

IDEA GIURIDICA E SENTIMENTO DEL DIRITTO

1. L'idea del diritto nel "tragico" della storia - 2. Il diritto come mediazione di tre idee in conflitto: "nosse", "posse", "velle" - 3. Attestazione e involuzione della personalità identitaria: la "decisione-per-il-diritto" e la lesione antiggiuridica - 3.1. Potere sovrano e "diritto di resistenza" - 4. Il sentimento del diritto: intuizione e percezione del "pudor"

Abstract

Il focus del paper è mostrare come, oltre ad una storia "esterna" delle strutture di diritto/potere e dei dispositivi del sapere giuridico, vi sia anche una storia "interna" della consapevolezza dell'idea che il diritto incorpora dentro di sé, con le sue evoluzioni e regressioni, che si rivela nella "lotta per il riconoscimento" intersoggettivo nel "tragico" della storia e prima ancora nella attitudine o disponibilità a riconoscersi nell'ascolto dell'altro (dunque nel "sentimento del diritto") e si traduce nel progressivo affinamento di una coscienza giuridica che contribuisce a modellare i profili delle soggettività, nel rinnovato valore che il diritto attribuisce a quei modelli.

The focus of the paper is to show how, in addition to an 'external' history of the legal/power structures and the devices of legal knowledge, there is also an 'internal' history of awareness of the idea that law incorporates within itself, with its evolutions and regressions, which is revealed in the intersubjective 'fight for recognition' in the 'tragic' of history and before that in the attitude or willingness to recognize on one another (so in the 'sentiment of law') and results in the progressive refinement of a legal consciousness that helps to shape the profiles of subjectivity, in the renewed value that the right attributes to those models.

Keywords: idea of law, history of legal structures, legal consciousness, recognition, sentiment of law.

1. L'idea del diritto nel "tragico" della storia

Se la storia del diritto è essenzialmente storia di strutture, di dispositivi e di pratiche istituzionali attraverso cui si può scorgere anche un diverso modo di configurarsi delle relazioni sociali e intersoggettive di un'epoca e di una società e giungere così, per "de-costruzione" – secondo l'idea foucaultiana – ad una vera e propria «genealogia della soggettività»¹, tuttavia fare luce sul momento "energetico-formativo", cogliere il diritto "sulla soglia" del suo formarsi, nel momento di attivazione della pretesa o aspettativa, del compiersi della promessa e dell'assumersi la respon-

¹ Il riferimento è agli scritti foucaultiani dedicati, all'interno della magistrale "Storia della sessualità", alla "cura di sé" e all' "ermeneutica del soggetto", tema a cui il filosofo strutturalista dedicò le sue ultime dense lezioni al *Collège de France*, sul punto, M. FOUCAULT, *La cura di sé. Storia della sessualità 3*, Milano, 1993, nonché ID., *L'ermeneutica del soggetto*, Milano, 2003; da ultimo, sul tema v. le riflessioni critiche di D. SPARTI, *Soggetti al tempo. Identità personale tra analisi filosofica e costruzione sociale*, Milano, 1996.

sabilità e insomma del contrarsi del vincolo, significa provare a declinare il diritto soprattutto dal punto di vista soggettivo, concepirlo appunto – capograssianamente – come principio di azione e di esperienza, tenendo sempre presente però il nesso “interno/esterno” e dunque da un lato l’instaurarsi della relazione intersoggettiva che presuppone sullo sfondo l’orizzonte di senso della comunità e delle appartenenze, dall’altro l’affinarsi graduale e progressivo di una coscienza della “giuridicità”, che è proprio coscienza del valore che l’idea del diritto assume nella sua secolare storia, come veicolo di senso prodotto da altri saperi ma anche portatore di un senso proprio e originario, che è quello della relazionalità com-possibile e ragionevole dei diversi valori e delle diverse pratiche sociali e culturali umane, in quanto argomentata e motivata².

C’è dunque una storia “esterna” delle strutture di diritto/potere e dei dispositivi di sapere pratico-descrittivi attuati per organizzare e potenziare quelle strutture – ed è una storia di progressiva differenziazione e autonomia di quelle strutture e di quei dispositivi dal nucleo mitico-sacrale e poi etico-politico delle comunità che ne dispongono – ma c’è anche una storia “interna” della consapevolezza dell’“idea” che il diritto incorpora entro di sé, con le sue evoluzioni e involuzioni, progressi o regressioni, che si annuncia nella “lotta per il riconoscimento” intersoggettivo e ancor prima nella “disponibilità” a riconoscersi nell’“ascolto” dell’altro (ossia nel “sentimento del diritto”) e si traduce quindi nel progressivo, lento e ultrasecolare affinamento – non privo appunto di radicali scossoni o di pericolose regressioni – di una “coscienza giuridica” che interviene a “modellare” anche i profili delle identità soggettive, nel rinnovato valore che il diritto attribuisce a quei modelli³.

² Sul diritto come “relazione”, la letteratura ovviamente è sterminata; basti qui ricordare la pregevole monografia di R. TREVES, *Il diritto come relazione*, con pref. di N. Bobbio, Napoli, 1993, che, sia pure con venature di neokantismo e di un raffinato relativismo sociologico, offre ancora validissimi spunti di riflessione, nonché, *a parte subiecti*, l’altrettanto raffinata lettura “ontofenomenologica” di S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontofeneomenologia giuridica*, Milano, 1985 e, da ultimo, la rilevante prospettiva del diritto come “pratica sociale” e come “comunità interpretativa” di F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990 ed E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell’applicazione del diritto*, Torino, 2000; ma sul diritto come “ordine relazionale” di principi e valori, mi sovviene ancora una volta una riflessione capograssiana, in G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto* (1940), in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 265 ss.; inoltre, sulla “razionalità assiologica” e sul “relazionismo” giuridico e filosofico in opposizione al relativismo socio-epistemologico contemporaneo, cfr. R. BOUDON, *Il senso dei valori*, Bologna, 2000; da un punto di vista costituzionalistico, oltre ai lavori importanti di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992 e di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992. Cfr. anche AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997, in particolare le relazioni di A. Ruggeri e di A. Spadaro; infine, sulle “ragioni per agire” come motivazioni implicite della dinamica di coesistenza dei valori indotta dall’esperienza giuridica, basti ricordare F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003.

³ Sul punto, cfr. J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Torino, 1992; esempi magistrali di storia “esterna” del diritto – delle strutture e dei dispositivi istituzionali, o anche del lessico concettuale – sono in particolare per il

Tutta la storia, complessa e articolata, dei concetti di “persona giuridica”, “soggetto di diritto” e “diritto soggettivo”, di cui si dirà in seguito, sta a testimoniare dapprima lo scambio e la “traslitterazione” tra l’ambito culturale filosofico-letterario dell’antichità ellenistico-romana e quello propriamente giuridico – in cui l’eccedenza valoriale passa dalla tipizzazione della “maschera” e del “ruolo” dell’attore a quella del “ruolo” sociale e quindi dello “status” giuridico che sancisce un’appartenenza – ma poi all’interno del diritto configura e “sedimenta” la consapevolezza dell’unitarietà di un ruolo, quello di “*persona sui iuris*” o “*alieni iuris*”, esplicitato da una “forma” giuridica che crea vincoli “eguali” per tutti, in cui comincia ad articolarsi quella dicotomia tra lo spazio esigenziale e rivendicativo del “*suum*” – sia pure riferito alle condizioni di “status” e non alle singole soggettività – e quello della comunità, che spingerà – quando il rivoluzionario quadro storico-culturale e epistemico della modernità lo potrà consentire – ad un graduale autoaffermarsi dell’autonomia morale, pratica e conoscitiva della persona singola come “soggetto di diritto”.

Ciò vuol dire che anche la coscienza della “giuridicità” – ossia dell’idea “ontogenetica” del diritto nel suo farsi – ha una storia, un’origine storico-ideale, latente e veicolata all’interno delle strutture giuridiche, che viene poi alla luce nei momenti di crisi e consapevolezza del valore del diritto, proprio quando esso è offuscato, ridotto a mero strumento del potere o di altri ambiti (ad es. quello mitico-sacrale) della cultura e della tradizione di una comunità. Se così non fosse, l’intera “lotta per il diritto”⁵ sarebbe incomprensibile, o meglio riducibile a una darwiniana lotta

diritto antico, il celebre studio di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna, 1987, o, per il diritto medievale e moderno, l’opera di C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1976; ma per verificare come la storia “esterna” del diritto veicoli anche le idee “interne” sul valore del diritto in una data società, basti pensare alle rilevanti opere di F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, 2 voll., Milano, 1967, o di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, nonché, sul versante pubblicistico, il denso studio di M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, che è a metà tra una storia delle dottrine politiche e un corso di diritto pubblico, o l’insuperato saggio di G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Napoli, 1985; ma esempi di storia “interna” dell’idea giuridica e della sua coscienza presso i popoli e le comunità sono altrettanto importanti: basti qui ricordare, dopo i lavori impareggiabili di Durkheim e Weber nel campo della sociologia del diritto, proseguiti dai rilevanti studi habermasiani citati, solo alcuni esempi recenti nel campo giusfilosofico, quali – per l’idea del diritto naturale – i lavori di H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965 e di M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1986, o di recente – sui nessi tra diritto naturale di resistenza e rivoluzione – l’imponente studio di H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 1998, ma anche – sui rapporti tra diritto naturale moderno e diritto positivo – i fecondissimi lavori di P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961), a cura di F. Tessitore, Napoli, 2000 e di G. FASSÒ, *La legge della ragione* (1965), a cura di C. Faralli, Milano, 1999, nonché gli splendidi saggi “brevi” scritti e raccolti da N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990 (saggi che hanno dischiuso un’intera stagione teorica di rinnovato interesse per i diritti umani), o un’altra breve ma intensa monografia (di scuola “gassetiana”) della pensatrice spagnola M. ZAMBRANO, *Persona e democrazia. La storia sacrificale*, Milano, 2000.

⁵ Il riferimento è al celebre saggio di R. VON JHERING, *La lotta per il diritto* (1891), ora in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi* (a cura di R. Racinaro), Milano, 1989.

per la sopravvivenza della specie umana sulla terra, che nulla avrebbe da dirci o da veicolare se non l'affinamento progressivo di sempre più elaborate strategie vitalistiche di autoconservazione e di estensione e appropriazione di spazi di “*dominium*” delle comunità.

Ed invece essa è soprattutto affinamento dei “gradi” sempre più elaborati ed evoluti della “coscienza giuridica”, l'affiorare dell'origine “ideale” del diritto nella storia della coscienza umana, che rinvia da un lato a quelle facoltà o disposizioni interne della “linguisticità” e della “giuridicità”, che consentono la ponderazione e la “misura” del “proprio” e dell'altrui nella normatività del dire e del fare, dall'altro all'instaurarsi di quella “relazione giuridica originaria” di cui Vico cercò le tracce nel “*pudor*” come misura delle utilità e delle passioni, che si attiva al cospetto dell'altro, laddove – *a parte obiecti* – Kant ne rinvenne un presupposto logico-trascendentale nel “*sensus communis*”, come condizione di comunicabilità della facoltà del giudizio: la possibilità appunto di “immaginarsi al posto degli altri” nel formulare giudizi etico-conoscitivi che riguardano il sé nella relazione con la comunità⁶.

In questo senso, appaiono rivelatrici e feconde di sviluppi ulteriori le indagini ermeneutico-fenomenologiche di Paul Ricoeur, che segue lo svolgersi della dialettica tra “ipseità” e “medesimezza” del “sé come altro”, sia dal lato dello svilupparsi dell’“identità narrativa” del sé nel contesto relazionale, sia da quello della “capacità” del soggetto a identificare sé stesso come soggetto della locuzione e dell'attività linguistica, e come imputabile e responsabile delle proprie azioni, os-

⁶ Sul punto, le note analisi di H. Arendt sulla *Filosofia politica di Kant*, che avrebbero dovuto completare la sua opera su *La vita della mente*; cfr. H. ARENDT, *Teoria del giudizio politico. Lezioni sulla filosofia politica di Kant* (1982), Genova 2005; cfr. anche P. RICOEUR, *Giudizio estetico e giudizio politico in Hannah Arendt*, in ID., *Il Giusto* (a cura di D. Iannotta), Torino 1998, pp. 121 ss.

Com'è noto, invece, sempre sulla scia di Kant, J. Habermas, nella formulazione della sua “teoria dell'agire comunicativo”, e lo stesso Apel nella sua “etica della comunicazione” (sia pure con divergenze teoriche anche rilevanti), asseriscono l'esistenza di presupposti “pragmatico-trascentali” della comunicazione, senza i quali le concrete possibilità “storico-critiche” di veicolare “senso” potendolo “eccedere” tra gli interessati-partecipanti al dialogo comunicativo sarebbero vanificate, ancor prima della verifica con il “test di universalizzabilità” (previsto dal “principio di discorso”) del miglior argomento che soddisfi gli interessi dei partecipanti al dialogo; tali sarebbero, dunque, la disponibilità del “parlante” all'intesa e dunque a riconoscere la “particolarità” e “parzialità” delle proprie “ragioni” e dei propri interessi, o anche la “veridicità”-sincerità del parlante, o la “giustizia” come correttezza logico-formale e normativa delle sue “pretese”. Sul punto, cfr. A. PUNZI, *Discorso, patto, diritto. La comunità tra consenso e giustizia nel pensiero di K.O. Apel*, Milano, 1996, nonché A. ABIGNENTE, *Legittimazione, discorso, diritto. Il proceduralismo di Jürgen Habermas*, Napoli, 2003.

In tal senso, penso sia possibile definire il “*pudor*”, nelle sue correlazioni con il “*sensus communis*” – come si dirà in seguito – autentico presupposto ad un tempo “ontico-esistenziale” e “storico-ideale” (perché veicolato – nella sua “eccedenza di senso” – dalle oggettivazioni storico-positive del diritto e dai “gradi” oggettivi della “coscienza giuridica”) dell'instaurarsi della “relazione personalitaria”; senza il suo comparire al cospetto dell’“altro”, infatti, con l'attivazione della “giuridicità” come capacità di ponderare e “misurare” idealmente il proprio agire in relazione a quello altrui, non sarebbe possibile il “riconoscimento” dell'alterità esistente “neutra” – l’“*alterum*” prima della relazione – nella concreta identità dell’ “*alter*” come “persona”, al momento della relazione instaurata.

sia come “soggettività giuridica”. Ed entrambe le dimensioni, della “ipseità” e della “medesimezza”, si sviluppano nel continuo confronto relazionale con l’alterità, sociale e istituzionale, la cui acquisita consapevolezza si riverbera poi nella dimensione etico-politica della “cittadinanza”⁷.

Non vi è dubbio allora che l’idea del diritto, l’origine storico-ideale del diritto come principio di azione e di esperienza che ingenera da sé, nel momento del suo “attivarsi” nella relazione intersoggettiva e nel momento del suo “oggettivarsi” nella dimensione istituzionale e comunitaria, l’affinarsi e l’evolversi dei gradi della “coscienza giuridica” individuale e collettiva, sia un’idea “complessa”, difficile da scomporsi o ridursi in un solo momento o principio logico, anche perché il “tragico”⁸ del diritto – la sua “grandezza” e la sua “miseria” – è che quel momento logico-ideale è da sempre calato e “inverato” nella logica della storia e delle istituzioni, che spesso ne offusca i tratti e gli aspetti complessi, e finisce col darne risalto solo ai più visibili : ma “*arcana juris manent*”.

2. Il diritto come mediazione di tre idee in conflitto: “nosse”, “posse”, “velle”

Occorre allora tornare alla complessità di quella “relazione giuridica originaria”, di cui, sotto il profilo logico-ideale, è stato colto troppo spesso solo il momento appropriativo/espansivo del “*dominium*”, nel rapporto tra diritto/potere e “nuda vita”, o anche quello conservativo/immunitario della “tutela”, ma non anche il momento, pur presente nell’attivarsi della pretesa di riconoscimento del sé, appunto “*in limine iuris*”, della volontà di “persuasione” dei propri interlocutori – gli altri, la comunità – delle “buone ragioni” della propria condotta e delle proprie azioni, momento che cela entro di sé l’elemento irrazionale della spontanea e irriducibile vocazione del sé (ciò che Ricoeur definisce come “attestazione/ingiunzione del sé”⁹) e che Piovani amava

⁷ Sul punto, cfr. P. RICOEUR, *Sé come un altro* (a cura di D. Iannotta), Milano, 1993, nonché ID., *Il Giusto* (a cura di D. Iannotta), Torino, 1998.

⁸ Prendo l’espressione dal senso che ne dà Karl Jaspers nei suoi studi sul “sapere tragico”, vale a dire come senso esistenziale e storico di una “mancanza assoluta di via di scampo” che produce tuttavia “storicità” e responsabilità dell’agire umano; ciò si pone come “paradigma” proprio della “relazione giuridica originaria” e dell’inestricabile nesso “storico-ideale” tra diritto, potere e vita, giacché il *diritto* è null’altro che la pretesa della vita di incrementare se stessa nella tutela del “già acquisito” e nella rivendicazione del “non ancora realizzato”, in un equilibrio sempre precario e assai labile nella storia, in cui basta che un elemento sia preponderante sugli altri, affinché l’intera struttura “ordinamentale” della relazione sia compromessa; e questo perché il potere vuole incrementare se stesso ma ha bisogno della vita per “alimentarsi” e del diritto per “legittimarsi”, e il diritto promana dalla vita, ma avendo bisogno del potere per imporsi, finisce col diventarne mero strumento effettuale. Come si vede, una relazione complessa e “tragica”, per la vicenda umana: senza “vie di scampo”, ma produttiva di “storicità”. Sul punto, K. JASPERS, *Il linguaggio. Sul tragico*, Napoli, 1993, pp. 171 ss.

⁹ Sul punto, cfr. P. RICOEUR, *Sé come un altro*, cit., pp. 409 ss.

definire “instaurazione personalitaria”¹⁰) e l’elemento razionale dell’argomentazione motivata dei fini dell’agire.

Tutto ciò ci conduce a riprendere in esame un’antica intuizione del *Diritto Universale* di Vico, poi magistralmente chiosata da Capograssi in un breve saggio del ‘25, *Dominio, libertà e tutela nel De Uno*¹¹, in cui il filosofo napoletano, già in quell’opera critico pressoché solitario del progetto della modernità giusnaturalistica di “costruzione” del diritto naturale a partire dai principi della ragione, cercava la “*reductio ad unum*” dei “principi” del diritto nella comune origine divina del “vero” e del “certo”, e dunque di ogni autorità civile o naturale da cui discendono i diritti delle genti e delle repubbliche; precisamente, le tre “virtù della giustizia”, su cui si fonda l’autorità di ogni società politica e analogamente i tre “principi” cardine dell’intero diritto civile, vale a dire il “dominio”, la “libertà” e la “tutela” – in base ai quali Gaio aveva “istituito” l’ordine dei diritti assoluti di proprietà, dei diritti relativi di obbligazione e delle azioni processuali di garanzia – erano per Vico riducibili ad un unico principio, in quanto ciascuno di essi comprendeva anche gli altri due: nel “dominio”, si esprimeva già l’esigenza di libertà quanto quella di tutela, e così via ...

Capograssi dunque nel ‘25 non può che mostrarsi ammirato di quella originale analisi vichiana, pur criticandone l’impostazione, ancora oscuramente “metafisica” e non più propriamente storicistica, come avverrà nella *Scienza Nuova*: solo in quella grande opera matura e geniale del Vico, prenderà corpo lo storicismo “metafisico-trascendentale”, che oggi definiremmo “ermeneutico-trascendentale”, in base al quale le forme del diritto sono da sempre calate nella storia, ma in esse si celano “idee costitutive” – anch’esse storiche, ma proprio in quanto “originanti”, metastoriche – che le trascendono: è la posizione capograssiana, espressa pienamente già nel *Problema della scienza del diritto*¹² del ‘37 e poi in saggi ed opere successive, ma oserei dire, che oggi due filosofi del calibro di Jürgen Habermas e Paul Ricoeur, approdati di recente da ambiti e prospettive differenti allo studio teorico e storico delle problematiche giuridiche, non ne sono molto lontani.

¹⁰ Sul punto, cfr. P. PIOVANI, *Principi di una filosofia della morale*, Napoli, 1972, pp. 101 ss.

¹¹ Sul punto, cfr. G. CAPOGRASSI, *Dominio, libertà e tutela nel “De Uno”* (1925), ora in ID., *Opere*, vol. IV, Milano, 1959.

¹² Sul punto, cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), con Introduzione di P. Piovani, Milano, 1963, nonché ID., *L’esperienza in concreto* (saggio postumo), in ID., *Opere*, vol. III, Milano, 1959; sul valore delle “idee costitutive” del mondo umano della storia, e la loro relazione con i “principi” del diritto, rinvio a quanto detto in P.F. SAVONA, *Principi della scienza giuridica e “idee umane” della praxis*, in *Filosofia dei diritti umani - Philosophy of Human Rights*, IV, fasc. 10, gennaio-aprile 2002, pp. 61-73.

Ebbene, l'intuizione vichiana del *De Uno* ci appare comunque illuminante, soprattutto se analizzata *a parte subiecti*, e accostata a quel "sentimento del diritto" che instaura la percezione soggettiva dell'identità altrui, nel suo irriducibile differenziarsi dalla propria, pur nella comune esigenza e volontà di riconoscimento. In tal modo davvero possiamo interpretare le tre "idee" del dominio, libertà e tutela come se fossero un unico principio di azione e di esperienza, che muove il soggetto nel suo sviluppo di "espansione personalitaria", nella sua esigenza di trovare una conferma della propria identità attraverso il riconoscimento dell'altro e l'accoglimento delle proprie attese e aspettative esistenziali nel consenso comune (o anche nel conflitto dia-logico e mediato dal *nómos* neutrale della comunità) di un progetto di vita ispirato alla reciproca comprensione e persuasione. Tre idee, dunque, e un unico principio "costitutivo" del mondo umano della storia.

Utilizzando l'etimo latino del lessico vichiano, che rende ancor meglio il senso del radicamento storico e direi – schmittianamente – anche "geografico", di "*Ortnung*", oltre che di "*Ortung*"¹³, della "relazione giuridica originaria", potremmo così esemplificare:

per il "*dominium*", scaturente dall'idea – storica ed ermeneutica – del "*nosse*": io non posso "orientare" me stesso nel mondo dando senso alla mia identità e dunque espandere la mia personalità identitaria aperta all'ascolto dell'altro, se non mi sforzo di "conoscere" e quindi "dominare" la porzione di mondo che mi trovo ad abitare; solo a partire dalla padronanza e conoscenza di quella "regione" di mondo storico-culturale che mi trovo a vivere può instaurarsi la mia "pretesa" ad avere diritti in quel mondo; ho bisogno allora della comunità in cui vivo, affinché "istituisca" i dispositivi e le strutture necessari a sostenermi e orientarmi nel mio sforzo di conoscenza;

per la "*tutela*", scaturente dall'idea – storica ed ermeneutica – del "*posse*": io non posso "orientare" me stesso nel mondo ed espandere la mia personalità aperta all'ascolto dell'altro, se non mi sforzo di proteggere la mia identità dalle pretese altrui, quando tali pretese siano generate da prevaricazioni o decisioni arbitrarie immotivate, e non da spontanea espansione "persuasiva" di "altre" personalità identitarie aperte al dialogo e al riconoscimento; ho bisogno allora della comunità in cui vivo, affinché "istituisca" i dispositivi e le strutture necessari a tutelare le mie ragionevoli pretese, facendo sì che esse siano "giustiziabili";

per la "*libertà*", scaturente dall'idea – storica ed ermeneutica – del "*velle*": io non posso "orientare" me stesso nel mondo ed espandere la mia personalità aperta all'ascolto dell'altro, se non mi sforzo di indirizzare il mio "volere" particolare e insopprimibile, che dà senso alla mia

¹³ Il riferimento è alla celebre opera di C. SCHMITT, *Il nomos della terra* (a cura di F. Volpi), Milano, 1991.

identità, al perseguimento di un consenso (spontaneo o mediato) con i “voleri” particolari altrui, nella dialettica di un reciproco riconoscimento e di un’unica e comune volontà di comunicazione dei fini e degli interessi; ho bisogno allora della comunità in cui vivo, affinché “istituisca” i dispositivi e le strutture atti a rendere “compossibili” e perseguibili da tutti i suoi membri, i differenti valori e interessi particolari che muovono le volontà e spingono all’azione le diverse personalità identitarie; ho bisogno insomma che la comunità in cui vivo si “costituisca” come ordinamento giuridico, che renda precettivi, deontologicamente ordinati e formalmente aperti al mutamento (al consenso o al dissenso, per adesione e libera scelta delle volontà interessate) i valori su cui si fonda.

Come si vede, anche declinando soggettivamente la “pretesa” al riconoscimento del sé e della propria identità personalitaria, anche cercando di cogliere “*in limine iuris*” l’attivazione dello sforzo esistenziale per scorgere il diritto nel momento del suo formarsi, della sua origine storico-ideale, non si può prescindere dall’instaurarsi della relazione intersoggettiva, che vede affiorare con il “*pudor*” il “sentimento del diritto” nella coscienza del soggetto, e dal presupporre la relazione e il vincolo alla comunità di appartenenza, come orizzonte di senso (simbolico, culturale, affettivo) entro cui avviene il progressivo formarsi della personalità identitaria e contemporaneamente (per “gradi” e “posizioni” dell’azione) della coscienza giuridica, individuale e collettiva¹⁴.

In questo senso, ci appare chiara l’affermazione secondo cui “avere un diritto” significa poter attivare una pretesa razionalmente giustificabile (e quindi moralmente fondata) e giuridicamente “azionabile”¹⁵.

Lo spazio “esistenziale”¹⁶ del diritto, del “linguaggio dei diritti” e delle pretese, comincia a partire dal riconoscimento che io compio (positivo o negativo) dell’identità dell’“altro” con cui

¹⁴ Per questo abbiamo prima definito il “*pudor*”, veicolato dall’instaurarsi della relazione intersoggettiva entro l’orizzonte storico-culturale in cui essa si sviluppa (non del tutto risolvibile nel “*sensus communis*” kantiano), come autentico presupposto – esistenziale e storico – del farsi della relazione stessa attributrice di “identità personalitarie”, attivando la “giuridicità” come misura ideale del proprio e dell’altrui e trasformando quella che era una relazione tra “estranei” in un vincolo reciproco tra “identità solidali”; sul punto, v. nota 6. Inoltre, come si dirà, tale relazione, proprio a causa del nesso interno/esterno, del circolo “ontico-ermeneutico” tra l’attivarsi del “*pudor*” e l’orizzonte di “senso” entro cui avviene, deve fare i conti anche con i gradi di oggettivazione della “coscienza giuridica” e dunque con le statuizioni normative e l’ordinamento istituzionale della comunità, giacché nell’ambito di ogni “relazione personalitaria” vi è una sfera (neutra) del “già deciso” e del “già istituito”, di cui non si può pienamente disporre, e a partire da cui si attivano le valorizzazioni di “consenso” o “dissenso” delle identità interagenti.

¹⁵ Sul punto, cfr. P. COSTA, *Diritti*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto* (a cura di M. Fioravanti), Roma-Bari, 2002, pp. 37 ss.

¹⁶ Sul punto, cfr. S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza*, cit.; da ultimo, cfr. anche le riflessioni sullo “spazio esistenziale” dei diritti di M. LA TORRE, *Universalità e relatività dei diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, n. 23, dicembre 2004, pp. 411 ss.

entro in relazione, e della stessa comunità in cui mi trovo a vivere, ogni volta insomma che si affaccia al mio cospetto il “volto” dell’“alterità”, esistente, sociale o istituzionale, che (abitando in parte già entro me stesso) sollecita di volta in volta il formarsi della mia stessa aperta personalità identitaria: occorre solo prestargli “ascolto” e acquisire via via l’esperienza della “misura” del “proprio” e dell’“altrui”, con la ponderazione del “dire” e la normatività del “fare”.

3. Attestazione e involuzione della personalità identitaria: la “decisione-per-il-diritto” e la lesione antiggiuridica

Si è detto che lo sforzo di “espansione personalitaria”, l’“attestazione/ingiunzione” del sé come impegno e come attesa vitale, si compie nel momento in cui si instaura la relazione con l’identità altrui nel suo analogo sforzo esistenziale, nella sua analogo protensione verso un interesse particolare e nel momento in cui si ri-conosce l’identità/alterità della comunità in cui si vive, per poterne condividere o criticare i valori su cui si fonda e di cui si rende portatrice. Si è detto anche che il riconoscimento si basa sulla disponibilità all’apertura e all’ascolto dell’altro e sulla possibilità di una persuasione motivata e argomentata riguardo all’importanza dell’interesse particolare perseguito nonché sulla volontà di comunicarlo e estenderlo agli altri soggetti e all’intera comunità senza prevaricazioni o imposizioni; tutto ciò, mediante la pratica esperienziale della “misura ideale” del “proprio” e dell’“altrui”, implicante la ponderazione del *lógos* e la responsabilità delle azioni, la normatività del “dire” e del “fare”.

Dunque, “riconoscimento”, “apertura”, “ascolto”, “persuasione” e infine “coinvolgimento responsabile” dell’“*alterum*” nella propria vita – affettiva, culturale, sociale, istituzionale – e del “sé come *alterum*” nella vita altrui – affettiva, culturale, sociale, istituzionale¹⁷.

¹⁷ Utilizzo la dizione neutra “*alterum*” per significare l’alterità “terza” nella sua nuda “estraneità” al vivente, al di fuori e prima della relazione; “alterità” nella sua triplice dimensione “esistente”, “sociale” (di “ruolo”) o “istituzionale” che solo al momento dell’instaurarsi della relazione di “riconoscimento” tra il vivente e la “identità-altra”, acquista le “fattezze” storico-ideali e giuridiche della “persona”, portatrice di una dignità propria e di una dimensione di “senso” storico-ideale parzialmente “indisponibile”. In fondo, uno dei compiti fondamentali del diritto nelle sue oggettivazioni storico-positive – che o disciplinano le relazioni già instaurate e consolidate o “tipizzano” le possibilità deontologiche e performative dell’instaurarsi stesso delle relazioni – è da sempre proprio la salvaguardia e la tutela dell’alterità “terza” (e quindi dotata di un valore in sé) ancora al di fuori della relazione; anche se, come si è detto, proprio l’idea giuridica – come “principio” di azione e di esperienza – espressa *a parte subiecti* dal “sentimento del diritto”, attivando la “giuridicità” come capacità di misurare idealmente il proprio e l’altrui, fa sì che la relazione instaurata dal vivente con l’alterità (condotta sempre “*in limine iuris*” e dunque sempre suscettibile – nella pienezza dello slancio vitale e delle valorazioni soggettive – di approdare al “riconoscimento” o alla “lesione” dell’“*alter*”) si stabilizzi e si consolidi, acquistando le “forme” storico-ideali e “giuridiche” della relazione “personalitaria”.

Eppure non è così semplice: anzi, il cammino dello sforzo esistenziale è quasi sempre lastricato di drammi e lacerazioni. E con esso lo stesso sviluppo delle aspettative, esigenze e “pretese” di vita che una volta comunicate dal soggetto agli altri e alla comunità, da “esistenziali” divengono relazionali e dunque “moralì” perché inserite nell’argomentazione razionale di un discorso pratico, ma attendono infine di diventare “giuridiche”, affinché se ne possa godere e disporre in tutta la loro pienezza, insomma le si possa “dominare” per accrescere la propria consapevolezza di vita, le si possa poi “tutelare” con tutta la forza istituzionale che la comunità possiede, e le si possa infine “comunicare” liberamente, con “rispetto” delle altrui pretese particolari (poiché se voglio che la mia pretesa da “particolare” diventi “comune” e dunque “giuridica” debbo volere che anche le altrui pretese compiano lo stesso cammino) e con incremento della “vitalità” dell’intera comunità che ha il compito di connetterle in un ordinamento normativo comune dei voleri e degli interessi particolari.

Come si vede, è la stessa “complessità” dell’idea giuridica – che Vico suddistingueva ma ricomprendeva nelle idee del “*nosse*”, del “*posse*” e del “*velle*” – a far sì che lo sforzo del soggetto “*in limine iuris*” non sia così semplice: innanzitutto, proprio perché ciascuna idea ricomprende le altre, quanto più è avvertita come primaria una determinata esigenza o interesse per l’autoaffermazione della propria personalità identitaria, tanto più si corre il rischio di volerla come “normativa” a tutti i costi, per poterla difendere e imporre anche con la forza e la prevaricazione; ciascuna di quelle idee, dunque, può spingere il soggetto in direzioni diverse, anche lesive dell’altrui personalità, a seconda che prevalga l’uno o l’altro aspetto “normativo” della pretesa, tant’è che Capograssi in altre pagine più mature, di lucida fenomenologia politica, volle riqualificarle come “volontà di potere” – se prevale l’aspetto appropriativo – “volontà di ordine” – se prevale l’aspetto autoconservativo – “volontà di disordine” – se prevale l’aspetto impositivo del proprio volere particolare¹⁸.

E come si è detto, il “tragico” del diritto – che sul piano oggettivo dipende dal fatto che quelle idee “originanti” sono però da sempre differenziate e calate nella concretezza della storia culturale e istituzionale di una particolare comunità umana, sicché spesso un aspetto di esse offusca gli altri – si riverbera anche sul piano dello sforzo esistenziale, di quella “giuridicità” come capacità umana fondamentale di attribuire e de-finire la misura del “proprio” e dell’“altrui”, attra-

¹⁸ Il riferimento è all’ultimo scritto di G. CAPOGRASSI, *Considerazioni sullo Stato* (saggio postumo), in *Opere*, vol. III, Milano, 1959.

verso la normatività del dire e del fare, che attende ad un compito difficile e sempre precario, proprio perché differenziato e calato nella trama delle concrete situazioni reali che il soggetto si trova a vivere e per le quali la possibilità di portare avanti il proprio slancio vitale senza ledere le aspettative o le esigenze altrui è ostacolata e messa alla prova proprio dalla complessità della vita e dei rapporti sociali.

Se appare quasi superfluo ricordare che buona parte della filosofia otto-novecentesca di “critica della modernità” e di “ermeneutica del sospetto” – dalla sociologia post-marxiana erede della “lotta di classe” e della dialettica del riconoscimento hegeliana alla psicanalisi, dal vitalismo all’esistenzialismo sino al nichilismo e allo strutturalismo – abbia posto l’accento sulle lacerazioni e i conflitti – sociali, affettivi, psichici, simbolico-culturali, politici – che il soggetto si trova a dover affrontare nel “disagio della civiltà” proprio delle società moderne, non sarà inutile allora osservare come – sul piano ontico-esistenziale – la “decisione-per-il diritto”, la decisione di portare avanti e compiere lo sforzo esistenziale “*in limine iuris*”, riuscendo in ogni situazione a mantenere l’equilibrio e la misura del “proprio” e dell’“altrui”, nell’opera, sempre delicata e difficile del “*suum cuique tribuere*” e quindi del “coinvolgimento responsabile” dell’“altro” e del “sé come altro” nell’attuazione del proprio progetto di vita, sia un elemento fondamentale e “tragico”, appunto, del percorso di differenziazione del sé e di “espansione personalitaria”, insieme a quelli già ricordati di riconoscimento, ascolto e persuasione dell’“*alterum*”, che viene così a concludere l’intero percorso, o nel senso del suo compimento e dunque dell’affermazione “misurata” del sé o in quello della mancanza, che si traduce nella negazione “lesiva” dell’altro e del “sé come altro”.

Va sempre ricordato poi – sia detto per inciso – che l’“alterità” che si pone al cospetto (o di contro) alle attese e aspettative di vita del soggetto può anche essere un’alterità istituzionale, come detto più volte, e assumere quindi il “volto” (non sempre amico o fraterno) della “comunità”¹⁹ nel suo complesso o di un suo particolare segmento istituzionale; quando ciò avviene, quando il mancato riconoscimento di una pur “ragionevole” pretesa esistenziale – che la privi della sua essenziale, oggettiva normatività – sia imputabile alla comunità nel suo complessivo ordinamento istituzionale che ne impedisce o ostacola lo sviluppo e la “giuridificazione”, allora siamo quasi sempre nel campo della lesione di diritti fondamentali; allora davvero la “tragicità” dello sforzo esistenzia-

¹⁹ Sull’intenso dibattito teorico – passato e recente – che ha da sempre coinvolto il “pensare” la “comunità”, cfr. da ultimo l’importante contributo di F.M. DE SANCTIS, *Il problema “comunità” sul finire del XX secolo*, in ID., *Tra antico e moderno. individuo eguaglianza comunità*, Roma, 2004, pp. 227 ss.

le e della “decisione-per-il-diritto” sconfina nel dramma, nel “vuoto assoluto” dell’eccezione e della “messa al bando”, di cui parlava Agamben²⁰.

3.1. Potere sovrano e “diritto di resistenza”

Si profila insomma lo spettro del “diritto di resistenza” che ha un ruolo fondamentale nei momenti energetico-formativi compiuti “*in limine iuris*”, anche perché lo sforzo esistenziale di resistenza al potere costituito tende a porsi sul crinale di rottura dell’“*ordo iuris*”, a oltrepassarlo più che a percorrerlo con equilibrio, con la pretesa “utopica” ma non infondata di far “avanzare” la soglia, spostare quel “*limen*” più avanti nel tempo simbolico dell’orizzonte umano della storia, allargare i confini giuridici (simbolico-culturali) della comunità in cui si vive, rompendone gli equilibri consolidati e persuadendo il maggior numero possibile dei suoi componenti che è la comunità nel suo assetto istituzionale e giuridico-normativo a violare la “giuridicità” – l’idea del diritto nella sua originaria complessità – a negare un effettivo riconoscimento del “proprio” e dell’“altrui”, conculcando vitali e legittime esigenze di “espansione personalitaria”²¹.

Ciò può avvenire per ognuna delle tre dimensioni “ideali” della “giuridicità”, di cui abbiamo detto: può avvenire – per l’idea del “*nosse*” – quando la comunità nel suo assetto istituzionale e giuridico-normativo impedisce deliberatamente con i suoi dispositivi che lo sforzo “conoscitivo” e di autoconsapevolezza del soggetto sia portato a compimento liberamente, usufruendo delle strutture disponibili, e venga invece bloccato o distorto a fini autoconservativi del potere; basti pensare alla “propaganda” dei regimi totalitari, ancora presente in non poche società contemporanee, o anche ai regimi politici fondamentalisti, teocratico-religiosi, in cui l’indistinzione tra religione, politica e diritto impedisce il riconoscimento delle libertà di coscienza e blocca le possibilità autoemancipative dei soggetti, a favore del mantenimento della giuridicità di “*status*” e di ruolo, tipica delle società tradizionali.

Può avvenire – per l’idea del “*posse*” – anche nei democratici stati contemporanei “di diritto”: basti pensare alla drammaticità degli errori giudiziari o ai “segreti di Stato” evocati per impe-

²⁰ Il riferimento è al saggio di G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995.

²¹ Sul tema del “diritto di resistenza”, la letteratura è vastissima; per un’efficace sintesi e lettura critica, cfr. F.M. DE SANCTIS, *Sul diritto di resistenza*, in ID., *Tra antico e moderno*, cit., pp. 115 ss., nonché l’inevitabile lettura dei saggi di H. ARENDT, *La disobbedienza civile e altri saggi*, Milano, 1985 e di F. NEUMANN, *Sui limiti di una disobbedienza giustificata*, in ID., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1973; da ultimo, cfr. anche il fascicolo n. 26 della Rivista *Parole-Chiave, Disobbedienza*, Roma, marzo 2002.

dire la possibilità di difesa di soggetti vittime di reato, quando l'interesse per l'occultamento della verità processuale per salvaguardare gli "arcana imperi" prevale su quello dell'accertamento, o, senza arrivare a queste ipotesi estreme, basterebbe ricordare la lentezza delle procedure giurisdizionali che inibisce il fondamentale "diritto alla difesa". Naturalmente, ben più drammatica è la situazione di comunità e regimi politici ove tale diritto non sia affatto "riconosciuto", ove vigono tribunali speciali o altri istituti che negano la garanzia del giudice naturale precostituito per legge e ogni altra basilare specificazione del principio di legalità proprio degli Stati di diritto, come il principio di tassatività e di irretroattività della legge penale.

Infine, i casi in cui sia l'idea del "velle" ad essere minacciata o ostacolata dalla comunità nel suo assetto istituzionale, sono senza dubbio quelli più drammaticamente lesivi delle "libertà fondamentali" e dunque della possibilità stessa di un libero sviluppo dell'espansione personalitaria dei soggetti: ciò accade senz'altro nei regimi politici che impediscono il libero esercizio del diritto di voto e di associazione politica, o che limitano le libertà di espressione e di circolazione del pensiero, con il controllo dei mezzi di comunicazione o ancora vietano la libertà di culto e di professare liberamente la propria religione.

Ma anche qui gli stessi stati democratici di diritto non sono esenti da rischi di lesione (anche se più omissiva che attiva); infatti, laddove il problema di far sì che una libera aspettativa o pretesa – ragionevolmente promossa – possa diventare giuridico-normativa venga affidato ad una libera discussione argomentata da svolgersi prima nelle "arene prepolitiche" e poi nei dibattiti parlamentari per acquisire forma e forza di legge vigente, è chiaro che un tale procedimento di "giuridificazione" intenda salvaguardare proprio il libero convincimento di tutti i soggetti coinvolti nella sfera pubblica sulle buone ragioni della traduzione in legge di talune pretese ritenute vitali per l'intera comunità – su ciò che Habermas chiama i progetti di "autochiarificazione etica" della comunità²². In tal caso, i rischi di lesione si riducono o ad una mancata giuridificazione di interessi comunque vitali, ma sui quali non vi è accordo tra le forze politico-parlamentari: si pensi oggi ai casi riguardanti i temi assai delicati della cd. "bioetica"²³; o anche ai delicati casi in cui si impedisca la cd. "disobbedienza civile" nei confronti di leggi implicanti questioni di coscienza²⁴; o an-

²² Sul punto, cfr. J. HABERMAS, *Fatti e Norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, pp. 214 ss.

²³ Basti qui ricordare – data la sterminata letteratura – solo l'importante volume collettaneo a cura di S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1997, nonché ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; da ultimo, con ampia bibliografia, cfr. R. MORDACCI, *Un'introduzione alle teorie morali. Confronto con la bioetica*, Milano, 2003.

²⁴ Sul punto, cfr. il fascicolo n. 26 della Rivista *Parole-Chiave, Disobbedienza*, cit.

cora ai casi in cui non si faccia un buon uso della tecnica di bilanciamento dei diritti fondamentali, da parte delle supreme istanze giurisdizionali, nelle materie di evidente collisione tra libertà egualmente tutelate dalla carta costituzionale²⁵.

4. Il sentimento del diritto: intuizione e percezione del “pudor”

Se dunque l’idea del diritto e della giuridicità si manifesta nei tre momenti del “*nosse*” del “*posse*” e del “*velle*”, che potremmo ridefinire come momento acquisitivo/possessivo, conservativo/immunitario ed espansivo/libertario dello sforzo esistenziale per l’autocoscienza e l’autoaffermazione del sé e per l’“espansione personalitaria” è indubbio che quest’ultimo (quello espansivo/libertario) è quello meno evidente ma forse più importante per la sua funzione di cerniera e di mediazione nella dicotomia interno/esterno, identità/differenza, tra l’ambito “ontogenetico” della capacità giuridica come misura del “proprio” e dell’“altrui” e quello “sociogenetico” della costruzione e della strutturazione oggettiva del diritto, per le quali è necessario l’intervento della scienza e degli apparati dogmatico-istituzionali.

Nell’ambito espansivo/libertario, esemplificato dall’idea del “*velle*”, avviene probabilmente, in modo più visibile che negli altri due ambiti, l’incontro e la composizione tra l’elemento alogico e irrazionale della pretesa e aspettativa esigenziale e quello razionale o meglio “ragionevole” – poiché la razionalità è propria delle strutture e delle oggettivazioni istituzionali – della “persuasione” all’instaurarsi della relazione al cospetto dell’altro.

È il momento dell’affacciarsi del “sentimento del diritto”, esemplificato vichianamente dall’idea del “*pudor*”²⁶, inteso come senso di un’“assenza”²⁷ all’interno della “pienezza” del sé, di cui si acquisisce consapevolezza solo al momento dell’incontro con l’altro e dell’instaurarsi della relazione. È qui che scatta qualcosa all’interno del soggetto, che lo rende conscio della sua fragilità, come se l’ostentata sicurezza delle proprie aspettative esigenziali di vita venisse offuscata dal

²⁵ Sul punto, cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 56 ss.

²⁶ Sull’idea del “*pudor*” in Vico, cfr. F. BOTTURI, *Tempo, linguaggio e azione. Le strutture vichiane della “Storia Ideale Eterna”*, Napoli, 1996; nonché le riflessioni di G. CAPOGRASSI, *L’attualità di Vico*, in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959, e nell’opera giovanile, ancora intrisa di hegelismo, ID., *Saggio sullo Stato* (1918), ora in *Opere*, vol. I, Milano, 1959.

²⁷ Sul punto, cfr. A. DAL LAGO, P.A. ROVATTI, *Elogio del pudore. Per un pensiero debole*, Milano, 1989, pp. 23 ss.; ovviamente, la lettura qui proposta del “*pudor*” come presupposto esistenziale e storico – veicolato entro l’orizzonte di “senso” custodito dalle oggettivazioni della “coscienza giuridica” che esso stesso “eccede” ma a partire da cui si costituisce – appare lontana da quella proposta all’interno della corrente teorica del “pensiero debole”, che pur ha avuto il merito di ripercorrerne la “pensabilità”.

timore della sostanziale vacuità e vanità del proprio sforzo esistenziale, se esso non fosse volto alla comunicazione e persuasione del proprio fine e progetto vitale nei confronti degli altri soggetti, più che alla sua stessa realizzazione.

È qui che ha inizio il radicamento “storico-ideale” e “ontico-esistenziale” dell’idea del diritto, con l’attivazione della capacità critico-ermeneutica della “giuridicità” come misura del “proprio” e dell’“altrui”, implicante la ponderazione del “dire” e la responsabilità del “fare” e culminante nel “coinvolgimento responsabile” dell’“*alterum*” come “*alter*” nel percorso di espansione personalitaria: essa rischierebbe di restare inoperosa e latente se non vi fosse lo slancio innescato appunto dal “sentimento del diritto”, nella sua spinta alogica verso l’altro, che potremmo definire come “disponibilità” del soggetto a “riconoscersi” nell’altrui sforzo esistenziale e a fermare la propria azione nell’oggettivazione di un volere comune, nel cammino di autoconsapevolezza di sé e del mondo, che può avvenire solo con la mediazione storico-ermeneutica dell’alterità, esistenziale, sociale e istituzionale. In tal senso, come si diceva, esso può considerarsi autentico presupposto “ontico-esistenziale”, veicolato dalle forme storico-ideali del diritto, dell’instaurarsi della “relazione personalitaria”²⁸.

Ma il terreno su cui affonda le radici un tale sentimento è quello irrazionale delle passioni e delle pulsioni, delle emozioni e delle valutazioni soggettive, insomma di quel “sentirsi coinvolti”²⁹ nella relazione intersoggettiva da cui prende inizio l’osmosi tra individuo e società, e che è alla base di quel percorso di riconoscimento, apertura, ascolto dell’altro e decisione-per-il-diritto, che abbiamo incontrato alle origini della vicenda dell’umanesimo occidentale, all’origine della “*humanitas*” e della stessa idea del diritto.

Naturalmente, proprio per questa sua originaria irrazionalità esso è soggetto a tutte le fragilità e labilità tipiche del “corredo” pulsionale ed emotivo che inconsciamente e archetipicamente “abita” l’uomo; e a causa di ciò, la buona dose continua e “quotidiana” di sofferenze, inquietudini e lacerazioni cui ogni sforzo esistenziale deve far fronte può anche assopirlo, inibirne l’attivazione, smarrirne il senso e l’inconscia “coabitazione”.

Anche per questo è necessaria l’opera di stabilizzazione e di “riduzione” della complessità storico-ideale del diritto compiuta dalla scienza e dai suoi dispositivi, dalle sue categorie logiche e

²⁸ Sul punto, v. le note 6 e 14.

²⁹ Mutuo l’espressione da A. HELLER, *Teoria dei sentimenti*, Roma, 1980, pp. 15 ss.; da ultimo, sull’importanza del coinvolgimento emotivo nel processo di crescita cognitivo e morale del soggetto, cfr. M.C. NUSBAUM, *L’intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2004.

deontologiche, che mediano conoscenza e giudizi di valore, quasi a far sì che il suo sapere pratico-descrittivo possa considerarsi l'unico sapere storico-umano (forse insieme al sapere medico-terapeutico) a poter dedurre prescrizioni (i precetti normativi "esterni") da descrizioni (le qualificazioni giuridiche), a patto però di salvaguardare la propria autonomia dai luoghi originari del "potere" e della "morale"³⁰.

Ma la nascita originaria e alogica del "sentimento del diritto" all'interno dell'instaurarsi della relazione intersoggettiva, con la conseguente attivazione della giuridicità "critico-ermeneutica" della misura del "proprio" e dell'"altrui", costituisce come si diceva il momento "ontogenetico" del diritto, il momento energetico-formativo dello sforzo esistenziale del soggetto e della sua espansione personalitaria, colto appunto "*in limine iuris*", e la scienza del diritto nasce per potenziarne gli effetti, non per con-finarlo e inscrivere nella sua origine.

La "giuridicità" nella sua origine storico-ideale non si lascia dunque con-finare ed esaurire nella scienza e nelle sue categorie, altrimenti corre il rischio di scivolare lungo il crinale del positivismo, provocando quel distacco tra scienza e vita che ne detronizza e depotenzia gli effetti, soprattutto di stabilizzazione (individuale e collettiva) della coscienza giuridica (del "sentimento" come dei gradi evolutivi di giuridicità) e svelando di quella "relazione giuridica originaria" solo la situazione "eccezionale" della "messa al bando" della vita dal potere sovrano e la sua contestuale inclusione entro una "forma" giuridica³¹, ma non anche la condizione normale e "normativa"³² dello sforzo esistenziale del soggetto verso la vita, tra-dotto dal sentimento del diritto e dalla capacità giuridica nel "riconoscimento" dell'altro nella relazione intersoggettiva, mediata storicamente dai poteri istituiti della comunità di appartenenza e con-dotto (non sempre con successo) verso quella "decisione-per-il-diritto" che ne incrementa e ne trascende il potenziale di vitalità.

A ben guardare però lo stesso "coinvolgimento responsabile" dell'"*alterum*" come "*alter*" cui dà seguito la "decisione-per-il-diritto" come misura del "proprio" e dell'"altrui" in cui culmina il processo di riconoscimento e di espansione personalitaria, e che dunque appare essere il prodotto ultimo e vitale della "giuridicità" nella sua matrice storico-ideale, affonda le sue radici su un terreno di elementi alogici troppo labili e instabili per assicurarne la riuscita e il compimento: esso potrà essere affettivo, simbolico-culturale o sociale, a seconda che si alimenti e tragga forza e origine dal patrimonio pulsionale-emotivo – da cui nasce il "sentimento del diritto" (basti pensare

³⁰ Sul ruolo di "mediazione" del sapere giuridico e sulla sua natura "simbolico-performativa" v. nota 12.

³¹ Sul punto, cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit.

³² Sul punto, cfr. R. ESPOSITO, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004, pp. 159 ss.

alle assunzioni di responsabilità sorte in ambito affettivo o familiare) – o dal potenziale simbolico delle istituzioni e della comunità in cui si vive – ad es. l’idea di patria e la fedeltà alla nazione – o ancora dal ruolo sociale (e dall’importanza simbolica spesso mutevole ad esso attribuito) eccedente la soggettività e comunque alimentante le motivazioni identitarie dello sforzo esistenziale.

Occorre allora l’opera di stabilizzazione e di consolidamento di quegli elementi simbolici e alogici, effettuata dalla “*scientia iuris*” nel corso dei secoli, attraverso il veicolo “neutrale” delle astrazioni ad un tempo storico-trascendentali e performative (le cd. “tipizzazioni”) dei principi informanti le diverse attività umane e la loro com-possibilità, ossia la loro possibile attuazione e anche trasformazione da chiunque rivesta il ruolo tipizzato e normato dalla scienza, affinché lo sforzo esistenziale dell’espansione personalitaria nel difficile esercizio del “*suum cuique tribuere*” e dunque del suo continuo compiersi “*in limine iuris*”, possa trovare più facilmente il suo compimento nella “decisione-per-il-diritto”, con la realizzazione della misura del “proprio” e dell’“altrui”, nel responsabile coinvolgimento dell’alterità (sociale e istituzionale) e ad un tempo nella responsabile normatività del proprio dire e del proprio agire.

PIER FRANCESCO SAVONA
Università degli Studi di Napoli Federico II