quanto soggetto, per natura o per cultura, morale.

Può decostruirsi – come la decostruisce il Libro da cui si muove – l'opposizione dualista, di origine cartesiana, tra il corpo e lo spirito/anima, tra la natura e la cultura, tra la fisica e la metafisica, tra il biologico e il mentale, perché tra il cervello e la mente non vi è il baratro o, meno tragicamente, il dualismo alla stregua di due specie di esseri separati. Se l'uomo è fatto di corpo e spirito, la sua unità postula una qualche forma di relazione, sia essa la ghiandola pineale oppure una più articolata capacità della struttura neurobiologica di condizionare le emozioni, i sentimenti, il pensiero e il linguaggio o, nella direzione contraria, percorsa nel Libro, la priorità dello spirito, inteso come sostanza a sé stante, sul corpo. In ogni caso, se il diritto è una sua costruzione, l'esito è il superamento del dualismo tra realtà e pensiero, tra *res extensa* e *res cogitans*.

Il problema diventa determinare il verso della relazione. Ora, poiché non abbiamo elementi scientifici per stabilire se l'uomo sia, per natura, buono e virtuoso o cattivo e vizioso e se quella qualità valgano per tutti gli uomini, poniamo diversamente l'ontologia dell'uomo, l'Esser-ci dell'uomo. La spiegazione può essere diversa dall'innatismo, dalla 'metafisica' delle idee innate che, come tali, non hanno fondamento, dal primato della sfera coscienziale e, a catena, dalla moralità intrinseca del diritto o dall'unità dell'essere aristotelico-tomista, cui accede il Libro.

Si intende mettere a profitto nella teoria generale del diritto costituzionale, del diritto del corpo comunitario, l'idea della fine di ogni prospettiva dualistica sulla materia del corpo individuo e della spiegazione dell'unità dell'uomo in chiave biologica e neurofisiologica piuttosto che mentalista o metafisica. Dalle neuroscienze e dalle scienze cognitive, filtrate dalla filosofia della mente, traiamo, infatti, che vi è una spiegazione biologico-fisica, scientifica, delle capacità innate mentali³⁷ e una storia naturale della morale umana e, con essa, della libertà tipica dell'uomo³⁸. La natura umana non è, come vorrebbe il giuspositivismo, arbitrario soggettivismo meritevole di bando, perché nella realtà ci sono strutture profonde, per certi versi, universali, e l'uomo partecipa alla costituzione della realtà, della sua storia. Ma in principio non era il Verbo, bensì la carne. Le operazioni mentali si possono, cioè, distinguere dal mondo naturale dal punto di vista logico ma non da quello ontologico: riducendo la questione all'osso, ciò che accade, dentro il corpo, è l'evoluzione dello psichico dal seno del

³⁷ Si profitta nel testo degli studi di neuroscienza di A. DAMASIO, *Il sé viene alla mente. La costruzione del cervello cosciente*, Milano, Adelphi, ed. dig. 2022; ID., *Alla ricerca di Spinoza: Emozioni, sentimenti e cervello*, Milano, Adelphi, ed. dig. 2023; ID., *Emozione e coscienza*, Milano, Adelphi, ed. dig. 2022.

³⁸ Si vgl. M. TOMASELLO, *Storia naturale della morale umana*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2016.



fisico attraverso la rete neurale. È un po' il capovolgimento del 'Penso, dunque sono'. Il pensiero non è inesteso, la mente non è separata dal cervello che ne è il supporto, il sostrato, l'essere, perché l'idea non può fare a meno dell'essere che è sempre presente anche quando non è dominante. Ma gli stati mentali, a partire dalle emozioni e dai sentimenti, sono portatori di una saggezza neurobiologica perché aggiungono alla vita naturale, alle percezioni e affezioni, all'essere, una qualità, un 'valore', un dover essere. Sinteticamente, il fondamento della mente e di tutte le facoltà mentali, emotive, coscienziali, logiche e linguistiche, dell'uomo sta nei dati biologici immodificabili: sta nel funzionamento interno al corpo, nell'attività del cervello e non in un ente a sé stante, sia l'anima della metafisica o l'io penso trascendentale, né nelle variabili storico-culturali, che dissolvono la natura umana in contingenti prodotti culturali, storici e sociali, dalla spiccata plasticità. Il matrimonio è, cioè, tra carne, cervello e mente. Il punto è come si passa dal corpo fisico all'esperienza mentale, dalla sensibilità alla ragione, passando per i sentimenti e la coscienza, ovvero come si esprime nella mente un processo localizzato nel dominio fisico del corpo. Il che non è altro che la riscrittura della sempiterna domanda di come si passa dall'essere al dover essere, da ciò che vi è, la natura, a ciò che deve essere, la regola. La soluzione è la normatività naturale, che sutura la frattura tra natura e cultura in modo differente dalla 'realtà naturale' e dal dover essere morale di cui discorre il Libro. La normatività è naturale e la natura si normativizza, nel senso che nell'individuo, unità di corpo e mente, di biologia e pensiero, di natura e norma, la coscienza si naturalizza e il corpo si coscientizza. Vi sono le affezioni, il sentire del corpo, la sensazione di dolore e di piacere, che sono fatti, natura, ma che giungono alla coscienza e all'intelletto attraverso il sistema nervoso e diventano emozioni, sentimenti, coscienza e idee, sentire di sentire, e poi, astruendo, incarnano l'idea del dolore o del piacere. Con più precisione, a partire dall'essere, dopo la coscienza e, con essa, dopo il sentire e la funzione emotiva, arriva la sapienza del conoscere, la creatività, la scelta morale, la cultura. Ma, dentro la mente, contro la separazione cartesiana, il sentimento e l'emozione sono legati all'intelletto dal punto di vista della struttura neurobiologica: il funzionamento neurobiologico del sentire delle emozioni è intrecciato al funzionamento del cervello. Dal che se ne trae anche che la funzione emotiva ha a che fare con il conoscere e con l'agire razionale e che, allo specchio, la ragione è anche senso ed emozione. C'è una profonda distinzione ma non c'è una contrapposizione tra sentimento e ragione, perché siamo al contempo creature pensanti dotate di sentimento e creature senzienti dotate di pensiero. E, dopo che dal fisico si è ascisi allo psichico, i sentimenti, con le loro informazioni sull'essere e, allo stato mentale successivo, le idee conducono, con movimento inverso, alla deliberazione sull'essere, alla regolazione della vita per una maggiore perfezione funzionale, al controllo volontario delle emozioni automatiche, alla previsione e alla creatività per scegliere le azioni che producono il piacere e allontanano il dolore, in una che determinano il benessere. Quindi, nella regolazione del corpo, alla ricerca dell'equilibrio omeostatico, finalizzato alla conservazione della vita, dall'ontologia si passa alla deontologia,



dall'essere al dover essere di un'azione tesa a procurare piacere e ad evitare dolore, dalla natura alla cultura. Il circolo tra i sensi e, per essi, l'esperienza e la ragione è un po' il medesimo che c'è tra la necessità e la libertà e, con la sapienza antica, di necessità l'uomo fa virtù. Alla radice del diritto c'è qualcosa di prelinguistico, di preverbale, di biologico, ma l'individuo ha sempre facoltà di scelta nello spettro di ciò che è determinato per la specie umana: è sempre un po' spirito. È biologicamente determinato, ma non è necessità. L'uomo non è completamente libero, perché è determinato dalla natura delle cose, estranea e per certi versi vincolante per la volontà umana, così come è preso dalle affezioni, dalle passioni, ma è sempre anche libertà, perché la rete neurale conduce agli stati mentali coscienti, che consentono l'agire morale e razionale. Ha senso riconoscergli libertà e eguaglianza, perché è sempre ripetizione e differenza. Alla natura umana pertiene il concetto ossimorico di «storia naturale»³⁹: la natura umana, di per sé invariante, implica variabilità dell'esperienza, ma i fenomeni contingenti sono icone rivelatrici dell'invariante biologico della specie umana e il variabile è segno dell'invariante, come il sociale del biologico, la storia della natura. Il passo successivo trasforma, evolutivamente, il 'sentire' dolore o piacere nel corpo individuo nel bene e male, nel buono e cattivo, nel giusto e ingiusto, nello spirito del singolo, nella mente che 'coscientizza' il corpo. Ma senza gli elementi innati del piacere e del dolore e la loro coscientizzazione non si può accedere al livello successivo della costruzione dei concetti di bene e male e alla «costruzione, culturale e ragionata, di che cosa *debba* essere considerato buono o cattivo, in relazione al bene e al male che ne deriva»⁴⁰.

In parallelo al Libro, lì il pensiero aristotelico e tomistico sostiene la sensibilità e porosità delle regole, del dover essere, al mondo dei fatti, dell'essere e quello giuliano evita l'eccesso di storicismo, tutto cambia e l'eccesso di idealismo, tutto permane. Qui, la filosofia della mente sostiene l'emergere del dover essere dalla struttura neurobiologica dell'essere. Porta sempre a dire che c'è un essere ontologico del diritto che lo sottrae al nichilismo. Converte nella critica alle scienze computazionali, al razionalismo impersonale della ragione calcolante e strumentale, nella misura in cui presuppongono l'idea che la mente sia disconnessa dal suo sostrato corporeo e che, quindi, abbia una sua innata purezza: la ragione nasce impura perché nell'intelletto funzione emotiva e agire razionale sono legati dalla medesima struttura neurobiologica, cosicché le emozioni e le passioni sono sempre frammiste a ragione, sono intrinsecamente razionali, anzi ragionevoli, sono la base per formulare principi e politiche e la ragione è sempre un po' emotiva. Porta, però, a ridimensionare la critica antivolontarista (del diritto e della legge), perché la volontà non è vuota: se tra volontà e ragione, tra passioni e virtù intellettive, non vi è dualismo, ma commistione, la polemica contro la volontà a favore della ragione perde forza. Conoscenza e volontà si mescolano sempre, come la natura e la

³⁹ Nella concettualizzazione elaborata da P. VIRNO, *Quando il verbo si fa carne. Linguaggio e natura umana*, Milano, Bollati Boringhieri, 2003, spec. 143 ss.

⁴⁰ A. DAMASIO, *Alla ricerca di Spinoza*, cit., pos. 178.



società: per volere si deve conoscere e il volere lo si impara, tanto che, eliminata la *ratio*, la volontà va anch'essa in rovina o, comunque, non è volontà libera, ma per conoscere si deve voler conoscere.

Se, poi, essere, sentire e conoscere sono intrecciati, la coscienza non è una sostanza a sé stante, ma non è neppure una «entità fittizia», secondo l'empirismo radicale di William James⁴¹, ove «i pensieri in concreto sono completamente reali. Ma i pensieri in concreto sono fatti della stessa sostanza di cui sono fatte le cose». È piuttosto il punto di incontro tra l'intelligenza biologica e quella mentale. La coscienza è, sta, nel cervello/mente. Ma allora la coscienza non è mistero, metafisica, spirito. Non è l'lo morale, non è la coscienza etica, lo scrupolo morale, o, se lo è, non vi è un lo morale separato dall'lo penso ed entrambi sono in qualche misura neurobiologicamente condizionati dal sostrato organico che sostiene la mente, ovvero dal cervello e dall'organismo vivente di cui è parte. L'essere morale dell'uomo non è indipendente né dalla mente né dal corpo, quindi, la fondazione morale del diritto conduce alla ragione e, al fondo, alla sua condizionatezza neurobiologica, ad una ontologia. Il fondamento neurobiologico del comportamento etico porta alla carne e non al verbo, alla materia e non allo spirito. Così, però, la fondazione soggettiva del diritto cambia verso e allontana dal giusmoralismo e dal manicheismo dello spirito.

8. *L'artificio del diritto: la 'seconda natura'*

Ma ciò che vale per l'individuo non è detto valga per la società.

L'etica pubblica, comunitaria, e il diritto muovono sempre da uomini in carne ed ossa, quindi, in un certo qual modo, sono anch'essi riconducibili a strutture elementari innate, alla sfera coscienziale o, nell'alternativa poco sopra avanzata, ai dati biologici dei singoli uomini. Quelle sono nate da questi, come la comunità da un insieme di individui: sono un momento intenzionale di un'evoluzione inintenzionale naturale. È ragionevole che gli imperativi coscienziali o i dispostivi neurobiologici, a seconda che si privilegi l'anima o il corpo, siano 'tratti' comuni a tutti gli uomini e che abbiano concorso a causare e strutturare la situazione sociale e gli strumenti culturali, ovvero che la costituzione dei corpi individui abbia condizionato la Costituzione del corpo comunitario. È immaginabile il passaggio dalla felicità individuale a quella collettiva, perché quando l'organismo sta bene, sia esso corpo e/o mente, si apre agli altri, è fiducioso: il benessere sviluppa, cioè, condizioni favorevoli della vita individuale e sociale. In particolare, nella prospettiva neurobiologica, è ragionevole che tra emozioni primarie del singolo individuo e comportamenti sociali vi sia armonia e, dunque, non

⁴¹ Ci si riferisce al noto *pamphlet* polemico *Esiste la "coscienza"?* Milano-Udine, Mimesis, 2022, 79, dove la coscienza è una funzione della materia, non una sostanza in senso cartesiano: non è, però, una concezione riduzionistica, perché formula un'ipotesi sulla realtà come 'esperienza pura'.



è 'naturale' che un uomo-individuo buono costituisca organizzazioni cattive. È conseguentemente ipotizzabile al fondo della strategia cognitiva più elementare di organizzazione comunitaria una storia naturale del contratto sociale umano e una spiegazione evolutiva dell'interdipendenza e della cooperazione nella prospettiva dei fenomeni biologici che li precedettero, di cui la morale e il diritto sono forme 'specifiche', in senso biologicamente proprio⁴². In linea generale, è sensato che tra la natura e la cultura, tra lo stato di natura e lo stato sociale, tra il disordine e l'ordine, tra l'individuale e il collettivo e così via, non vi sia scissione, opposizione binaria o dualismo immunitativo, ma contiguità, tensione, fra-mezzo. La condizione di natura evolve, trapassa, in quella civile, in quanto tutti e due sono fondati sugli stessi interessi, sugli stessi bisogni dell'uomo.

La società, però, non è un super-individuo, né una grande mente né un grande corpo. Si può anche dire con Vico della *Scienza Nuova* – a cui attinge il Libro – che il mondo è fatto dagli uomini, quindi, i suoi principi si devono trovare nelle modificazioni della nostra mente: ma nelle organizzazioni umane il problema è trovare la mente da cui desumere quei principi. Nella nostra versione alternativa, ma non irrelata alla prima, di una storia naturale del diritto e della morale, il salto di 'qualità' lo si ha nel passaggio dalla regolazione della vita individua alla omeostasi collettiva, dall'idea di dolore e piacere e di bene e male di un uomo a quella dei molti. In entrambi i casi, nel passaggio dall'individuo alla società, dal fine della conservazione della vita del singolo alla conservazione del corpo comunitario, si ha uno scarto, di cui, però, la fondazione soggettiva del diritto non pare riuscire a dare conto.

Se torniamo al Libro, infatti, i principi del *neminem laedere*, del *nemo locupletari*, del *cuius commoda*, del *in pari causa turpitudinis* e tutti gli altri principi del diritto che legano l'utile, il conveniente e il giusto, si fondano sull'essere morale dell'uomo, sulla sua moralità naturale, che, però, non può che pertenerne al singolo uomo, alla sua interiorità spirituale, con la elisione del lato pubblico, comunitario⁴³. Lì, in una visione che sembra rinviare ad una forma peculiare di individualismo metodologico (ma non politico), la società è polemicamente immaginata come un uomo in grande, un *molotov* impersonale, che tutto ingloba e annichilisce, con la preferenza per l'ordine spontaneo delle concrete relazioni individuali e l'avversione all'ordine pubblico pianificato e con esso alla giustizia distributiva. Il lato sociale e collettivo nega l'individuo e l'essere morale dell'uomo perché la società non è, e non ha, una soggettività, una coscienza – che pensa, che sente, che individua propri fini, la quale non può avere per sede che 'l'uomo solo' – ma è, invece, la 'finzione' di una soggettività. Se allora il diritto diviene espressione dell'impersonale società, perde, con la sua 'regola', che è l'uomo, la misura, che è

⁴² A. DAMASIO, *Lo strano ordine delle cose. La vita, i sentimenti e la creazione della cultura*, Milano, Adelphi, 2018, indica nel *quorum sensing* dei batteri l'antecedente della cooperazione sociale.

⁴³ I principi del diritto possono pure apparire come regolatori omeostatici, voluti in forza di una normatività naturale, ancorata a una struttura neurobiologica, secondo la proposta alternativa qui avanzata. Ma la normatività naturale può riguardare sempre e solo il singolo individuo.



l'utilità per l'uomo e, così, perde attinenza con la responsabilità degli uomini, con la libertà. Nel Libro si oppone un diritto artificiale a quello proprio della natura umana. E contro il diritto artificiale delle disposizioni/norme, a sostegno dell'essere del diritto, della giuridicità innata delle cose che precede la legge scritta e che l'uomo prudente coglie, il Libro chiama a raccolta l'equità, la *ratio naturalis* inerente alla *ratio scripta* quale era il diritto romano. È sottesa l'idea della 'natura delle cose', del diritto come ragione delle e nelle cose, ove la ragione è la natura dei fatti, quindi, come essere.

Ma, innanzitutto, quell'idea si fonda sulla lettura soggettiva, giusnaturalista e sostanzialista del diritto romano, un diritto più consuetudinario che legislativo, tanto che valeva più come autorità di ragione. Quella lettura del diritto romano è, però, controvertibile. È solo una delle letture possibili. In estrema sintesi, la prospettiva artificialista, oggettiva, patrimonialistica e funzionale del diritto romano, così radicalmente differente da come lo pensano i romanisti neo-tomisti e tutta la romanistica che ontologizza e sostanzializza le cose, porta, invece, molto lontano dalla questione dell'essere e della natura delle cose e vira nella direzione dell'artificio, della qualificazione, del 'valore' delle cose. Tanto che il diritto romano ha addirittura creato, istituito, la natura, che, quindi, era artificio⁴⁴. Ma se il diritto romano è diritto costruttivista, artificialista e se il costruttivismo gioca insieme al materialismo delle cose, si indebolisce teoricamente la fondazione soggettiva, sostanzialista, morale e innata del diritto delle *regulae iuris* e la forza polemica nei confronti del diritto 'artificiale'.

In ogni caso, l'artificio di per sé non è né finzione né negazione della natura umana e, quindi, il diritto 'artificiale' non è innaturale nel senso di inumano o disumano. L'artificialità è segno di umanità, perché è ciò che è fatto dall'uomo con la propria arte. Aggiunge l'arte al fatto, il pensiero alla materia, la norma alla natura, ma il fatto, la materia, la natura esistono e non scompaiono nel diritto. In questo senso la positività del diritto, posto e istituito dagli uomini per gli uomini e non dato da sempre e per sempre, sta «a rivelare l'umanità del diritto»⁴⁵, che è artificialità non già perché è opposto ad una originaria, adamitica, naturalità, ma nel senso che l'artificio è parte della natura umana, quindi, è naturale. Più precisamente, il diritto è artificiale perché è una costruzione di ordine. Il diritto è, infatti, qualcosa di diverso dall'anarchia e dal caos, perché muove in una *direzione*, in linea retta, tende ad un ordine, ad un 'ordinamento', è mosso da una coazione, trascendentale o immanente, all'ordine: e l'ordine è ordinato e ordinante, è descrizione e prescrizione di ordine⁴⁶. Ma l'ordine è astrazione,

⁴⁴ Secondo l'originale lettura di Y. THOMAS, *Imago naturae. Nota sull'istituzionalità della natura a Roma*, in Y. THOMAS-J. CHIFFOLEAU, *L'istituzione della natura*, Macerata Quodlibet, 2020, 15 ss.; Y. THOMAS, *Fictio legis. La finzione romana e i suoi limiti medievali*, in Id., *Fictio legis*, Macerata, Quodlibet, 2016, 44 e 62 e 75; Id., *Il valore delle cose*, Macerata, Quodlibet, 2015.

⁴⁵ Si mutua l'espressione, ma non il radicale artificialismo opposto al naturismo, da N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, Laterza, ed. dig. 2013, pos. 8.

⁴⁶ Sul legame tra diritto e ordine e sulla confusione nell'ordine tra descrizione e prescrizione pare ancora insuperato F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, 49 ss. e spec. 55.



pensiero, costruzione e artificio perché non esiste nessuna idea di ordine praticabile nella natura, portatrice di disordine, più o meno assoluto. È tanto vero che la natura nel moderno non costruisce nulla che il razionalismo moderno rinuncia alla natura e, più in generale, ad un fondamento sostanziale dell'ordine e, nella ricerca di una convenzione, di un artificio appunto, costruttore di ordine, arriva al positivismo, secondo una concatenazione di cui il Libro reca più di una traccia.

E, proprio perché una comunità di uomini non è un macroantropo, un super-organismo collettivo e impersonale, per comprendere la condotta sociale di molti uomini in comunità complesse, per comprendere l'ontologia e la deontologia sociale che seguono quella naturale, corporea e/o mentale che sia, occorre aggiungere all'evoluzione naturale l'artificio, l'organizzazione giuridica, la 'ragione' delle regole 'volute', poste e accettate da quegli stessi uomini per stabilire un ordine, ciò che è bene e male per tutti. Rispetto all'io coscienziale che legge la giuridicità innata nelle cose o, nel nostro discorso, rispetto alla regolazione omeostatica protesa, con agire strategico, alla ricerca di un equilibrio per la vita, per il benessere, del corpo individuo, nella regolazione coscienziale della comunità o, dalla parte della naturalizzazione della coscienza, nella regolazione omeostatica della vita tra più organismi si aggiungono, infatti, i meccanismi, i dispositivi, a protezione dell'equilibrio della coscienza o del corpo della comunità, ovvero gli universali giuridici che sostengono e sostanziano le forme di convivenza sociale e politica. Ma non vi è affatto opposizione tra natura e artificio, tra la bontà degli ordini spontanei e la malvagità dell'organizzazione e, con essa, di un ordine artificiale deliberatamente costruito. Per un verso, gli uomini, in carne ed ossa, per natura, non sono solo caos, spontaneità, mancanza di forma: hanno sì pulsioni e passioni naturali, volontà e desiderio puro, ma hanno anche ragione e tensione all'ordine, anch'esse parimenti naturali per gli uomini. Per l'altro, le organizzazioni umane sono artificiali ma non sono finte. La volontà è una capacità individuale e non collettiva, è propria di ciascun uomo e non di una comunità. Esistono naturalmente solo uomini concreti che hanno, ciascuno, ragione e volontà, ma non esiste la ragione e la volontà del popolo, di tutti, come ragione e volontà naturali della collettività, del popolo riunito. Le comunità umane, piuttosto, agiscono e deliberano unitariamente sulla base di regole accettate e riconosciute pubblicamente da quella stessa comunità. Sono le regole che il popolo si dà che costituiscono la sua volontà: la volontà del popolo come unità non esiste in natura, ma quella volontà è costituita artificialmente come volontà di tutti dalla regola – accettata dagli uomini (naturali) che compongono quella collettività – secondo cui deliberano nell'interesse generale i rappresentanti del popolo, in qualunque modo essi siano scelti. E la regola attribuisce all'intenzionalità e alle volontà (naturali) di alcuni uomini membri dell'associazione il 'valore', appunto, rappresentativo dell'intera comunità. Le regole giuridiche sono, quindi, artificiali, perché sono poste, ma non sono fittizie, false, immaginate, inventate: sono reali, come sono reali tutti i fatti sociali. Solo se si naturalizza la volontà o la coscienza del popolo, solo se la si



ipostatizza come la volontà o la coscienza di un macro-antropo, si è costretti a ricorrere alla finzione. Se, invece, la volontà collettiva è costituita artificialmente come volontà di tutti dalla regola – accettata – secondo cui deliberano nell’interesse generale i rappresentanti del popolo, non vi è contrapposizione tra la volontà rappresentativa e la volontà di tutti e di ciascuno, perché la prima è l’unica forma di espressione di un volere unitario del soggetto collettivo, è l’unico modo di esistenza delle organizzazioni giuridiche. In questo senso, la normatività è artificiale. Il corpo della comunità, a differenza di quello individuo, è organizzazione giuridica e tutte le organizzazioni umane agiscono rappresentativamente⁴⁷. Il diritto deliberato, in una, è artificiale ma non è innaturale.

Né l’artificio dell’organizzazione giuridica è una forma nevrotica, arbitraria, potenza nichilista, irrelata alla materia e agli uomini che l’hanno deliberata e accettata. La normatività artificiale aggiunge le regole deliberate nel passaggio dall’individuo alle organizzazioni, sottraendo l’ordine al determinismo naturalistico, secondo il contributo del pensiero critico, ma poggia sempre su una forma di normatività naturale. Allo specchio, l’imputazione ha un fondo di causalità naturale ma è sempre anche pensiero della libertà, della possibilità e, quindi, della doverosità dei comportamenti umani e non della loro necessità naturalistica. È una ‘seconda natura’⁴⁸, un insieme di forme artificiali, variabili, che traducono impulsi, invariabili, provenienti dalla costituzione biologica degli individui, ove la forma spezza il mondo dell’immediatezza e della determinazione naturale della materia vivente. Ma la natura umana non scompare e ha le sue invarianti che limitano i diritti possibili, che sono molti ma finiti e allontanano dal relativismo delle convenzioni infinite. Così, i diritti possono essere molti, ma non tutti i diritti sono possibili: lo sono solo quelli che corrispondono ad una deontologia, che non si dà senza ontologia, al bene e al male sentiti, percepiti, qualificati, dall’uomo, unitariamente considerato come corpo e spirito⁴⁹. I contenuti del diritto, e delle Costituzioni, quindi, non sono arbitrari, infiniti: vi è connessione tra *lex* e *veritas*, come argomenta il Libro e, in tutt’altro orizzonte, il costituzionalismo. Ma la normatività e validità della Costituzione possibile è salva senza ricorrere alla natura delle cose.

⁴⁷ L’argomento è tratto da P. PINNA, *La rappresentanza fra realtà naturale e artificiale*, in *Lo Stato*, 2020, n. 14, 347 ss.; ID., *La rappresentanza democratica e aristocratica*, Piccole Conferenze, a cura di A. Vignudelli, Modena, Mucchi, 2021, 11 ss.

⁴⁸ Si riconverte l’espressione di H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. II. L’impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Bologna, Il Mulino, 2010, che, però, seguendo le linee interne al Libro, sta dalla parte dell’equità sociale, benigna, più che di quella soggettiva.

⁴⁹ Indizi sul ‘diritto impossibile’, a partire dalle ‘connessioni essenziali’ di Reinach, in F. DE VECCHI, *Strutture a priori e leggi essenziali dell’ontologia sociale e giuridica di Adolf Reinach*, in Id. (a cura di), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolph Reinach*, Milano-Udine, Mimesis, 2012, 125, perché «non possiamo inventare entità sociali e giuridiche ‘a piacere’. Vi sono infatti leggi fondanti la realtà sociale e giuridica che impongono limiti e condizioni inaggirabili al nostro agire: si tratta di leggi a priori, ovvero di leggi che non sono state create da noi, in base alla nostra libera volontà, ma che esistono indipendentemente dalla nostra volontà».



La sequenza che tutto sintetizza è la seguente: all'origine del diritto – e l'origine è questione che pertiene al diritto – vi sono sempre uomini e fatti umani concreti; le stesse norme sono volute e poste dagli uomini per i bisogni degli uomini; il diritto, fatto da uomini per gli uomini, non è indipendente dalla realtà naturale e sociale, che è sempre naturale, ma quello 'emerge' da queste con l'artificio delle regole poste e accettate da uomini in carne e ossa che vivono in società; alla fine, l'imputazione è differente ma non è irrelata alla causalità naturale.

È un po' lo stesso movimento che attraversa la linguistica che, divisa tra corpo della lingua, «invariante biologico»⁵⁰ e convenzionalità, idea, artificio, tra il biologico e il culturale, ha scoperto, contro la concezione comportamentistica e culturalista del linguaggio, le lingue impossibili. Non stupisce perché il diritto è linguaggio e il linguaggio è normativo. Ma qui non si evoca la linguistica in senso analitico, per dire, cioè, che la conoscenza del diritto è analisi del linguaggio, analisi logica. La si evoca perché anche lì, all'idea dell'autosufficienza, autoreferenzialità e originarietà della linguistica, delle lingue come combinazioni infinite, arbitrarie, culturali e convenzionali, come sistemi costruiti artificialmente, un po' alla maniera dell'idea positivista e normativista di diritto, si oppone l'idea che esistono lingue impossibili. È il medesimo parallelo tra diritto e linguaggio del Libro. Anche per le pensatrici del simbolico o della differenza – che ispirano il Libro – il linguaggio non è costruzione artificiale, scissa dalla realtà, non è regolato da una legge eteronoma, arbitraria, prescrittiva, ma è autonomo, prodotto e modificato dai parlanti. Ma lì il linguaggio è un fatto coscienziale, le cui regole, comprese le regole della grammatica, come quelle del diritto quale lingua, non sono separabili dalla loro ragione né dalla sostanza della vita. Il linguaggio è, cioè, un prodotto organico di diverse generazioni: è l'esempio di un ordine che, grazie al proprio esistere, consente la propria modificazione mediante l'uso che il parlante ne fa, che introduce un cambiamento, il quale, come l'eccezione rispetto alla regola nel caso del diritto, non è trasgressione ma contributo alla possibilità del linguaggio di assolvere alla sua funzione, che è quella di restituire, in modo sensato, l'esperienza. I risultati dello scambio sono aperti negli esiti ma l'esperienza soggettiva che parla non è senza regole, ma sta alle regole. Ne nascono le preoccupazioni nei confronti dell'artificializzazione del linguaggio, della tentazione di legiferare sulla lingua, pari ai moniti contro la legge arbitraria ed eteronoma. Qui, invece, l'argomento non è la fondazione soggettiva ed esperienziale del linguaggio, ma l'ipoteca neurobiologica. Non si sa ancora quanto e come la struttura della lingua, ovvero la sua sintassi, sia determinata dall'architettura e dal funzionamento neurobiologico del cervello. Ciò che, però, ormai pare acquisito è che le lingue naturali non siano il risultato dell'intenzionalità, di convenzioni arbitrarie o del contesto storico, sociale e culturale, ma abbiano una spiegazione naturale, biologica. L'artificio e la convenzione determinano il significato e le combinazioni tra suoni/parole e significati

⁵⁰ Dalla cui parte stava, come noto, la scienza cognitiva di Noam Chomsky: qui basti lo storico, 'mancato', dialogo con il pensiero critico di Foucault in N. CHOMSKY, M. FOUCAULT, *Della natura umana. Invariante biologico e potere politico*, Roma, DeriveApprodi, 2008.



attribuiti, ma non la struttura, il corpo, della lingua. «I «confini di Babele» esistono e sono tracciati nella nostra carne, nella struttura neurofisiologica e neuroanatomica del nostro cervello»⁵¹. Ne deriva, però, proprio come nel Libro, la messa in questione della tesi che la realtà si conosce solo attraverso il filtro linguistico e che a lingue differenti corrispondono differenti realtà, alla ricerca di corrispondenza ontologica tra le parole e le cose.

Ma – in direzione per certi versi contraria al Libro – l'esistenza di una sotto-struttura biologica del linguaggio, che è il primo fatto istituzionale, è coerente con l'ontologia sociale che è la traduzione della normatività naturale dell'individuo nella dimensione comunitaria: e l'ontologia sociale spezza – in modo diverso dalla fondazione soggettiva del diritto – il dualismo tra fatti e valori e fonda – seppure non esaurisce – tutti i fatti istituzionali, quale è il diritto, la pratica sociale del diritto, su un sostrato materiale, fisico o biologico, non costruito socialmente come forma di funzione di *status*, su cui agisce l'intenzionalità collettiva, che qualifica, attribuisce qualità, valore e, quindi, normatività a fatti bruti⁵². È artificiale, perché è la qualificazione di un fatto, con quel tanto di astrazione, simbolismo e dematerializzazione che implica. Ma per il diritto non scompaiono le cose della vita reale, naturale o sociale che sia, che sono appunto *res iuris*, e non diventano puro artefatto umano. Nel mondo del diritto, infatti, gli eventi, i fatti, le cose, esistono come sostrato materiale ma non (pre)esistono giuridicamente se non sono nominati, codificati, tradotti, qualificati. L'artificialismo non è, dunque, incompatibile con l'unità o, per lo meno, la contiguità tra fatti e norme: alla base materiale, al fatto bruto si aggiunge, stratificandosi, la componente normativa creata socialmente, ma la qualificazione è sempre qualità, *nomen*, di qualcosa che preesiste nel mondo reale. Il dover essere è distinto e diverso dall'essere, ma – Kelsen sarebbe in disaccordo – non c'è dover essere senza essere. Nei termini ontologici di cui abbiamo già discusso, contro il dualismo tra mente e corpo o contro il monismo idealistico e, all'opposto, materialistico, la mente è già sempre corpo e l'elemento fisico, neurobiologico, è il sostrato causale di quello mentale. La carne è essa stessa *lógos*. Il cervello 'causa' la mente e il mentale esiste, l'ideale è reale. Senza arrivare all'empirismo radicale à la James, ove – come già detto – i pensieri sono fatti della stessa sostanza di cui sono fatte le cose, tra gli uni e le altre non vi è alcun «abisso metafisico»⁵³.

Per il diritto, però, non c'è la forma e la realtà, perché la forma è reale e non finta e la realtà del diritto è la messa in forma della vita, la sua organizzazione, qualificazione e

⁵¹ A. MORO, *Breve storia del verbo essere*, Milano, Adelphi, 2010, 267.

⁵² Contro l'inderivabilità della *res cogitans* dalla *res extensa*, dello spirito dalla materia, secondo il naturalismo biologico della filosofia della mente di J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, Einaudi, 2006; ID., *La mente*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2002 e ID., *Il mistero della coscienza*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2004.

⁵³ J.R. SEARLE, *La mente*, cit., 105.



classificazione⁵⁴. Il diritto è reale perché non è mai il fatto: se lo fosse non si darebbe come diritto. Non è né pura idea né pura materia, né forma perfetta, compiuta, né vita informe, né ragion pura né ragion pratica. Ma non si deve scegliere tra sostanza e forma: negli uomini e nei fatti degli uomini non vi è separazione tra ordine fisico e ordine della ragione, perché il primo è conosciuto dal e per il secondo ma questo è condizionato, se non ipotecato, da quello. Non vi è opposizione tra formalismo e realismo. Per questo non si sa mai se Kelsen o altri fossero formalisti e/o realisti: perché il diritto è sempre la qualità di un fatto. La vita del diritto, la sua realtà, è una materia costruita, qualificata, codificata.

Ma l'ontologia sociale resta più realista che nominalista, seppure di un realismo differente da quello classico accolto nel Libro.

9. Il diritto pubblico e il diritto privato

In ogni caso, la fondazione soggettiva del diritto nell'essere morale dell'uomo, argomentata nel Libro attingendo ad una lettura soggettiva e sostanzialista del diritto romano e al vichismo giuridico, al pari della normatività naturale e artificiale del diritto qui messa in dialogo con quella, sono prospettive di teoria generale del diritto e di teoria della Costituzione. La questione metodologica che pongono è, quindi, la loro compatibilità con l'oggetto quando l'oggetto è la Costituzione positiva.

Va preliminarmente escluso che il problema dell'interpretazione del diritto costituzionale secondo le *regulae iuris* della tradizione dell'equità soggettiva, dunque, dell'interpretazione di un diritto pubblico con le categorie del diritto privato, sia la dicotomia disciplinare tra diritto pubblico e diritto privato.

In linea generale, il diritto pubblico non è irrelato al diritto privato, ma, soprattutto, la relazione non è una antitesi o una dicotomia⁵⁵. Quello è nato da questo, come la comunità organizzata, il corpo collettivo, da un insieme di individui, quindi non sono co-originari. Fin dal diritto greco, poi, le due sfere del *δήμιον* e dell'*ίδιον*, seppure distinte, possono convivere nello stesso individuo: nel *βασιλεύς* è *ίδιον* ciò che attiene all'*οἶκος*, è pubblico ciò che attiene alla *πόλις*. La distinzione non corre, però, tra polo della libertà e dell'autorità: anzi la gestione degli interessi privati è molto più autoritaria di quella degli interessi pubblici, tanto che il capo dell'*οἶκος* è definito *οἶκοιο ἄναξ*⁵⁶. Piuttosto, il diritto pubblico ha regole diverse, perché –

⁵⁴ R. BIN, *Orlando reloaded?* in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, Milano, FrancoAngeli, 2020, 396 ss.

⁵⁵ La prospettiva di una rinnovata unità del giuridico, in nome di «principi di diritto comune», la cui elaborazione compete al formante giurisprudenziale e dottrinale, è, di recente, in B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 2020, *passim* e spec. pos. 239, al quale non può qui che rinviarsi.

⁵⁶ E. CANTARELLA, *Diritto greco. Appunti delle lezioni*, Milano, Unicopli, 2012, 123 ss. e spec. 127.



come abbiamo visto – l'uomo, con la sua volontà e il suo giudizio, con la sua unità di corpo e mente, esiste in natura, laddove le collettività, le organizzazioni umane, come lo Stato, sono artificiali, sono costituite dal diritto. Il diritto pubblico è simbolico, rappresentativo, rinvia sempre a qualcosa che trascende il particolare, l'individuo, come l'ideale, normativa, volontà generale trascende le esistenti volontà particolari. Non si intende dire certo che la distinzione tra diritto pubblico e privato poggia sulla antitesi tra interesse collettivo e interesse individuale⁵⁷, che non si dà in natura e che segue e non precede le norme che si vorrebbero di diritto pubblico o privato: la qualificazione di diritto dei fatti è dentro e non fuori dell'ordinamento. Piuttosto si intende dire che tra pubblico e privato corre un po' quell'equilibrio instabile che nella ragione politica moderna lega e divide, nell'uomo alienato, scisso, il concreto all'astratto, il contingente all'ordine, l'utile particolaristico della soggettività all'ordine artificiale dell'universale, l'essere presente al dover essere assente. Ma «propriamente, vi sono soltanto interessi individuali»: Kelsen ammette che, al fondo, per qualunque norma giuridica anche del diritto pubblico «può essere determinato l'uomo individuale che è interessato a questa norma giuridica»⁵⁸. Per Kelsen non significa ovviamente che c'è una sostanza che spieghi il diritto e lo ponga, ma che quando l'ordinamento si appropria di quell'interesse individuale la sua protezione diventa norma e le regole di 'appropriazione' sono quelle dell'organizzazione umana che delibera il diritto valido. Insomma, da un lato, anche il diritto privato è prodotto dalla legge e non (solo) dal contratto. Dall'altro, a rovescio, «il fatto del superiore comando di diritto pubblico non è diverso dal fatto del negozio giuridico di diritto privato»⁵⁹ se valutato rispetto agli uomini. Quindi, non vi è una differenza *essenziale* tra diritto pubblico e privato, perché, a prescindere dalla materia, la forma è sempre l'artificio della deliberazione statutale ovvero legislativa, ma la ragione, la 'causa', del diritto, è sempre l'uomo. È, allora, sensato che la normatività artificiale venga dopo quella naturale e che il metodo per conoscerle sia, grossomodo, il medesimo. Converge, inaspettatamente, con l'idea del Libro di una certa antecedenza logica del diritto privato rispetto a quello pubblico o, comunque, dell'apertura della cultura costituzionale alla scienza del diritto privato, all'interpretazione dei principi costituzionali secondo i principi generali del diritto.

Non significa, però, l'indistinzione tra diritto privato e pubblico nel senso del diritto comune.

10. La Costituzione 'posta'

Nel diritto costituzionale positivo, infatti, il problema è se ciò che 'vale', che è vero e valido, supponiamo, per il diritto romano e per il diritto comune possa valere per la Costituzione

⁵⁷ Basta a convincere che non è così H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1924, 341-2.

⁵⁸ *Ibid.*, 341.

⁵⁹ *Ibid.*, 347.



‘posta’ da un potere costituente del popolo e per il diritto legislativo derivato. È una questione di metodo.

Il metodo della scienza del diritto costituzionale positivo non dipende da un concetto (o, nell’ambito di un concetto, da una concezione) di diritto e di Costituzione. Non è trattare del metodo speculativamente, dedurre un metodo da un sistema filosofico o da un modello di scienza piuttosto che da un altro. Ma i mezzi dipendono dal contenuto. E, se il contenuto è il diritto positivo, il suo fondamento di validità indica la direzione della relazione tra metodo e oggetto: l’oggetto non è (in questo caso non deve essere, pena la compromissione del fondamento di validità del diritto posto) prodotto dal pensiero, dal metodo, in senso neokantiano o deciso dal soggetto conoscente in senso ermeneutico, ma quello condiziona questo o, comunque, il metodo non è indifferente all’oggetto⁶⁰. Più precisamente, l’oggetto determina il metodo che deve essere non solo vero, ma vero e valido. E se non è valido non è neppure vero. Anzi, quando il diritto è ‘posto’ e non ‘trovato’, rinvenuto, si disgiunge in qualche modo dalla assolutezza della verità e solleva un problema relativo di validità, mediante norme che stanno dentro il ‘sistema’ e non fuori. La legittimazione del metodo del diritto positivo non può, cioè, che provenire dal principio di validità del diritto positivo e non dalla verità degli argomenti di una teoria generale piuttosto che di un’altra. Detto diversamente, la Costituzione scritta, auto-fondante, deliberata intenzionalmente da una assemblea rappresentativa del popolo e modificabile solo con una forma predeterminata (e non dalla vita, dalla coscienza individuale o sociale o dallo spirito dei tempi), condiziona il metodo di conoscenza e comprensione del diritto posto, pena l’infondatezza del metodo nell’ordinamento positivo⁶¹. Il metodo del diritto costituzionale vigente, cioè, non è libero, perché è ipotecato dalla decisione che fonda quel diritto positivo. Certo, il rapporto tra oggetto e metodo è sempre un po’ bidirezionale, come la relazione tra corpo e spirito, cervello e mente: il processo conoscitivo non è mai l’analisi di un dato iniziale, ma l’analisi del passaggio da un oggetto (più o meno) indeterminato a uno (più o meno) determinato, attraverso un processo di sintesi che non giunge mai a compimento. E può essere che la dogmatica giuridica, intesa come cultura giuridica socialmente riconosciuta e accettata, costituisca in un qualche misura il suo oggetto, che, quindi, non è propriamente tale. Ma il metodo nella conoscenza del diritto positivo pertiene, comunque, a qualcosa che ha una esistenza e consistenza propria. Così, chi conosce il diritto costituzionale positivo, misero o opulento che sia, e non quello ideale, non deve essere

⁶⁰ Si dirà, seguendo le ripartizioni del Libro, che è positivismo metodologico. È vero.

⁶¹ Si dirà, seguendo il Libro, che è il neopositivismo che cerca il carattere essenziale della scienza non nella sua verità ma nella sua validità, cioè nella sua idoneità, muovendo da determinati principi, non assolutamente certi, ma convenzionalmente posti, a trarre mediante un uso meramente strumentale della ragione tutte le conseguenze che da tali principi derivano secondo una logica rigorosamente coerente. Può essere. Ma, al di là delle etichette, non si saprebbe come fondare scientificamente la legittimazione del metodo del diritto costituzionale positivo se non attingendo allo stesso fondamento di validità del diritto positivo.



autonomamente né normativista, formalista o altro, né realista, interpretativo, casuista, scettico o altro: deve essere ciò che il diritto da conoscere prescrive, se no non partecipa validamente di quella comunità di discorso. Non ne deriva, affatto, la liquidazione dei concetti giuridici⁶², che soli consentono una ‘visione’ del diritto posto, che si fa sempre a partire da ‘idee’, ma la selezione dei concetti giuridici compatibili con il diritto costituzionale positivo. Il giurista è sempre sulla barra, indecidibile, dentro/fuori⁶³. Non è, neppure, legittimazione dell’esistente, che la scienza costituzionale ordina e critica rispetto al parametro positivo e, in quella misura, quella connaturata alla neokantiana produttività del pensiero, produce un po’ il proprio oggetto, restando, però, ferma la distinzione tra le affermazioni descrittive e quelle prescrittive. Senza, cioè, divenire politica del diritto⁶⁴, non è solo constatazione e accertamento di ciò che gli operatori giuridici realmente fanno, ma giudizio, valutazione, se ciò che fanno – in particolare ciò che il legislatore delibera e ciò che i giudici decidono – sia giusto o sbagliato, corretto o scorretto, rispetto al diritto valido, ovvero al parametro costituzionale e legislativo. Tutto questo non risolve certo il problema della validità del fondamento di validità, ovvero della validità della Costituzione, che interessa, però, la teoria generale della Costituzione. La validità, infatti, a rigore, non è mai intrinseca al diritto posto, perché ne è un attributo, una qualità, un giudizio di valore, che dipende dal suo riconoscimento che, quindi, può anche mancare. A questo specifico problema rispondono la *Grundnorm*, la *rule of recognition* e così via. Ma se c’è una Costituzione scritta, posta, vigente ed efficace, lo studioso di quel diritto costituzionale positivo deve, in un certo qual modo, presupporre la validità e considerare il testo costituzionale la norma ultima di riconoscimento della validità delle norme, in un fondamento di validità del diritto positivo. Non è detto che nella pratica sociale si dia sempre perfetta coincidenza tra la Costituzione scritta e la regola definitiva di riconoscimento del diritto valido. È, però, detto che la medesima norma di riconoscimento non possa fondare la validità della Costituzione scritta, del documento costituzionale e delle sue applicazioni e, al contempo, di contenuti differenti rispetto a quelli recati dalla fonte costituzionale. Se si presuppone valido l’uno sono invalidi gli altri e viceversa.

Il diritto costituzionale positivo pone, allora, all’interpretazione secondo equità delle *regulae iuris* la questione metodologica della sua compatibilità con il principio di validità di una Costituzione posta nella forma di legge scritta.

⁶² E, metodologicamente, per la corretta concettualizzazione giuridica basti P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, spec. 4 ss.

⁶³ Si deve la sollecitazione all’intervento di Fulvio Cortese, in occasione della presentazione del Libro qui in commento, tenutasi all’Università degli studi di Trento il 30.11.2023, ma dal medesimo già anticipata in occasione del Convegno Cesifin, 10 ottobre 2023, per la celebrazione della Rivista *Lo Stato, XX volumi per il X genetliaco*, cit..

⁶⁴ E diviene politica del diritto se la critica entra nello spazio dell’indifferenza giuridica secondo il diritto costituzionale positivo.



Il Libro, contro quella che definisce la confusione normativistica tra le norme sulle fonti e la norma di riconoscimento del diritto, ricerca criteri di riconoscimento delle norme sulle fonti. L'esito è che la regola fondamentale di riconoscimento del diritto valido, delle norme sulla produzione delle fonti e, per esse, della Costituzione scritta è l'equità. Il fondamento di validità del diritto positivo è, dunque, la *ratio naturalis*: vi è una giuridicità innata delle cose che precede la legge scritta e, se si porta l'argomento alle logiche conseguenze, ne costituisce parametro di validità. Significa che la norma ultima di riconoscimento del diritto non coincide con la Costituzione scritta. Significa che non vi è propriamente un inizio, un'origine voluta, deliberata, dagli uomini. La natura delle cose è sempre e per sempre la stessa: l'auto-regolazione emancipa dal problema della fondazione. È piuttosto una Costituzione governata dalla memoria, dalla conservazione, tratta dalla storia come unità dell'esperienza giuridica come esperienza scaturente dall'uomo, anziché dal sistema, contro l'idea del compimento della storia: il tempo non è rottura, ma costanza, continuità, durata, ritorno, tradizione. Il canone che prescrive è la prudenza. Così le *regulae iuris*, manifestazioni di equità naturale e, quindi, dell'essenza del diritto, sono ricognitivo-dichiarative e non costitutive. Sembra seguire una svalutazione del diritto legislativo scritto, perché, se la norma di riconoscimento, il fondamento del diritto, è l'equità, la moralità innata dell'uomo viene prima della legge scritta che la dice, dunque, derivata e contingente e non originaria. Non conta la deliberazione comunitaria fondata sulla regola di maggioranza: anzi, il probabile ha valenza qualitativa e non quantitativa, ove la quantità è dell'ordine del calcolo, dello strumentalismo. Previene l'obiezione di assecondare un'interpretazione costituzionale passatista, conservatrice, naturalista e individualista. L'interpretazione della Costituzione secondo la tradizione delle *regulae iuris* come principi costitutivi del diritto avrebbe, infatti, tutto al contrario, una portata sovversiva, perché la realtà intesa alla maniera classica implica l'alterità, la realtà dell'altro, il carattere politico di atteggiamenti interiori e il concorso delle operazioni della coscienza alla costruzione della realtà, la convinzione dell'esistenza di una corrispondenza tra le parole e le cose, tra il linguaggio e la realtà, che non è solo materialità, ma anche trascendenza nel senso della *vis veri*.

La questione di metodo che il Libro implica è se l'idea di un diritto della natura delle cose, di un ordine dell'essere, secondo le categorie della scolastica, con l'adeguazione delle cose e dell'intelletto, ove le cose hanno in sé la loro misura e il loro ordinamento, che precede il diritto scritto, sia coerente o almeno compatibile con la vigenza di una Costituzione prodotta nella forma scritta di deliberazione legislativa del potere costituente del popolo e con una storia 'spezzata'. Non si tratta speculativamente della dottrina della natura delle cose e affini, ovvero se violi la legge di Hume o se, al contrario, edifichi meritoriamente un ponte tra essere e dover essere. Il punto è porsi dogmaticamente la domanda se sia accettabile un diritto innato, ricognitivo e non prospettivo, con le concatenazioni che ne derivano nella teoria delle fonti, dell'interpretazione e così via, in un ordinamento il cui fondamento di validità è il 'valore' di



legge, la Costituzione deliberata come forma rappresentativa del popolo. E il problema non è se la fondazione soggettiva del diritto sia conservatrice o rivoluzionaria a cospetto della realtà o se lo sia svegliarsi dall'‘incantesimo’ della ragione moderna, ma se sia metodologicamente ammissibile trarre dalla realtà delle cose e dalla coscienza che la interpreta le ragioni di dissenso e, quindi, di sindacato di validità o i criteri di interpretazione del diritto costituzionale posto.

La questione ruota attorno al problema dell'origine, e, a catena, della scrittura della Costituzione.

Parto dall'inizio costituente. La Costituzione/legge della dottrina del potere costituente è un artificio⁶⁵, che pertiene alla natura delle organizzazioni umane e come tale è incompatibile con una fondazione e spiegazione ‘innata’ del diritto.

Precisamente, la Costituzione è (se non esclusivamente) forma scritta di legge: è la deliberazione legislativa intenzionale e consapevole di un potere costituente del popolo e questo popolo è ‘originario’, perché i suoi rappresentanti riuniti deliberano la Costituzione (e la regola della legge dell'art. 70) che costituisce quel medesimo popolo. È un inizio, un cominciamento, una fondazione aperta sul futuro e non sul passato. È costruttivismo di ciò che prima non c'era: è diritto del diritto e non fatto del diritto, è diritto *posto* e non *trovato*. Quindi è dover-essere, destinazione, prescrizione e non essere, esecuzione, realizzazione. È forma costitutiva e non regola ricognitiva, narrativa. Il diritto legislativo da essa derivato è, nella medesima forma prescritta dall'art. 70 della Costituzione, deliberato dai rappresentanti eletti dal popolo sovrano: è il prolungamento dentro l'ordine della forma costitutiva originaria. Può essere un po' mito, come tutte le fondazioni⁶⁶ e può non essere una rivoluzione. Ma di certo è una violazione dell'ordine precedente. La forma legislativa è segno, infatti, del potere costituente costruttivista, il *pouvoir constituant* di Sieyes, il disegno e l'ordine del Grande legislatore, che fonda e stabilizza la validità normativa della Costituzione. Pianifica e costruisce, non ha storia, ma ha, ‘fa’, futuro e rifugge dallo spontaneismo, dal determinismo naturalistico e dall'evoluzionismo della natura e della storia, propri del movimento controrivoluzionario della Costituzione che esiste già da sempre. Può essere, poi, che quell'inizio, puro dover essere, si converta, si sostantivizzi e si ontologizzi in un dato di natura, in un essere, anzi nell'«Essere supremo»⁶⁷ e nella mitologia della ‘pienezza dei tempi’, per stabilizzare la rivoluzione come ordine naturale (e non artificiale) che va custodito e protetto. Ciò che qui rileva è, però, che, rivoluzione o meno, essere supremo o meno, non è il modello costituente omeostatico e minimalista à la Constant, ove le Costituzioni si fanno raramente per volontà degli uomini, ma

⁶⁵ C. SCHMITT, *Sul Leviatano*, Bologna, Il Mulino, 2011, 70 e 107, deriva, non a caso, criticamente dalla concezione hobbesiana dello Stato come «homo artificialis», ove l'artificio, che li è finzione, si identifica con l'ordine, «la tecnicizzazione e la neutralizzazione del diritto in legge e della Costituzione in legge costituzionale».

⁶⁶ E. CANTARELLA, *I miti di fondazione*, Roma-Bari, Laterza, ed. dig. 2013.

⁶⁷ H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, Torino, Einaudi, 2009, 211.



sono fatte nel e dal tempo. Men che meno è Costituzione *à la* Hegel, secondo cui nessuno fa la Costituzione perché essa è il prodotto del divenire cosciente nella storia dello spirito del popolo e proprio questa storicità del progredire dà alla Costituzione la forma di un'autorità superiore. Non è la Costituzione della filosofia della storia, tesa a scoprire progetti oggettivi e preterintenzionali. Tutto al contrario, il popolo che stabilisce e scrive una Costituzione è il medesimo popolo del contratto sociale come ideale regolativo normativo, come rasoio critico nei confronti dell'ordine esistente e come artificio costitutivo di un ordine nuovo: non ordina ciò che già esiste ma lo costituisce. Detto meglio, «affermare che la società umana risulta da un contratto, equivale in effetti a dichiarare propriamente *umana* e *artificiale* l'origine di qualsiasi istituzione sociale; vale a dire che la società non è il frutto di un'istituzione *divina* né di un ordine *naturale*. Significa dunque innanzi tutto rigettare un'idea antica del fondamento dell'ordine sociale e proporre una nuova»⁶⁸. Laddove non vi è una socievolezza naturale dell'uomo, l'ordine sociale non è mai una proiezione necessitata di quello naturale, ma poggia su un vuoto, che è, però, un pieno di vuoto, produttivo di possibilità rispetto all'ordine costituito.

Tutto porta a dire che la Costituzione del potere costituente del popolo fonda la propria validità su una forma/norma costitutiva e non sull'economia descrittiva propria della natura delle cose. Non è legge di natura proprio perché non segue un ordine delle cose già da sempre esistente: non dispone ciò che la cosa già è, ciò che è realizzato e compiuto, ma fa deliberatamente sussistere la cosa, separata e divelta dall'ordine di natura o di ragione. Non è tradizione e, quindi, non è prudenza⁶⁹. Non è legge divina, che rivela verità eterne e non prescrive. È, invece, *deliberazione* perché non riguarda «il passato o l'impossibile»: alla lettera, infatti, «si chiama *deliberazione* in quanto è un fissare uno scopo alla *libertà* di fare o di non fare che avevamo sulla base del nostro appetito o della nostra avversione»⁷⁰. È legge prima di essere osservata: anzi è legge perché *deve esserlo*. È legge senza doverlo essere: è voluta, quindi è discutibile, giudicabile e rivedibile e non trovata, eterna e ineluttabile, ossia è libertà e non necessità. L'uomo della dottrina del potere costituente del popolo è, allora, l'«uomo *artifex*», progettista politico e nomoteta di una comunità, che si autolegittima e autofonda, contro o senza l'ordine naturale⁷¹.

Non è, però, detto che il costruttivismo, l'artificio e la convenzionalità della Costituzione deliberata sia arbitrarietà e nichilismo. Innanzitutto, arbitrarietà e convenzionalità non sono proprietà necessariamente associate: l'arbitrarietà potrebbe derivare non già dalla

⁶⁸ L. ALTHUSSER, *Montesquieu. La politica e la storia*, Roma, Manifestolibri, 1995, 59-60.

⁶⁹ È C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Il Mulino, 2009, 95 ss., che, contro la tradizione nella fondazione e nella interpretazione delle Costituzioni, nota come la tradizione porti alla virtù 'limitata' della prudenza e poco altro.

⁷⁰ T. HOBBS, *Leviatano*, cura di R. Santi, Milano, Bompiani, cap. VI, 50, 99-101.

⁷¹ M. LUCIANI, *Paolo Grossi, la Costituzione e le due legalità*, in [Quaderni fiorentini](#), 2023, vol. 52, t. I, 1000.



convenzione, ma dal caso fortuito e dalla natura delle cose. Al pari, potrebbe apparire arbitrario il principio di tradizione, secondo cui si deve fare così perché si è sempre fatto così. In ogni caso, non è un *fiat lux*, un assoluto, una decisione infondata e abissale.

Da un lato, non si può dare alcun Inizio che non sia già da sempre istituito, condizionato, perché, come l'immunizzazione dai dualismi ha insegnato, l'ordine è immanente al disordine, esattamente come lo stato civile è immanente allo stato di natura. Non esiste alcuna origine assoluta, perché la violazione dell'ordine precedente si costituisce, per opposizione, a quell'ordine: non si darebbe quel (nuovo) inizio senza l'ordine costituito precedente⁷². Ogni fondazione, ogni cominciamento, è, invero, una trasformazione, che presuppone una forma, si muove in un pieno di diritto. È logico. Quando gli uomini si appropriano del loro destino e costruiscono il potere con la ragione non può esserci un inizio assoluto che presuppone sempre un *deus ex machina*. Quella comunità deve essere costituita con un primo atto deliberato dagli uomini, ma per ciò stesso una qualche forma, una qualche strutturazione sociale deve preesistere affinché possa deliberarsi l'inizio. Ha una spiegazione in termini biologici, di natura umana: la nascita degli uomini, escluso il problema del primo uomo, non presuppone la creazione *ex nihilo*. La storicità dell'uomo è da sempre formata, è fatta di mediazioni, di sedimentazioni, di stratificazioni, che disperdono il suo (non) Inizio «in mezzo alla durata delle cose»⁷³: è «sempre sullo sfondo di un già iniziato che l'uomo può pensare ciò che vale per lui come origine»⁷⁴. È ancora più vero in un inizio in forma rappresentativa, piena di mediazioni⁷⁵, dove non c'è un passaggio dal nulla all'essere, ma – per continuare la metafora teologica – un artefatto, un *facere de materia* o creazione *ex aliquo*, ovvero, secolarizzando, strutturazione, condizionamenti e limitazioni. Se, infatti, la Costituzione è una deliberazione dei rappresentanti del popolo, la rappresentanza è il presupposto e, nello stesso tempo, l'oggetto, il prodotto, della deliberazione costituente. Ma per ciò stesso, poiché rappresentativo, il potere

⁷² Ricorrendo alla verità dei poeti, l'«artefice», colui che «non aveva mai indugiato nei piaceri della memoria», deve, però, forse rinnegare l'obbligo di essere 'originale' ad oltranza: il virgolettato è tratto da J.L. BORGES, *L'artefice*, Milano, Adelphi eBook, ed. dig. 2016, pos. 6, da cui T. SCARANO, *Ulisse a Itaca*, *ibid.*, pos. 189 ss., trae la conclusione radicale dell'impossibilità o velleitarietà della rottura, della rivoluzione, perché per Borges «l'unica autentica modalità creativa consiste nel riutilizzare e nel riscrivere quanto è già stato scritto, poiché l'intera potenzialità dell'immaginazione letteraria è ormai tutta esplorata e realizzata», cosicché «all'artefice non resta che rinunciare a pretese inventive e praticare un'arte del già detto, una riscrittura di infinite riscritture che è sola garanzia di reale originalità». Ma l'uomo della Rivoluzione deve sperimentare una scrittura che spezzi le catene delle scritture precedenti, salvo poi la disillusione di accorgersi che anche la sua scrittura non è altro che una riscrittura.

⁷³ M. FOUCAULT, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, Milano, Rizzoli, 1967, 357.

⁷⁴ *Ibid.*, 355.

⁷⁵ La artificialità della rappresentanza dell'unità del corpo politico è articolata in M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in *Democrazia e diritto*, 2014, n. 2, 14; ID., *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, Il Mulino, 2015, 273-4.



costituente è sempre ordinato e strutturato: crea diritto giuridicamente, meglio normativamente. La deliberazione, la «dettatura»⁷⁶, della Costituzione è tutt'uno con l'organizzazione del potere costituente, è una competenza, quindi è potenza limitata, organizzata e non informe. Per la medesima ragione il popolo del potere costituente è già popolo costituito-limitato. E la formalizzazione del potere costituente, la sua oggettivazione in una forma di legge, è l'antidoto al potere costituente soggettivistico, irrazionalistico, illimitato, senza temere il popolo del potere costituente e senza preferire i 'custodi' – come non li preferisce il Libro -, ma, al contempo, senza opporre limiti tratti, per l'appunto, da una fantasmatica legge di storia o di natura. È un inizio positivamente fondato. Il documento costituzionale vigente è, infatti, deliberazione di un'Assemblea rappresentativa, costituita e regolata dal diritto quale legislatore. È legge valida perché è approvata nella forma pre-stabilita dalle regole di produzione che la precedono. È, però, Costituzione perché è e, a sua volta, pone una nuova forma di legge, di ciò che costituisce l'unità politica del popolo in violazione della precedente. È un inizio costituente ma già costituito, quindi, un non Inizio. Allo stesso modo, anche il popolo rappresentato nell'Assemblea costituente, il primo popolo sovrano, quello che sta prima della Costituzione, del popolo a venire dell'art. 1, è energia politica, ma non è né un'idea né una moltitudine informe, abissale e nichilistica. Il popolo costituente preesiste alla rappresentazione, esiste e vuole come esistono e vogliono gli uomini in carne ed ossa, ma viene colto nella sua forma, messo in forma, con l'artificio della rappresentazione e delle regole. Il popolo, cioè, delibera rappresentativamente la Costituzione che lo forma, lo costituisce, quindi è già da sempre rappresentato. Insomma, preesiste come soggetto concreto, reale, almeno socio-economico, seppure la sua unità politica o, in ogni caso, la specie e la forma di quell'unità non esistono in natura.

Dall'altro, tra l'origine e la meta, tra il costituente e il costituito, tra la creazione e la conservazione, vi è una doppia dipendenza costitutiva. Non solo l'inizio è già forma costituita, ordinata, ma quella forma, che costituisce l'inizio, è il principio che si ripete dentro l'ordine, nel popolo dell'art. 1 e nella forma di legge dell'art. 70, che derivano da quell'inizio e appartengono all'ordine che pone. Il potere costituente ha un passato, ma ha anche un futuro, perché l'origine dell'ordine si conserva dentro l'ordine costituito. Usa il tempo passato per violarlo, ma crea il tempo futuro per rispettarlo. Ma allora l'inizio costituente, che porta in sé il proprio principio, è esattamente la soluzione all'arbitrarietà intrinseca, al nichilismo, delle «cose prime» che non richiede, per fondarne la validità, di attingere all'assoluto⁷⁷.

⁷⁶ Profittando di C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, Laterza, 1975, 152.

⁷⁷ H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, cit., 245.



Può allora dirsi, come dice il Libro, che la legge della modernità è *lex statuens*⁷⁸ e non *indicans*, ossia una legge che parla il linguaggio del dover essere e non dell'essere, a cui la ragione dovrebbe, esistenzialisticamente, aprirsi e prestare ascolto. Ma non significa che sia per questo un diritto arbitrario, abissale, non dimostrativo del diritto valido. Quindi, potrebbe non essere una buona ragione a sostegno della validità, eterna, del diritto che emerge dalla natura delle cose e dalla tradizione e contro la validità del diritto voluto.

L'artificio dell'origine, la natura artificiale della legge posta, è tutt'uno – e siamo alla seconda prova di tenuta dell'interpretazione del diritto costituzionale positivo secondo le *regulae iuris* – con la scrittura della Costituzione. È, infatti, la fissazione per iscritto che porta a considerare la Costituzione come una legge⁷⁹, nello specifico senso di atto posto intenzionalmente e deliberatamente da un'autorità legislativa contro la tradizione e la conservazione, che è oralità. Se la legge è scritta e non orale, infatti, c'è un accentrimento della sua deliberazione, un autore contro la corallità, contro quell'opera collettiva, comunitaria e continuativa che è l'oralità. Implica la costituzione di un legislatore, che è un atto rivoluzionario, proprio come è stato rivoluzionario, rispetto al mondo antico, fare di Dio il legislatore⁸⁰ e che, nella città degli uomini, non può che essere il rappresentante della comunità. In questo modo, nella Costituzione scritta il valore di legge si lega con la regola costitutiva della stessa comunità⁸¹. Significa che la Costituzione scritta è voluta e non 'evoluta' o rivelata. È scrittura, coscienza, costruzione artificiale e mutamento, e non oralità, spontaneità, natura e tradizione.

È coerente che, dopo le rivoluzioni del 700, il 'fare' una Costituzione/legge, il gesto di scrivere un documento che è una legge, è l'atto propriamente rivoluzionario di una comunità politica che, in forma rappresentativa, decide liberamente il proprio destino secondo un progetto consapevole e un piano razionale. «Rivoluzione da una parte e costituzione e fondazione dall'altra sono congiunzioni correlative»⁸². Quella scrittura, accertabile, «visibile»,

⁷⁸ Somiglia un po' a L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, 57, che, a proposito della Costituzione come fondazione etica dell'ordinamento, discorre di *iustitia normans* contro lo *ius normatum*.

⁷⁹ Lo prova che, nella dottrina costituzionalistica, la critica della 'riduzione' della Costituzione a legge è tutt'uno con la svalutazione della scrittura, del testo posto.

⁸⁰ J. ASSMANN, *Non avrai altro Dio. Il monoteismo e il linguaggio della violenza*, Bologna, Il Mulino, 2007, 78-79.

⁸¹ Il nesso tra forma scritta e costituzione di un legislatore lo si deve al Prof. Pietro Pinna, che ha articolato l'idea della Costituzione come «regola costitutiva del popolo» in P. PINNA, *La realtà rappresentativa delle organizzazioni umane*, in *Archivio Giuridico Sassarese, Liber amicorum per Mario Segni. I rapporti privati nella società civile*, t. III, vol. XVI, 2021, n. 1, 346 ss.

⁸² H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, cit., 136, che, però, limita l'identificazione dell'atto di fondazione con la formulazione di una Costituzione al caso della rivoluzione americana, laddove, per contro, quella francese produsse una valanga di Costituzioni, tanti pezzi di carta, a tal punto che costituzione divenne sinonimo di «mancanza di realtà e spirito realistico e [a] un eccesso di legalismo e formalismo» (*ibid.*). La verità del giudizio della Arendt dipende dal concetto di fondazione da cui si muove e dall'interpretazione delle Costituzioni



«misurabile»⁸³, costituisce un nuovo ordine⁸⁴. La deliberazione in forma scritta di una Costituzione da parte del popolo riunito in assemblea è, infatti, costruzione, normatività, astrazione, mutamento e cominciamento e non immobilità, ricognizione, natura, tradizione, constatazione, concretezza, ripetizione e conservazione⁸⁵. È sì artificio, disciplinamento e ordine della società, ma non già in opposizione all'uomo naturale, bensì alla predeterminazione dell'ordine feudale, alle appartenenze necessarie, date *a priori* e naturalmente gerarchiche, della strutturazione sociale del mondo cetuale antico e medio. La sequenza che tutto sintetizza è la seguente: la Costituzione/legge stabilita, deliberata dagli uomini che costituiscono una determinata comunità politica, è scrittura e la scrittura è artificio e mutamento. Sta dalla parte del dover essere.

Ma, poiché il dover essere non si dà senza essere, l'artificio senza la natura, la scrittura della Costituzione non implica logicamente la svalutazione della vita, dell'esperienza, dell'applicazione e, dunque, la sclerotizzazione della Costituzione scritta. Con un po' di approssimazione, se la scrittura è riflessiva e distanziatrice, se non è fissità, la Costituzione non è solo la Costituzione scritta ma, proprio perché scritta, è anche la Costituzione 'vivente'⁸⁶, perché/purché inclusa in quella scritta. La vita della Costituzione è precisamente la sua scrittura. Se il fine 'naturale' della *Written Constitution*, e, con essa, dell'origine non è, secondo l'argomento del Giudice Scalia⁸⁷, quello di impedire il cambiamento e fissarne i contenuti al tempo dell'Inizio, la giuridicità del documento costituzionale scritto non esclude di per sé quella della Costituzione vivente, 'vissuta'. Non prescrive, però, l'obliterazione della *carta* costituzionale in nome della vita e dell'esperienza o del pretesto, dell'extra-testo e del contesto. La carta, proprio perché scritta, incisa, è solidale con il suo supporto, con l'entità materiale, con il documento che la reca e che viene prima di ciò che di essa viene detto, prima delle interpretazioni. La carta è più fragile, più precaria, della pietra e della pelle della

rivoluzionarie francesi che, forse, non furono solo pezzi di carta. E, comunque, la carta ha una sua durezza.

⁸³ Nelle parole di T. PAINE, *I diritti dell'uomo*, Roma, Editori Riuniti, 1978, 148-9 e 258.

⁸⁴ Su questo specifico lascito costituzionale delle Rivoluzioni francese e americana, P. COMANDUCCI, *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel Settecento*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1990, 173 ss.

⁸⁵ Ha dimostrato che la scrittura è la causa (o la concausa) del mutamento, consapevole, delle leggi G. CAMASSA, *Scrittura e mutamento delle leggi nel mondo antico. Dal Vicino Oriente alla Grecia di età arcaica e classica*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2011.

⁸⁶ L'espressione, che rivela nel linguaggio l'ipoteca antropologica del diritto costituzionale e, esattamente, il passaggio dal corpo individuo a quello comunitario, è significativamente derivata dal «diritto vivente» coniato dalla antropologia giuridica per indicare il corpo muto, preverbale e, con esso, il «diritto creato fuori dell'istituzione, ossia il diritto che regola la vita sociale senza essere verbalizzato in proposizioni giuridiche»: R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007, 81.

⁸⁷ Secondo il *new textualism* di A. SCALIA, *Common law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in *Id.*, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, New Jersey, Princeton, 1997, 25.



pergamena, che poteva essere incisa, cancellata e riscritta, ma ha, comunque, una sua durezza, una sua consistenza. Profittando della semiotica strutturalista, seppure lontana dalla condizionatezza neurobiologica del linguaggio, significa, con Roland Barthes, che la testualità, il «piacere del testo», ha una sua *realità*. Significa che la Costituzione vivente compatibile con quella scritta e che ne riconosce la vigenza e validità è quella che resta e deve restare legata, intrecciata, al testo⁸⁸. Se così non fosse, si determinerebbe la prevalenza dell'essere sul dover essere, dell'efficacia sulla validità.

Nel dialogo con il Libro, se ne ricava che si può interpretare la Costituzione scritta secondo le *regulae iuris* o, comunque, secondo i principi generali del diritto, perché non vi è una differenza qualitativa tra la legge e la Costituzione: sono entrambe deliberazioni nella medesima forma rappresentativa. Ma le *regulae iuris*, espressione dell'equità innata che precede il diritto scritto, valgono, nel preciso senso che sono valide, nell'ordinamento positivo nei limiti della loro 'armonia' con il diritto costituzionale scritto. Non sono le norme di riconoscimento o i criteri di validità della Costituzione posta ma ne sono principi interpretativi nella misura in cui non sono orientati contro il testo costituzionale. Non significa, contro la logica propria delle *regulae*, limitarsi a dedurre le regole dalle norme o abdurle, come se le seconde fossero segni, indizi delle prime che le spiegano. Possono considerarsi principi autonomi rispetto alla Costituzione vigente, ma devono superare il test di compatibilità rispetto al fondamento di validità. Allo stesso modo, sono principi integrativi del diritto legislativo ordinario nei limiti consentiti dalla Costituzione come norma sulla produzione e norma di produzione: così se il diritto legislativo abroga una disposizione legislativa nell'ambito, stretto, del costituzionalmente indifferente, la *regula iuris* della scienza giuridica non può a sua volta abrogare la disposizione legislativa abrogante. Diversamente, cambia il fondamento di validità dell'ordinamento e, quindi, si pone una nuova Costituzione in senso materiale *à la* Kelsen e una nuova norma di riconoscimento del diritto valido. Contro le intenzioni del Libro, l'effetto netto è l'instabilità di quella Costituzione che le *regulae iuris* avrebbero dovuto presidiare.

A cascata, la scrittura della Costituzione è argomento a favore della lettera e non dello spirito, del corpo e non dell'anima, evangelicamente e naturalisticamente del verbo che si fece carne, della cosa scritta e del testo visibile come segno e non del pensiero significato, dell'intenzione e della sfera coscienziale, della disposizione e non della norma. Diversamente, la tradizione delle *regulae iuris*, se non conduce ad una teoria dell'interpretazione

⁸⁸ Giustifica la validità delle norme della sola Costituzione vivente solidale con (e non scissa da) quella scritta L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1986, 143, poiché «fisiologicamente intesa, l'attività interpretativa e applicativa, nelle sue svariatissime forme, non può generare una Costituzione al quadrato, contrapposta e sovrapposta alla Costituzione scritta». Di recente, sull'idea di Costituzione vivente in Paladin S. BARTOLE, *Living constitution v. costituzione vivente. Una rassegna tra dottrina americana e dottrina italiana*, in *Diritto pubblico*, 2023, n. 1, 24 ss.



ermeneutica, alla legge come interpretazione e applicazione, pare stare dalla parte dello spirito, dell'intenzione, della dimensione coscienziale, interiore, del diritto, la cui fondazione soggettiva non può che portare con sé la soggettività dell'interprete. Né argina il soggettivismo l'ancoraggio del diritto alla 'natura delle cose', alla natura come fonte delle norme regolatrici della condotta umana o anche solo alla verità dell'ordine naturale scritto nelle cose. La natura non si dissolve nell'uomo ma la natura è e dice ciò che l'uomo, che le pone domande e ne interpreta le risposte, dice che è. La natura che fonda il diritto nel Libro è, infatti, la natura che si risolve nella coscienza umana dove trova il proprio senso. Ma allora la voce è sempre quella dell'uomo che interpreta e, in questa precisa misura, costruisce la natura in senso rivoluzionario o conservatore dell'esistente. Se, poi, contro il soggettivismo interpretativo di una natura posta e non data, si immagina a rovescio una oggettività e datità della natura, una base dell'essere che non è costruita dall'uomo, deve immaginarsi, in regresso, un ente di cui la natura è segno interpretante e da interpretare. L'esito pare sempre una forma di soggettivismo che non salva dalla caducità e dalla contingenza, ma le aggrava.

10.1 *L'esempio: la costituzione del mercato*

Infine, la Costituzione deliberata e scritta è il parametro di validità dell'interpretazione isonomica della Costituzione economica sostenuta nel Libro, secondo la logica privata, soggettiva, della reciprocità contro la logica pubblica, governante, oggettiva, della giustizia distributiva. Sembra vicina all'idea della naturale moralità e normatività del mercato, che ha in sé il proprio ordine, le proprie leggi, ove l'utile soggettivo è anche giusto, contro la artificialità del mercato ad opera di leggi eteronome volute dagli uomini. Sembra preferire, a conferma del suo individualismo metodologico, l'ordine spontaneo, virtuoso, all'organizzazione che è ordine artificiale, progettato, cattivo, il *cosmos*, ricorrendo a von Hayek di cui Giuliani era attento studioso, alla *taxis*⁸⁹. E il riferimento a von Hayek è pertinente per comprendere il Libro – seppure si limiti ad un accenno – per due ragioni. La sua critica alla identificazione del diritto con la legge scritta si fonda sul favore per le regole di condotta *fattuali* che, proprie degli ordini spontanei, scoprono, descrivono, ciò che già esiste contro il costruttivismo delle regole *normative* delle organizzazioni: vi è un ordine fattuale o, è lo stesso, fatti ordinati che fanno parte della natura biologica dell'essere umano⁹⁰. Seppure von Hayek sostenga, contro l'induttivismo, la tesi del primato dell'astratto sul concreto nell'ordine spontaneo, è l'idea di un diritto che nasce naturalmente dalla interazione degli uomini, ma che non ne è progettazione intenzionale: resta un poco di spazio per la natura delle cose. Ma, soprattutto, la sua

⁸⁹ Ci si riferisce ovviamente a F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Milano, Il Saggiatore, 2010, 48 ss.

⁹⁰ *Ibid.*, 93 ss. e spec. 102 ss.



concezione di mercato partecipa a pieno titolo della crisi novecentesca della ragione moderna e del razionalismo costruttivista⁹¹. Il suo disincanto non torna alla ragione premoderna di Giuliani, ma è una critica micidiale della ragione calcolante: per von Hayek come, contro il marginalismo, non vi è l'equilibrio perfetto di un mercato governato dalla logica matematica, ma un ordine di mercato imperfetto, incompleto e sempre in movimento, prodotto spontaneo di molteplici, frammentate, inconoscibili e incalcolabili interazioni di soggetti che si muovono sulla base di credenze e opinioni, così non si dà razionalità perfetta e puramente calcolante, ma una ragione dominata dal caso e dal caos, i cui risultati restano sostanzialmente imprevedibili. Va da sé che in un ordine cieco è impossibile costruire teorie generali dell'economia e, allo stesso modo, del diritto e della politica: anzi, l'unica concettualizzazione ammissibile della politica – con non poche assonanze con il 'clima' del Libro – è in forma negativa, come logica confutativa di concetti universali e olistici preordinati a costruire un ordine razionale e strategico del mercato.

Ora, se già in termini teorici è dubbia la distinzione tra spontaneità e intenzionalità nei fatti degli uomini, tra natura e artificio, in termini dogmatici il problema è sempre la Costituzione positiva.

Innanzitutto, tra Costituzione e mercato vi è una isomorfia strutturale, formale, genetica. Il valore di legge delle Costituzioni deliberate rappresentativamente dal popolo sostiene normativamente una precisa dottrina costituzionale del mercato. L'equivalente di una carta costituzionale del potere costituente del popolo, quale regola costitutiva del popolo che fonda la validità della Costituzione e della legge derivata, non è la legge naturale dello scambio ma il mercato costituito e regolato dalla legge. Ne è manifestazione sensibile l'opposizione tra moneta-merce e moneta-segno⁹². Il corrispondente, teorico e storico, della Costituzione scritta, deliberata, non è la moneta-merce, il cui valore di scambio è il valore della merce, che esiste in natura, come materia, ma la moneta-segno⁹³, nella forma della carta-moneta, che è il *fiat* creato dal nulla, costruito e programmato dal potere costituente del popolo, proprio come la Costituzione-legge. La creazione del segno (e del valore) monetario è, infatti, atto sovrano, poiché fondativo, esattamente come la creazione del nuovo ordine sociale. E questa moneta è «a rigore, un repertorio di futuri possibili. Il denaro è un ente astratto, ripetei, è tempo futuro [...] una moneta simboleggia il libero arbitrio» fino a dire che «forse dietro la moneta è Dio»⁹⁴. Il significato del denaro «coincide con quello del potere. Come il potere, esso

⁹¹ È emblematico F.A. VON HAYEK, *Conoscenza, mercato, pianificazione. Saggi di economia e di epistemologia*, Bologna, Il Mulino, 1988.

⁹² E nell'ontologia sociale legge e denaro sono esempi dei fatti istituzionali, quali sottoclasse dei fatti sociali: J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, cit., 51 ss.

⁹³ L'opposizione moneta-segno vs moneta-merce è tratta da K. POLANY, *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 2010, 246.

⁹⁴ J.L. BORGES, *Lo Zahir*, in Id. *L'Aleph*, Milano, ed. CDE, 1985, 253 e 259. Il tema torna nel Faust di Goethe: tutti ricordano l'annuncio del Cancelliere che, davanti a una corte finalmente sollevata dai debiti ora saldati, legge con



costituisce un puro essere-in-grado-di (Können)»⁹⁵; la sua qualità metafisica è di andare «al di là di ogni particolare uso di sé stesso e [...] realizza le possibilità di tutti i valori, come i valori di tutte le possibilità»⁹⁶. È questo il significato del gesto rivoluzionario dei costituenti-legislatori nelle esperienze rivoluzionarie francese e americana che pongono una nuova Costituzione e creano carta-moneta non convertibile⁹⁷. La carta costituzionale è il fondamento dell'ordine giuridico, la carta-moneta dell'ordine economico. Entrambe costituiscono il futuro, un ordine che prima non c'era. La moneta rappresenta, come la legge, l'interesse generale, è livellatrice perché «non tiene in nessuna considerazione rapporti di carattere particolaristico»⁹⁸. A cascata, la teoria normativista (del valore) della moneta del rappresentante-sovrano politico determina dottrine economiche che propugnano la «moneta manovrata»⁹⁹ contro le dottrine economiche marginaliste, monetariste o neoclassiche che sorreggono, invece, la teoria della moneta-merce. Sfera politica ed economica non restano separate, ma si indeterminano, nel senso che la prima determina la seconda: la legge del valore non si dà – non deve darsi – senza il valore di legge.

Se ne deduce che il costruttivismo e l'intenzionalismo della Costituzione/legge, che non ha nulla di spontaneo, di naturale, esigono per il suo programma l'ordine artificiale del mercato creato dallo stesso sovrano e, quindi, la dottrina normativista (nominalista secondo la scolastica) del mercato. Come la moneta non è ciò che luccica di valore intrinseco, non è valore per la materia, per la sua natura fisica, ma per la forma di legge che astraе dalla materia la legge del valore, la 'formalizza', così la relazione tra legge e mercato non è ricognitiva, ma costitutiva. A dire che lo Stato costituisce il mercato, in una coesistenza impossibile, perché l'uno e l'altro rispondono a logiche differenti, ma al tempo stesso necessaria. All'opposto, la legge di natura o della storia che sostiene la Costituzione spontanea dell'ordine cattallatico sorregge l'ordine naturale del mercato. E ciò sempre che esista una legge *naturale* del mercato, una economia naturale cioè che non si riveli una economia posta, dunque, artificiale.

La relazione tra Costituzione e ordine del mercato si fa, poi, più precisa se dalla forma si passa al contenuto della Costituzione economica, nata dalla crisi della governamentalità liberale. E pare effettivamente fondato che la libertà dell'art. 41 della Costituzione garantisca l'utilità sociale e la proprietà privata dell'art. 42 la funzione sociale, ma la ragione non è la

enfasi il «foglio carico di destino che tutto il dolore trasformò in felicità».

⁹⁵ G. SIMMEL, *Filosofia del denaro*, Torino, Utet, 1984, 313.

⁹⁶ *Ibid.*, 281.

⁹⁷ J.K. GALBRAITH, *Soldi. Conoscere le logiche del denaro per capire le grandi crisi*, Milano, Rizzoli, 2013, 969; *Id.*, *Storia dell'economia*, Milano, Rizzoli, 2015, 164 ss.

⁹⁸ G. SIMMEL, *op. cit.*, 661.

⁹⁹ Traggo l'espressione da J.A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, vol. I, *Dai primordi al 1790*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, 392-394, che individua in John Law il precursore del concetto di «manovra della moneta» come mezzo per dirigere il processo economico.



giuridicità e moralità innate dei rapporti economici, bensì il diritto ‘artificiale’. È una questione di dover essere più che di essere.

Tra libertà economica e giustizia sociale, tra libertà (negativa) ed eguaglianza (sostanziale), non vi è una relazione oppositiva, vale a dire l’eguaglianza ed i fini sociali non sono limiti esterni alla libertà di iniziativa economica e alla proprietà privata.

Già in termini teorici l’incongruenza logica tra l’una e l’altra esclude il conflitto. Fra libertà ed eguaglianza non può, infatti, a rigore discorrersi di relazione, in quanto l’una è proprietà individuale, indica uno stato, la seconda è principio distributivo, indica un rapporto e, come tale, è predicabile anche della prima¹⁰⁰.

Ma soprattutto il testo esclude il contesto tanto delle dottrine libertarie quanto di quelle egualitarie. Per i libertari tra la libertà economica e la giustizia sociale vi è conflitto, che deve esser risolto con la eliminazione della seconda. Per le dottrine liberali à la Berlin «ogni cosa è quello che è, la libertà è libertà e non uguaglianza», con la conseguenza che per diminuire la disuguaglianza l’effetto non può che essere «la perdita assoluta di libertà», che è «solo una confusione di valori dire che anche se forse la mia libertà “liberale” e individuale è stata spazzata via qualche altra libertà – “sociale” o “economica” – è invece aumentata» e che discorrere di «libertà sociale», dove «l’io da liberare non è più quello individuale, ma “il tutto sociale”, è fuorviante perché “chiamare qualunque miglioramento [...] della condizione sociale di un essere umano “aumento della libertà” renderà “il termine tanto vago e sfocato da essere praticamente inutile». Nella pratica può anche cercarsi un compromesso, la limitazione della libertà (di alcuni per assicurare quella di altri) può anche essere compensata in termini di giustizia, ma mai se ne potranno occultare le conseguenze illiberali¹⁰¹. Né l’antiteticità tra libertà ed eguaglianza, tra libertà ed autorità, potrebbe riconciliarsi nella autonomia, nella obbedienza alle leggi che ci si impone, nell’autogoverno razionale di Rousseau e Kant, perché l’individualismo kantiano si convertirebbe in dottrina totalitaria¹⁰². Per le dottrine egualitarie la diagnosi è la medesima, il conflitto, ma la soluzione è opposta: eliminazione della libertà economica per la pianificazione della eguale distribuzione delle risorse. Prescrivono, infatti, sul piano normativo, forme di limitazione del libero mercato al fine di attuare valori diversi da quello della libertà (negativa) ovvero includono le esigenze di giustizia distributiva nel concetto di libertà positiva. Pensiamo, da un lato, al liberalismo politico di Rawls. Connette libertà ed eguaglianza nei suoi principi di giustizia: il principio all’eguale libertà, che riguarda le libertà civili e politiche e il principio di differenza relativo alla redistribuzione del reddito. Afferma la prevalenza del primo sul secondo in quanto quello «non può essere limitato da considerazioni

¹⁰⁰ N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, ed. 2009, VII, 3 e 4; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà. L’incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Bologna, Il Mulino, 2006, 112.

¹⁰¹ I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, in Id., *Libertà*, a cura di H. Hardy, Milano, Feltrinelli, 2005, 175-6, 205, 209 e 217-20.

¹⁰² *Ibid.* 198.



economiche» ma «solo in nome della libertà stessa», ma ammette che il principio di differenza limiti la libertà individuale, contro il divieto prescritto dal principio della eguale libertà, per correggere la iniquità della distribuzione spontanea dei beni (la lotteria naturale)¹⁰³. Pensiamo, dall'altro, alla libertà come capacità, sulla scia di Sen¹⁰⁴, o alla libertà moralizzata come eguaglianza di risorse economiche, sulle orme di Dworkin¹⁰⁵. Dalla critica delle dottrine egualitarie (o più tenuamente liberal-egualitarie) contro la concezione e pratica liberale dello Stato nascono i diritti sociali. In ogni caso, anche dalla loro prospettiva l'attuazione di questi valori comporta un sacrificio in termini di libertà e l'idea di una teoria normativa che coniughi elementi di libertarismo ed egualitarismo potrebbe apparire come l'ennesimo, vano, tentativo di far quadrare il cerchio: la realtà è che società più libere sono meno giuste e, specularmente, nella misura in cui sono più giuste sono meno libere¹⁰⁶.

Il testo costituzionale spezza la polarità. Se l'ordine economico vive nella *compossibilità* di libera iniziativa economica e di utilità sociale, di proprietà privata e funzione sociale, la concezione sottesa di libertà è quella del diritto alla libertà eguale¹⁰⁷. Non si tratta di una via di mezzo pragmatica tra due opposte visioni (liberalismo ed egualitarismo), ma dell'esito di un tentativo di produrre una costruzione teorica logicamente coerente e plausibile sul piano normativo: quella che assegna a ciascun individuo il diritto alla libertà eguale. L'eguaglianza è ontologicamente immanente alla libertà, perché ne è condizione di mantenimento: se si lede l'utilità sociale, alla fine si lede la libertà economica. Per il liberalismo egualitario, infatti, la libertà economica non è solo garanzia di non essere ostacolati, ma è a sua volta fonte di ostacoli per chi ne è privo. Con la conseguenza che la pretesa di chi non ha libertà economiche (proprietà o iniziativa economica) non è un diritto sociale ma una pretesa alla libertà eguale. Di fronte a questa obiezione liberale naufraga la critica antiegalitaria dell'anarco-capitalismo e delle sue varianti: la proprietà non è funzionale alla libertà perché limita la libertà dei non proprietari, cosicché non solo il prelievo fiscale restringe la libertà per chi ne adotti una concezione negativa, perché preferisce altri valori alla libertà, ma anche la proprietà limita la libertà negativa. Da qui l'ideale egualitario muove per prescrivere l'eguaglianza non già di certi risultati in termini di funzionamenti, né delle capacità di funzionare, bensì della libertà in

¹⁰³ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1989, 66 e 178, riformulata in *Liberalismo politico*, Milano, Feltrinelli, 1994, 244.

¹⁰⁴ Il riferimento è, in particolare, ad A. K. SEN, *Eguaglianza, di che cosa?* in I. Carter (a cura di), *L'idea di eguaglianza*, Milano, Feltrinelli, 2001, 74 ss.

¹⁰⁵ R. DWORKIN, *I fondamenti dell'eguaglianza liberale*, in R. DWORKIN e S. MAFFETTONE, *I fondamenti del liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2008, spec. 39 ss.

¹⁰⁶ Sulla libertà ed eguaglianza come valori indipendenti o addirittura incompatibili cfr. la teoria politica liberal-egualitaria di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 41; ID., *Eguaglianza e libertà*, cit.

¹⁰⁷ Nella teorica elaborata da I. CARTER, *La libertà eguale*, Milano, Feltrinelli, 2005, *passim* e spec. 187 ss.; ma ad esiti non dissimili giunge anche E. DICOTTI, *Il mercato delle libertà*, cit., che dimostra la relazione concettuale tra la libertà individuale, intesa come libertà negativa e l'organizzazione economica della società.



quanto tale. Dimostra il nesso di congruenza e compatibilità tra la libertà eguale e l'eguaglianza nel godimento dei beni ed i principi di giustizia distributiva non già accedendo alla nozione egualitaria di libertà positiva, che implica la redistribuzione della ricchezza, ma, nel solco del libertarismo, aderendo alla libertà negativa intesa come libertà di non essere impediti dalle azioni (o finanche omissioni) altrui di natura sociale. Se si è poveri si hanno ostacoli e, in termini di libertà empirica, il possesso del denaro è una preconditione perché non sia fisicamente impedito di fare delle cose¹⁰⁸. Ne deriva che non possono coesistere libertà e mancanza di beni, che non è mancanza di capacità ma di libertà. La libertà sociale viene così a dipendere dal possesso *de facto* di oggetti materiali: vi è una forte correlazione tra i gradi di libertà sociale ed il possesso di risorse, il cui valore di scambio, nelle condizioni normali di una società di mercato, si pone come uno degli indicatori più importanti del grado di libertà sociale del possessore. Libertà ed eguaglianza non sono allora incompatibili, perché la prima, per essere piena e di tutti, non si dà senza la seconda, che ne è condizione di possibilità o almeno ne è limite interno e non già limite esterno, bilanciabile con la prima: non si dà bilanciamento perché sono grandezze incongrue. Dall'idea della libertà eguale si trae, normativamente, che la libertà di concorrenza non è solo compatibile con l'eguaglianza, ma l'eguaglianza della libertà (di concorrere) è condizione di possibilità della libertà. Così, la libertà di concorrenza si fonda sulla libertà di iniziativa economica a condizione che questa sia già geneticamente conformata dall'utilità sociale; dunque, si fonda sull'utilità sociale. La Costituzione economica, insomma, non è una soluzione di compromesso, dimidiata tra libertà ed eguaglianza, ma è libera perché è eguale: per un solo apparente paradosso, c'è la libertà perché c'è l'economia di programma/piano o, riscritto più radicalmente nei termini della forma di stato, c'è liberal-democrazia perché c'è la democrazia sociale.

Tutto questo non significa, però, che tra la libertà negativa e l'eguaglianza vi sia immedesimazione necessaria, *a priori*, naturale. È la tesi del Libro, ove il rispetto della libertà e dignità umana, sottese al principio negativo dell'*alterum non laedere*, garantisce di per sé l'utilità sociale. Già in von Hayek¹⁰⁹ la libertà non entra in competizione con la giustizia, perché nella sua teoria della *Rule of law* viene postulata una relazione necessaria tra libertà, giustizia e benessere. È coerente con la sua proposta di regole costituzionali da cui sono banditi termini come 'benessere generale' e 'utilità sociale', al pari di tutte le concettualizzazioni dei fini generali della società, che appaiono vaghi, generici ed inutili. Ma i fini generali della società sono diritto costituzionale positivo allo stesso modo delle libertà economiche.

Al contrario, teoricamente, tra libertà ed eguaglianza vi è opposizione in natura o, comunque, la loro compatibilità non è necessaria perché potrebbe non volersi predicare

¹⁰⁸ La relazione tra la libertà di agire e la libertà di far uso di beni è già in H. STEINER, *Libertà individuale* (1973-4), in I. Carter, M. Ricciardi (a cura di), *L'idea di libertà*, Milano, Feltrinelli, 1996, 110 ss.

¹⁰⁹ Almeno nella lettura che ne ha offerto J. GRAY, *Hayek on Liberty, Rights and Justice*, in *Ethics*, 92, 1981, 73 ss.



l'eguaglianza della libertà: dipende dalla natura umana, se gli uomini sono buoni o cattivi, il che è scientificamente indimostrabile. Piuttosto, è verificabile che la libertà di mercato di ciascuno è garantita dalla apposizione di regole e, quindi, di limiti al mercato: limitare il mercato non significa limitare la libertà individuale, ma garantire la libertà eguale, senza la quale non si dà libertà nel mercato. Dirà Foucault che la concorrenza non è un dato naturale, ma un'essenza, un *eidon*, un privilegio di formalizzazione¹¹⁰.

Ed è, appunto, nella legge scritta, nel diritto artificiale che non vi è opposizione tra libertà ed eguaglianza, perché la contestuale prescrizione nell'art. 41 della Costituzione della libertà economica e della sua utilità sociale, ovvero dell'utilità per i più, implica l'accoglimento della sola forma di libertà compatibile, in armonia o non in contrasto, con la seconda, ovvero la libertà eguale. Lo stesso può argomentarsi per l'art. 42. L'utile è legato al giusto – che, poi, altro non è che il problema della modernità, alla perenne ricerca di un equilibrio tra l'utile particolare e l'ordine universale – perché la deliberazione legislativa scritta prescrive che senza il giusto non c'è l'utile e non già per la 'natura delle cose'. La Costituzione economica è allora interpretabile secondo le *regulae iuris* dell'interpretazione secondo equità perché non sono orientate contro il testo scritto, che ne resta il fondamento di validità.

Speriamo così di aver reso omaggio – niente affatto formale – alla logica confrontativa e confutativa che anima il Libro. Ma, forse, contro le intenzioni iniziali, le questioni messe in gioco dal Libro aprono alla scrittura di un *altro* libro. L'auspicio è che il nuovo discorso nato dalla critica, che è in un certo senso costituzionale¹¹¹, sia di una qualche utilità alla scienza del diritto costituzionale, immaginata come una ideale opera collettiva scritta a catena a cui ciascuno di noi aggiunge un 'pezzetto', più o meno grande.

¹¹⁰ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2004, 111.

¹¹¹ Mi riferisco al nesso tra critica (giuridica) e limite delle 'arti di governo' in M. FOUCAULT, *Illuminismo e critica*, Roma, Donzelli, 1997, 37 ss.