

Introduzione

Dentro le contraddizioni del diritto, che può essere considerato uno strumento di oppressione e persino di violenza, ma anche di cooperazione e persino di sostegno per tanti soggetti emarginati e sofferenti. Fa parte del diritto il sistema delle pene, ma fanno parte del diritto anche i diritti umani, i meccanismi costituzionali di limitazione del potere, l'assistenza sociale.

Dove trovare, allora, il senso dell'esperienza giudica? In Isidoro di Siviglia che elenca puntigliosamente gli strumenti di pena (*compedes, peducaae, verbera, anguilla, fustes, vectes, virgae, ungulae, eculeus ...*)? E poi ci spiega che "il condannato può morire in differenti modi: è assai crudele, ad esempio, esalare lo spirito annegati, o bruciati nel fuoco, o uccisi dal freddo e dalla fame, ovvero lasciati in balia di cani ed animali feroci"¹. O, ancora, nei versi infuocati de *Les Tragiques* di Agrippa D'Aubigné, con le agghiaccianti sequele di condannati a morte? Dubourg arso vivo, Cranmer arso a Londra, Gardiner arso a Lisbona, Venot giustiziato a Parigi, De Mollio strangolato a Roma ... D'Aubigné ci rinfaccia ferri, tenaglie, fuochi, coltelli, corda: tutto l'orrendo corredo con cui "les severes prevost, choississans le tourments", ed è addirittura un favore cospargere il corpo del condannato al rogo con la polvere da sparo, per affrettarne la morte². Lo imita Saramago con la lunga e provocatoria litania di "crocifissi, sbudellati, decollati, scuoiati, incornati, seppelliti, segati ..."³.

Perché non dovremmo pensare, invece, alle dichiarazioni internazionali che si sono succedute, in questi ultimi anni, per affermare i diritti dei malati, dei bambini, delle donne, degli animali, dell'ambiente, della biosfera, della biomedicina, cercando di porre un limite al dolore e all'emarginazione dovunque si manifestassero, quasi a dare effettiva attuazione allo straordinario auspicio di Kant: "... la violazione avvenuta in un *punto* della terra è avvertita in tutti i punti"⁴. La stessa sensibilità riecheggia in tante decisioni dei vari Tribunali

¹ ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etymologiae sive Origines* V, XXVII, trad. it., in *Etimologie o origini*, Torino, Utet, 2004, vol. I, p. 419 ss.

² A. D'AUBIGNÉ, *Poema tragico*, trad. it., Milano, Rizzoli, 1979, p. 143 ss.

³ J. SARAMAGO, *Il vangelo secondo Gesù Cristo*, trad. it., Milano, Mondadori, 1999, p. 1069.

⁴ I. KANT, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico*, trad. it., in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1956, p. 305.

internazionali, ma anche nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, nelle sentenze delle singole corti costituzionali e potremmo forse dire nelle parole di ogni giudice, quando si trova a cercare un rimedio per le tante condizioni di ingiustizia che si manifestano nella società.

Giustizia? Neanche attraverso questa parola si possono acquietare i dubbi sul senso del diritto. È in nome della giustizia che, per secoli, sono state applicate la pena di morte e la tortura. Ed è in nome della giustizia che entrambe sono state abolite in molti paesi. Dentro il diritto troviamo tutte queste contraddizioni. "La società è la conseguenza dei nostri bisogni, e il governo della nostra malvagità; la prima promuove la nostra felicità in maniera positiva, unendo assieme i nostri affetti, il secondo la fa in modo negativo, tenendo a freno i nostri vizi ... la prima protegge, la seconda punisce"⁵. Hanno ragione, quindi, Agostino e Kelsen nel sottolineare che la qualità principale del diritto è la *vis coattiva*, la capacità di far fare qualcosa a qualcuno attraverso la minaccia della sanzione, ma hanno ragione anche Tommaso e Habermas nel rimarcare la preminenza del ruolo comunicativo e cooperativo del diritto, la capacità di fare qualcosa con qualcuno.

Dentro le contraddizioni, ma anche *dentro la ritualità e la formalità* con cui il diritto mette in scena fatti, parole, azioni, simboli, desideri e li trasforma in concetti (proprietà, colpa, danno), principi (libertà, uguaglianza, solidarietà), modelli (famiglia, contratto, moneta), procedure (notifica, sentenza, parlamento). Kelsen sostiene che nel diritto non vi sono fatti in sé, "ma solo fatti accertati dalla competente autorità nel corso di una procedura prescritta dall'ordinamento giuridico"⁶. Forse, più banalmente, potremmo dire che il diritto è una rappresentazione delle condotte umane. Un evento assume rilevanza giuridica, in base all'immagine che suscita, al luogo in cui si compie, alla persona che lo compie, alle procedure che si osservano. Solo così la violenza diventa pena, la sottrazione furto, l'appropriazione proprietà, la sessualità coabitazione, la coabitazione famiglia, un insieme di parole legge, una luce rossa divieto. Non è il singolo evento in sé, ma la coordinazione di circostanze, compiute spesso proprio in una specifica sequenza come in un copione teatrale, a determinare quel particolare effetto. I giuristi hanno coniato il termine fattispecie quasi a indicare che, nel mondo del diritto, esiste una "specie" particolare di eventi che, solo se prodotti in un certo modo e a certe condizioni da determinati soggetti, determinano a loro volta tutta una serie di conseguenze, impongono vincoli, implicano obblighi, consentono azioni: sono *facti species*, apparenza di un fatto.

⁵ TH. PAINE, *Senso comune*, trad. it., Macerata, Liberilibri, 2005, p. 5.

⁶ H. KELSEN, *Il diritto come specifica tecnica sociale*, trad. it., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Milano, Il Saggiatore, 1981, p. 116.

C'è qualcosa di magico? Anche questa convinzione non manca nelle elaborazioni teoriche. Il diritto sarebbe un'illusione necessaria. Ce lo illustra uno scrittore così tragicamente disincantato come Dürrenmatt: "Un giudice invece doveva esercitare una funzione discutibile. Doveva far sì che un'istituzione ormai imperfetta come la giustizia funzionasse, che servisse a garantire nell'aldilà un certo rispetto delle regole del gioco umano. Non occorre che un giudice fosse giusto, così come non occorre che il papa fosse credente"⁷. Anche dando per scontato che le cose stiano così, non si può negare che l'illusione è la convinzione che vi sia un *oltre*. Che ci sia qualcosa o qualcuno, oltre questo fatto, oltre questa sofferenza, oltre questa sentenza. Nel costruire questo *oltre*, il diritto dà un senso alla nostra esistenza, dà un ordine al nostro rapporto con gli altri, esprime la fiducia, una fiducia incondizionata, verso la necessità della coesistenza rispetto alla possibilità del conflitto e della violenza. Il diritto costruisce o cerca di costruire una società della confidenza, malgrado la continua ed ineliminabile presenza della diffidenza. Utilizza, infatti, espressioni suggestive come "fonte" per indicare che esiste un'origine comune, rafforzata nel tempo dalla fiducia reciproca. Come "costituzione", per indicare che esistono ragioni profonde per stare assieme da cui derivano tutte le articolazioni della società. Come "ordine pubblico", per indicare che è possibile trovare un equilibrio al caos delle vicende umane, individuando un nucleo minimo di esigenze fondamentali.

Dentro le contraddizioni del diritto, dentro le rappresentazioni del diritto, ma anche *dentro il diritto per individuare quello che sta fuori dal diritto*. Una società della confidenza impone di riflettere, innanzitutto, sul rapporto tra diritto e morale. Anche in questo caso, nelle elaborazioni teoriche troviamo un po' di tutto. Il diritto è un aspetto della morale, integra la morale, è amorale e persino immorale, in certe prospettive estreme. Quanta morale, quanta politica, quanta economia, quanta scienza devono stare dentro le costruzioni giuridiche? E quanto deve, invece, esserne lasciato fuori, perché il reato non è peccato; perché obbedire alla legge non significa obbedire al sovrano; perché non tutto può essere ridotto a merce; perché quello che è scientificamente possibile non è sempre, in quanto tale, legittimo?

Tutti questi problemi non sono solo il frutto della riflessione teorica, ma emergono sistematicamente *dentro il diritto*, nella formulazione della singola norma o nella risoluzione del singolo caso. Anche se il giurista si trova a rincorrere le norme e anche se lo stesso insegnamento del diritto è sempre più un accumulo mnemonico di norme, "*acervatarum legum cumulo*"⁸, capita, prima o poi, di riflettere su quale sia il valore della coesistenza, su quale ordine vi sia

⁷ F. DÜRRENMATT, *Giustizia*, trad. it., Milano, Garzanti, 1986, p. 160.

⁸ Il diritto appariva così a LIVIO già qualche millennio fa: *Ab urbe condita*, III, 34, trad. it., in *La prima deca*, Torino, Utet, 1953, p. 245.

dentro l'ordinamento giuridico. Ancora una volta i giuristi sembrano inventare formule vaghe come validità, effettività, legalità, legittimità, norma fondamentale, norma di riconoscimento, per nascondere una domanda molto banale: perché ubbidiamo alle norme? Perché ci fidiamo di questa complessa impalcatura che chiamiamo organizzazione sociale, pur continuando a diffidare gli uni degli altri? Perché non possiamo fare a meno del diritto nell'avventura della quotidianità⁹? Più stiamo dentro il diritto e più scopriamo di dover andare oltre il diritto, per cercare un ordine, per sperare che vi sia un ordine, per "reinventare una speranza"¹⁰.

Questo libro è la rapsodica ricerca di qualche elemento per nutrire questa speranza, a partire da alcuni temi fondamentali come il diritto naturale, la giustizia, l'origine del legame sociale, ma anche attraverso singole dimensioni esistenziali come la paura, la violenza, la fiducia, il benessere, la diversità. Mi piacerebbe poter dire che sia una ricerca ispirata dall'insegnamento di Sergio Cotta. Sono passati dieci anni da quando è scomparso e molti di più da quando ho appreso, dalle sue pagine, a riflettere sul diritto "come attività umana, come modalità di espressione dell'esistenza e dell'esperienza dell'uomo"¹¹.

⁹ "Das Abenteuer Alltäglichkeit" rubo l'immagine a P. HANDKE, *Canto della durata*, trad. it., Torino, Einaudi, p. 19.

¹⁰ Rubo l'immagine a un altro poeta, questa volta a Y. BONNEFOY, *L'atto e il luogo della poesia*, trad. it., in *L'opera poetica*, Milano, Mondadori, 2010, p. 1199.

¹¹ S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, Terza edizione riveduta e ampliata, Torino, Giappichelli, 1979, p. 71.

Capitolo I

Mettere in scena il diritto

Appena nati noi piangiamo per essere venuti
in questo grande teatro di pazzi.

(W. Shakespeare, *Re Lear*, IV, vi, 178-179)

1. Diritto e rito

Nessun giurista può negare che il diritto sia una messa in scena, sia anche una messa in scena ... di passioni, desideri, interessi, violenze, aspettative, sottratti all'immediatezza degli eventi, al decorso del tempo, alla soggettività degli impulsi, per divenire uno strumento di coesione sociale. Il diritto formalizza e tipizza. In questo modo trasfigura i fatti, riproducendoli in maniera che siano tendenzialmente accettati e condivisi. Come un attore sulla scena riduce la realtà alla "parte" che sta recitando. La realtà è molto più complessa, e anzi probabilmente diversa da quanto avviene sulla scena, eppure la scena è un aspetto della realtà e anzi, in quel momento e a quelle condizioni, è l'unico aspetto della realtà che abbia un senso e possa essere percepito: "più concretamente: com'è possibile che alcuni segni su una tavoletta di argilla, alcuni tratti vergati con penna e matita spesso a malapena leggibili su un frammento di carta, costituiscano una *persona* – una Beatrice, un Falstaff, un'Anna Karenina – la cui sostanza per innumerevoli lettori o spettatori oltrepassa la vita stessa, nella sua *realtà*, nella sua presenza fenomenica, nella sua longevità incarnata e sociale?"¹. Come farebbe, altrimenti, la gelosia a diventare Otello? E come farebbe la violenza a diventare pena, l'appropriazione proprietà, un enunciato linguistico legge, un insieme di parole sentenza, un insieme di soggetti famiglia o associazione o società, un pezzo di carta denaro o forse meglio titolo di credito, un insieme di cose azienda?

¹ G. STEINER, *I libri hanno bisogno di noi*, trad. it., Milano, Garzanti, 2013, p. 10.

Dal teatro il diritto mutua uno dei suoi concetti più significativi, quello di *persona*: la maschera con cui ciascuno entra nella scena dell'esistenza. Col teatro il diritto condivide l'espressione *parte*: Jhering nota come nel processo attore e convenuto, accusatore e accusato siano nulla più che due maschere², ciascuno col proprio brano da recitare; più suggestivamente Balzac dipinge l'attività della "difesa" come il dovere "di opporre un romanzo probabile al romanzo improbabile dell'accusa"³. Nel teatro e nel diritto è centrale l'interprete, qualcuno che media tra parole e cose, tra testo e contesto. Il diritto e il teatro hanno il medesimo carattere allusivo: quello che mettono in scena qui e ora, nell'enunciato di una norma o nella *performance* di un attore, è solo un tassello di qualcosa di più complesso, è solo la ripetizione di qualcosa di più grande. Ronald Dworkin evoca la "catena narrativa"⁴ per descrivere la qualità della coerenza, quasi le "puntate di una *soap opera*", con cui ogni decisione giudiziale garantisce l'integrità del diritto, collegandosi ai precedenti e ricevendo da questi plausibilità. *Theatrum veritatis et iustitiae* si intitola una delle più grandi *summae* giuridiche dell'epoca barocca: i quindici libri con cui Giovanni Battista De Luca spazia dalle regalie alle servitù prediali, dai legati ai benefici ecclesiastici, dall'usura al divorzio, nella consapevolezza che si tratti solo dei vari frammenti di una rappresentazione sempre approssimativa delle aspirazioni umane.

Teatro e diritto sono caratterizzati da una forte componente rituale. Fanno, cioè, parte di quelle particolari pratiche presenti in tutte le culture con lo scopo di orientare, modificare, alterare, annullare e, in ogni caso, incidere sulle azioni umane attraverso un procedimento o un'attività che si svolge secondo regole formalizzate. Gli eventi che il rito evoca assumono non solo un significato diverso e particolare rispetto a quanto avviene effettivamente, ma anche una specifica autorevolezza e dignità che garantisce il consenso e l'armonia sociale. Questi effetti dipendono dal luogo in cui sono compiuti, dalla *persona* che li compie, dalle procedure che si osservano, dalle formule che si pronunciano. Nessuno di questi elementi ha isolatamente un valore proprio. Neppure nel loro insieme avrebbero un senso e un valore, se non si inserissero all'interno di qualcosa di più ampio che li trascende e se non evocassero qualcosa di sfuggente, tanto indecifrabile quanto fondamentale per l'esistenza umana. Nella sua allusività il rito conferma che c'è un oltre. C'è un tempio oltre lo spazio, un corpo oltre la maschera, una formula oltre le parole, un *per-ficere*, un portare a compimento, oltre il *pro-ficere*⁵, il portare avanti. Gli eventi non

² Lo ricorda F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1985, p. 329.

³ H. BALZAC, *Un caso tenebroso*, trad. it., Palermo, Sellerio, 1996, p. 204.

⁴ R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it., Milano, Il Saggiatore, 1989, p. 215.

⁵ U. CURI, *Endiadi. Figure della duplicità*, Milano, Feltrinelli, 1995, p. 169.

si perdono nel caos o si annullano nel caso, ma *procedono*: hanno un inizio e una fine. E quindi hanno un fine. Se non fosse così, osserva Kant, la creazione apparirebbe “come un’opera teatrale [*Schauspiel*] che non avesse un epilogo”⁶. Il diritto nel mettere in scena la realtà è come il rito, è come il teatro: esprime l’esigenza di un ordine, imperscrutabile eppure evocabile, in cui le vicende umane si inseriscono e definiscono.

2. Diritto e religione

C’è qualcosa di religioso in tutto questo. La religione esprime il rapporto con un ordine superiore: il divino, il numinoso, l’irrappresentabile, l’innominabile ... Quale che sia il termine presente nelle diverse tradizioni culturali, domina l’idea che l’uomo entri in contatto (*Umgang*) con “qualcosa” da cui è dominato ma che non riesce a dominare⁷, da cui è pervaso ma che non riesce ad afferrare. *Umgang* indica tutte le infinite sfumature di un’inesauribile andare (*geben*) intorno (*um*): porre al centro, intrattenere, coltivare ... O meglio dinanzi al problema della contemporaneità tra determinatezza e indeterminabilità, la religione ha la funzione di trasformare la complessità indeterminata in complessità determinabile: “per chi va in cerca del senso, interroga, soffre, dubita, il fatto *che sia così* soddisfa la funzione della religione”⁸. La stessa funzione Luhmann attribuisce al diritto: costituisce: “un’apparenza che fornisce una base durevole per la prosecuzione dei contratti a patto che ognuno rispetti le regole del gioco e collabori, con fiducia, al mantenimento della rappresentazione”⁹.

Possiamo quindi dire che la religione e il diritto, se osservati come atti meramente rituali, mettono in scena il “che sia così”, rendendo rappresentabile l’ir-rappresentabile: Dio oppure l’origine della fiducia reciproca. Che senso ha credere? Che senso ha ubbidire? Ma anche che senso ha la vita? Nessuno potrà mai garantire l’esistenza di Dio come nessuno potrà mai garantire la fiducia. Il “che sia così” chiude la catena delle domande: “... non dice che non dice cosa non dice”¹⁰.

Questa duplice connotazione teoretica ed etica si ritrova nell’etimologia

⁶ E. KANT, *La fine di tutte le cose*, trad. it., Torino, Bollati Boringhieri, 2006, p. 245.

⁷ K. KERÉNYI, *Rapporto con il divino e altri scritti*, trad. it., Milano, Bompiani, 2014, pp. 36-49.

⁸ N. LUHMANN, *Funzione della religione*, trad. it., Brescia, Morcelliana, 1991, p. 46.

⁹ N. LUHMANN, *La fiducia*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2002, p. 106.

¹⁰ N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, trad. it., Roma, Armando, 2013, p. 73.

che Cicerone e Agostino attribuiscono al termine *religio*¹¹. Sottolinea l'aspetto teoretico Cicerone¹², che ricorda il verbo *religere* relativo a "coloro che compivano con accuratezza tutti gli atti del culto divino e per così dire li rileggevano attentamente, furono detti religiosi da 'rileggere' ...". Agostino¹³ si rifà, invece, a *religare*, per sottolineare il legame con il quale "cerchiamo di raggiungere l'unico Dio e a Lui solo leghiamo le nostre anime (da dove si crede che provenga il termine religione?)". Leggere o legare. Compiere o cercare. Ripetere con accuratezza o guardare con attenzione. In ogni caso, l'individuo deve andare oltre se stesso, osservare il mondo con occhi diversi, con gli occhi dell'altro. Il segno di un limite e intanto il conforto della presenza di qualcuno accanto a sé. La perdita dell'illusione dell'onnipotenza e in cambio, oltre la paura della solitudine, la fiducia nell'esistenza di legami stabili: religiosi prima e sociali poi. O meglio sociali, perché religiosi. La religione è il cemento della coesione sociale, perché rivela i limiti della natura umana. "Questo pensare a partire dall'altro (*Vom-ändern-her-denken*) ... potrebbe essere simbolizzato con l' 'amore', e si potrebbe tentare di comprendere l'amore in modo tale da fonderlo quasi con la religione"¹⁴.

È estremamente significativa la somiglianza con le possibili etimologie del termine legge. Francisco Suarez nel *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*¹⁵, uno degli scritti più importanti della filosofia del '500, sottolinea che S. Tommaso mette in rapporto *legge* con il verbo *legare*, "perché l'effetto proprio della legge è quello di legare", mentre Isidoro di Siviglia pensa al verbo *leggere*, perché "ritiene che la legge debba essere scritta e dunque (qualcosa) da leggere". Suarez ricorda inoltre che Cicerone e S. Agostino privilegiavano, invece, l'affinità con *eligere* o *delegere*, perché è sempre implicata la "scelta" tra diverse cose o soluzioni. Tutte queste plausibili e diverse declinazioni pongono in ogni caso l'accento sul problema del legame: del legame in sé (Tommaso), del legame attraverso la parola (Isidoro), del legame attraverso la con-divisione delle scelte o delle decisioni (Cicerone e Agostino).

La legge, liberando l'uomo dal timore della solitudine o dell'indifferenza, dà un senso alla sua esistenza e un ordine alle sue azioni. Solo così "Dies diei eructat verbum, Et nox nocti indicat scientiam" (18,3): un giorno può affidare all'altro giorno il suo racconto, una notte spiegare all'altra notte qual è il mi-

¹¹ M. POHLENZ, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, trad. it., Milano, Bompiani, 2005, p. 959.

¹² *Nat. deor.*, 2, 27, 72.

¹³ *Vera relig.*, 111-113.

¹⁴ N. LUHMANN, *Funzione della religione*, cit., p. 60.

¹⁵ I.I.9. Cito nella recente traduzione, a cura di O. De Bertolis, Padova, Cedam, 2001, L.I, p. 25 ss.

stero. Solo così “*convertens anima*” (18,8): si trasforma la nostra anima. Solo così “*praeceptum Domini lucidum, illuminans oculos*” (18,9): scorgiamo la luce. Solo così “*delicta quis intellegit*” (18,13): riconosciamo l’errore. Sono citazioni che traggono dal *Salmo 18* dell’*Antico Testamento*. Libro che la tradizione canonica intitola *Laus Dei creatoris et legislatoris*. Al *Salmo 18*, anche al *Salmo 18*, pensa Suarez nel dare un titolo al suo *Trattato* e, in questo modo, non compie solo un atto di fede, l’ossequio e la conformità alla tradizione cattolica¹⁶, ma esprime anche la fiducia, tutta laica, sul ruolo fondamentale della legge come *ordinatio rationis*: non un ordine qualunque imposto dal potere, ma l’aspirazione estrema, così estrema da non apparire dissociabile dalla religione, a rinvenire un giusto equilibrio malgrado la variabilità delle vicende umane.

Troviamo la stessa esigenza nelle prime parole delle *Institutiones*, che richiamano il rapporto con la religione in una duplice valenza: intellettuale e spirituale. Proprio all’inizio di questo documento, con cui il mondo romano intende offrire una sintesi della propria civiltà giuridica, troviamo il passo con cui Ulpiano, commentando la nota definizione di Celso del diritto come *ars boni et aequi*, osserva “giustamente siamo detti sacerdoti (*merito quis sacerdos appellet*), coltiviamo infatti la giustizia e dichiariamo la nozione del buono e dell’equo, separando ciò che è equo da ciò che è iniquo e il lecito dall’illecito, desiderando rendere buoni non solo per paura delle pene, ma anche con l’esortazione dei premi, raggiungendo, se non erro, una filosofia vera e non simulata (*veram ... philosophiam, non simulatam affectantes*)” (D.1,1,1,1).

Dobbiamo tenere presente che la cultura romana si caratterizza rispetto a tutte le altre culture del mondo antico, anche a quella greca a cui deve tanto, per il fatto che la dimensione religioso-rituale e la dimensione laico-razionale non sono mai nettamente separabili. Non lo sono negli oscuri ricordi delle origini, ma neppure nei compiuti sviluppi dell’organizzazione burocratica dell’impero. Pur tendendo sempre più a differenziarsi, *res divinae* e *res humanae* “mantengono tra loro una rete fittissima di rapporti e di scambi”¹⁷. Sin dalle origini i pontefici hanno il monopolio del diritto, ne amministrano le formule, ne custodiscono gli atti, ne regolano gli sviluppi, ma “non agiscono come uomini dotati di una potenza carismatica, come maghi, indovini o profeti, sono piuttosto degli esperti e dei tecnici. Sono essi i primi giuristi nella sfera umana e sacrale”¹⁸.

¹⁶ Conformità ai canoni istituzionali che viene riconosciuta nel 1610 alla sua opera con l’autorizzazione alla stampa.

¹⁷ A. SCHIAVONE, *I saperi della città*, in *Storia di Roma*, vol. I, *Roma in Italia*, Torino, Einaudi, 1988, p. 564.

¹⁸ M. BRETONNE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, Laterza, 1987, p. 109.

Per questo motivo credo che l'espressione *sacerdos* non sia un mero espediente retorico¹⁹, ma esprima l'esigenza, etica e teoretica, di sottolineare come la dimensione sapienziale, insita nella pretesa di separare l'equo dall'iniquo e il lecito dall'illecito, abbia necessariamente qualcosa di sacro. L'uomo, se vuole trovare se stesso, se vuole trovare il giusto equilibrio della propria esistenza, deve andare oltre le proprie pretese, per scorgere un ordine ideale che non si può esaurire qui e ora né dominare, ma solo evocare. Una *vera philosophia* è quindi inseparabile dal divenire *sacerdos*, cultori dei valori etici fondamentali che conducono al buono e al giusto. Colpisce, nelle parole di Ulpiano, il riferimento alla simulazione (*simulatam*) e all'apparenza (*affectantes*). Anche il diritto è una rappresentazione della realtà, e quindi un insieme di simulazione e apparenza, ma questa rappresentazione è espressione di una filosofia "vera", perché non dipende soltanto dalla volontà individuale, ma dalla possibilità di garantire un corretto equilibrio sociale. *Lex* e *religio* si incontrano attraverso l'idea di un legame che va continuamente riletto, rievocato e riconfermato.

3. Diritto e violenza

Non si può, tuttavia, ignorare che nella dimensione rituale e religiosa del diritto emerge anche uno degli aspetti più inquietanti dell'identità umana: la presenza della violenza, di una violenza originaria e sempre latente che non viene nascosta, ma anzi messa in luce in tutta la sua brutale ottusità. In fondo il diritto legalizza e istituzionalizza la punizione e la sofferenza; l'invocazione del diritto spesso nasce dalla violenza subita o temuta.

Pensiamo alla *legis actio sacramento in rem*, descritta da Gaio (4.16). Qui tutto reca ancora l'impronta della violenza: dalle parole (*vindicatio, contravindicatio, manus iniectio*) alle azioni (il tocco della festuca) fino all'epilogo (*quando tu iniuria provocasti, sacramento te provoco*). Il rito, nel mettere in scena la violenza (*vim dicere, vim dicare*), la trasfigura, perché sposta l'andare contro del *vim dicare* nel rendere conto del *vim dicere*, nella ricerca di ragioni per giustificare la propria azione. La nascita del rito segna il passaggio, fondamentale per l'esistenza del diritto, dal *vim dicare*, immediato, istintivo, incontrollabile, al *vim dicere* mediato, razionale, istituzionale. Il diritto, attraverso il rito, trasporta la carica di violenza su un altro piano. Tende a farne, da motivo di crisi e conflitto, un momento di aggregazione sociale.

¹⁹ G. FALCONE, La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1), in M. MARRONE, G. FALCONE (a cura di), *Scritti giuridici/Bernardo Albano*, Torino, Giappichelli, 2006.