

part les d'iceux du desir a quoy nous auons
 este si fermement obligez. Et pouruoy se
 nous semble d'ice en auant chose a l'indie
 des. ou au moins a rendre sans parquoy
 nous pouruoy aller plus leprochaint. Et
 nous auons ne nous tenons nous par a se
 desheres. que auoir ou nous auons
 que il faudra de l'auant ou l'opon. Espauent
 qui auoient de l'histoire que nous li

facions pour nre cure et cheuyn continuel. Tant
 que nous puissions par nostre travail en
 droit charant aller a celle d'heureuse cite.
 Pour la quelle le faiseur emprunt
 ceste auue. Et tant fist quil pala et
 pest. Et nous lassa et monstra la voie
 et le cheuyn par laquelle len puet ala.
 A la quelle nous auons le pere et le fils et
 le saint esprit Amen. *Ch. dimanche le. 10. i. l'ue.*



Valerio Gigliotti

Civitas iuris

Diritto comune e contemporaneità

*De celle partie de l'empire en laquelle les
 souuerainetez et les fins des deux citez
 est assenoy la c'estime et la trouue
 de l'empire a estre de monstrez*

Dieu disons de la cite de Dieu
 laquelle la scripture est esmonstrez
 laquelle la scripture non par
 aduenture par monstrez de penser auant
 plament par le d'empire de la souuerainetez

pouruoy. Et sur ce en soy toutes
 manieres de monstrez humains. appelle par
 la cite de Dieu. Toutes les citez de l'empire
 de Dieu. C'est assenoy en la
 scripture est esmonstrez. Et nous
 sont de la cite de Dieu. Et nous
 sont en la cite de Dieu. Et nous
 est en la cite de Dieu
 en la cite de Dieu de Dieu esmonstrez



Giappichelli

PREMESSA

Il 3 dicembre del 1938 Cesare Pavese nella raccolta di testi *Il mestiere di vivere*, un «giornale» – com'ebbe a definirlo egli stesso – o uno *Zibaldone* come preferì intenderlo Cesare Segre, annotava:

Leggendo non cerchiamo idee nuove, ma pensieri già da noi pensati, che acquistano sulla pagina un suggello di conferma. Ci colpiscono degli altri le parole che risuonano in una zona già nostra – che già viviamo – e facendola vibrare ci permettono di cogliere nuovi spunti dentro di noi ¹.

Lo stesso, ci pare, potrebbe dirsi, in forma mimetica, anche dello scrivere: scrivendo, spesso, sono proprio le filigrane «di pensieri già da noi pensati» o pensati da altri autori, nella lunga storia delle fonti, ad intrecciarsi ed intessere le pagine che abbiamo l'ambizione di far apparire, quanto più possibile, fitte di «idee nuove» ma che, in realtà, sono innervate dalla ricapitolazione e dal deposito di un sapere secolare, magari solo riordinato da una prospettiva *altra*.

Così, ogni testo che componiamo è un avanzare minimo e intimo nel progresso della conoscenza, un passo che si compie non da soli, ma sempre accompagnati dalla consapevolezza di camminare in una *communio* e in una *communitas*: sociale, culturale, scientifica. Forse proprio l'operazione, laboriosa ed emozionante, della scrittura, spesso ci permette di richiamare alla nostra mente che *scriviamo* da soli ma non *siamo* soli a scrivere.

Anche questo libro non fa eccezione, in quanto originato da anni di cammino compiuto, da chi scrive, al fianco di grandi maestri, colleghi, giovani ricercatori, studenti e studentesse universitarie, con cui si sono condivise – in contesti differenti – molte riflessioni sui temi oggetto delle pagine che seguono. L'esigenza più urgente avvertita nello stendere queste pagine è stata il tentativo di rispondere a una forte domanda di senso proveniente

¹ C. PAVESE, *Il mestiere di vivere*, in *Diario 1935-1950*, ed. condotta sull'autografo a cura di M. Guglielminetti e L. Nay, *introduzione* di D. Starnone, Torino, Einaudi, 2020⁷, p. 141. La prima edizione, postuma, sempre per i tipi di Einaudi fu curata, nel 1952, da Massimo Mila, Italo Calvino e Natalia Ginzburg. La citazione di C. SEGRE compare nella *Nota introduttiva*, *ibid.*, p. XXVIII.

da chi si trova a lavorare, nella quotidianità, con il diritto e per il diritto, studente, docente o operatore pratico. Conversando, in molte e varie occasioni, con più o meno giovani giuristi, l'interrogativo che percorreva, incessante, le argomentazioni, a volte anche fieramente e costruttivamente dialettiche, risuonava come un «cembalo che tintinna»: è ancora possibile – prima che legittimo – nella società contemporanea, per il giurista come per il cittadino, chiedersi se il 'diritto', lo *ius*, debba essere anche necessariamente 'retto' eticamente, ossia *iustus*? Ovvero, in altri termini: può ancora la *giustizia* ricoprire un ruolo ontologicamente fondativo e non solo astrattamente retorico nei sistemi di diritto occidentali? Può l'agire da persone – uomini e donne – giuste, in conformità ai valori etici e non solo all'ossequio formale alla legge, costituire un elemento interessante per rispondere alle molte sfide che il diritto si trova oggi – e si troverà sempre più rapidamente – a dover affrontare? La forte influenza che il positivismo giuridico ancora esercita nella formazione universitaria, oltre che nella prassi, non parrebbe, di primo acchito, lasciare molto margine di dubbio nell'individuare, in queste domande, una zona grigia sullo sfondo del quadro che si va componendo del diritto contemporaneo. Tuttavia, proprio grazie al confronto con molti amici e colleghi che hanno accostato il problema da prospettive, anche disciplinari, eterogenee (dai letterati ai matematici, dai teologi agli antropologi, dai semiologi ai sociologi, accanto ai numerosi storici e giuristi, ovviamente), il panorama in realtà si è rischiarato notevolmente, illuminando di colori inaspettati il paesaggio teoretico.

Il tema etico e 'spirituale' della norma giusta e dell'agire secondo giustizia ha, evidentemente, innervato tutta la storia dell'Occidente, dall'antichità ad oggi, stabilendo una fitta rete di interconnessioni – tra saperi, istituzioni, religioni, ma soprattutto tra persone, nella percezione popolare e sociale – che la contemporaneità sembra voler continuare, quasi pervicacemente, dopo la lunga stagione dell'epoca moderna, a consegnare ad un polveroso ed inservibile 'passato'. In particolare, però, è spesso pervenuta a chi scrive, con piacevole sorpresa, da parte delle generazioni più giovani che vivono immerse in un presente connotato da un estremo pluralismo e da una continua accelerazione del tempo e compressione dello spazio, dovute alla digitalizzazione e alla globalizzazione – nuovi 'miti' della contemporaneità –, la richiesta di declinare i grandi temi storico-giuridici sotto il profilo di un recupero dell'orizzonte di valore e della dimensione di appartenenza ad una grande esperienza etico-giuridica e filosofico-spirituale, pensata e finalizzata alla prassi, che ha caratterizzato, *bon gré mal gré*, la storia dell'Europa per oltre duemila anni e che si è avviata ad imboccare l'avventura del terzo millennio.

Il lettore non troverà quindi, nelle pagine che seguono, nulla – o assai poco – di 'originale' rispetto ai contenuti descrittivi del diritto comune e delle dottrine giuridiche che lo hanno precorso e seguito, opera di grandi maestri spesso richiamati nel testo; non questa, infatti, è la finalità di questo

saggio, quanto piuttosto il proporre un percorso di ‘lettura’ dei principi insieme filosofici e giuridici che hanno attraversato la storia europea tra medioevo e prima età moderna. Una storia di cui si auspica che il lettore si senta *autore*, nel proprio tempo e con la propria esperienza di vita quotidiana, e non mero e distaccato *osservatore* e analista. Con il proposito, quindi, di evidenziare i nodi che ci sono sembrati più rilevanti, tra i molti, all’interno del percorso del diritto medievale, si è così tentato, con le modestissime capacità di cui disponiamo, di condurre chi legge in questo itinerario verso il recupero degli elementi fondazionali del diritto europeo, che abbiamo ritenuto di individuare nella straordinaria ricchezza dell’esperienza teologica, filosofica e giuridica dell’età del diritto comune.

Non certo, quindi, un’operazione passatista, nostalgica o continuista – che legittimamente farebbe sorridere con condiscendenza qualunque lettore non ingenuo – è quanto si è tentato di mettere in atto, bensì il tentativo di recupero di un fondamento *neoumanistico* della formazione del giurista contemporaneo, in controtendenza rispetto al tecnicismo pragmatista che sempre più sta marginalizzando il ruolo del diritto nel novero delle scienze. Senza sminuire l’irrinunciabile pluralità di competenze tecniche di cui oggi necessita l’operatore giuridico, si ritiene che parimenti indispensabile debba continuare ad essere considerata la padronanza degli strumenti ermeneutici, filosofici e storico-filologici che discipline ausiliarie quali la letteratura, la sociologia, l’antropologia e le arti figurative, nella tradizione retorica, hanno sempre accostato alla formazione tecnico-giuridica di chi è chiamato a interpretare i bisogni e le dinamiche della società, per poterne poi meglio applicare le soluzioni normative. In questo compito di responsabilità, pertanto, etica e civile prima che professionale, ci è sembrato imprescindibile richiamare la centralità della relazione tra giustizia, diritto e agire giusto di ogni persona all’interno della propria comunità, che è quanto ha caratterizzato la civiltà giuridica, la *civitas iuris*, nel medioevo europeo.

Troppi sono i debiti di gratitudine verso i molti amici, colleghi, studenti e studentesse, per poterli qui tutti nominare come meriterebbero. Ci limiteremo a ricordare solo due occasioni particolari. La prima è l’ormai lunga e feconda esperienza delle *Summer* e *Winter School in Law and Humanities* organizzate con i colleghi Paolo Heritier e Giacomo Jori; impreziosite, proprio su questi temi, dalla sapienza e lucida visione profetica di autentico umanista europeo contemporaneo qual è Carlo Ossola che ne è stato in larga misura ispiratore e infaticabile artefice. Proprio dal confronto, scientifico e umano, in questa cornice, tra i molti colleghi storici, giuristi, letterati, filosofi – che sono negli anni intervenuti dalle varie parti d’Italia, d’Europa e degli Stati Uniti, con entusiasta e oblativo spirito di condivisione – e i giovani ricercatori, dottorandi e studenti, sono nati i dibattiti più appassionanti che hanno ispirato queste pagine. La seconda sono le – ahimè – troppo rare ma illuminanti conversazioni che abbiamo avuto l’onore di intrattenere

con due grandi maestri, l'uno del diritto e della storia, l'altro di etica e di teologia. Inobliviabili, nella memoria di chi scrive, rimarranno, di Paolo Grossi, tra i molti testimoniati dal suo lungo magistero, gli insegnamenti sulla rilevanza del pensiero di S. Tommaso d'Aquino per la dottrina giuridica medievale; di Joseph Ratzinger, invece, quelli sulla responsabilità, per noi che abbiamo il privilegio di *professare* un sapere nelle università, di non deprivere mai le giovani generazioni della speranza nel futuro.

A tutti costoro, quali primi e autentici 'autori', alle loro idee, alle loro critiche, alle loro proposte e alle loro aspettative, confermate o deluse, si deve quanto di buono – se c'è – si può leggere nelle pagine che seguono. Sono loro le parole, le esperienze, le proposte che, risuonando «in una zona già nostra», ci hanno consentito «di cogliere nuovi spunti dentro di noi». Unicamente di chi ha redatto e sottoscritto il testo è invece la responsabilità delle molte inesattezze ed omissioni che lo percorrono.

Nel licenziare questo scritto, il 5 agosto del 2023, in una afosa serata torinese, il pensiero infine non può non correre a quando, lo stesso giorno del 1897, Joseph Conrad, nella suggestiva e fresca cornice del villaggio di Stanford-le-Hope, nella contea dell'Essex, manifestava a Cunninghame Graham la propria soddisfazione nell'aver trovato nell'amico non solo uno dei suoi pochi lettori, ma un lettore non indulgente, come gli specialisti, bensì sinceramente in grado di «sopportarne la prosa» e quindi di valutarla con senso critico; «perché – concludeva Conrad – uno scrive soltanto una metà del libro, dell'altra metà si deve occupare il lettore»². Senza l'audacia o la presunzione di ritenere che questo modesto scritto possa incontrare l'apprezzamento dei lettori, ci sia consentito, tuttavia, nutrire la sincera speranza che possano almeno, costoro, nella loro benevolenza, trarre anche solo qualche minimo spunto di riflessione critica per poter scrivere, ognuno e tutti, nuove, più vibranti e compiute, pagine di civiltà.

²J. CONRAD, *Joseph Conrad's letters to R. B. Cunninghame Graham*, ed. by C.T. Watts, London, Cambridge University Press, 1969, pp. 45-46: «I am very sincerely delighted to learn that you can stand my prose. It is so hard to realise that I have any readers! – except the critics, who have been very kind and moral, and austere but excessively indulgent. To know that *You* could read me is good news indeed – for one writes only half the book; the other half is with the reader».

INTRODUZIONE

IL GIURISTA CONTEMPORANEO PELLEGRINO
TRA CIVITAS LEGIS E CIVITAS IUSTITIAE

*Ogni secolo è come gli altri,
benché a coloro che vivono in esso
sembri che sia peggiore
di ogni altro secolo precedente.*

JOHN HENRY NEWMAN¹.

In un'intervista a Jean-Luc Marion, pubblicata nel 2021 con il titolo *À vrai dire*, il giornalista Paul-François Paoli poneva al filosofo una domanda tanto 'diretta' quanto 'scomoda': in questa epoca postmoderna siamo dunque costretti ad accettare il nichilismo e di conseguenza il primato del disordine e del caos sull'ordine? Marion, raffinato interprete tanto della tradizione scolastica e metafisica quanto di quella fenomenologica post-metafisica, rispondeva con straordinaria lucidità:

Non è questione di accettare o meno il nichilismo. C'è. È necessario capire che questo disordine e questo caos – come lei li chiama – non sono arrivati per caso. Sono la conseguenza di un movimento che, storicamente, comincia nel XVI secolo con le guerre di religione, prosegue con la formazione degli Stati nazionali, la creazione delle frontiere, la nascita del diritto internazionale, entra in agonia con la Guerra del 1914-1918 e termina nel 1989 con la caduta del muro di Berlino. Politicamente si passa dalle ideologie dominanti alle ideologie totalitarie, per sfociare nelle ideologie attuali che, non volendo riconoscersi né come dominanti né totalitarie, si professano di rottura. Filosoficamente questo movimento è ricompreso in quella che si chiama metafisica, alla sua genesi, al suo sviluppo e alla sua fine. L'anarchia odierna, che caratterizza la postmodernità, ha dunque una genealogia: essa ha delle cause, degli sviluppi, degli esiti².

¹J.H. NEWMAN, *Lectures on the Prophetic Office of the Church*, London, J. H. Parker, 1838, p. 429.

²J-L. MARION, *À vrai dire. Une conversation. Entretiens avec Paul-François Paoli*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2021, pp. 195-196. Nostra la traduzione.

È dunque un fatto: la condizione esistenziale dell'uomo e della donna contemporanei, al banco di prova della realtà, civile e giuridica, ma anche quotidiana, continua a configurarsi sempre più aporetica quando non critica o drammatica; constatarlo è un inizio, ma non basta: occorre indagarne la «genealogia», e indagarla, evidentemente, nella storia.

Pertanto, se il diritto è incarnazione dell'umano in società, nel tempo e nella storia, non si stupirà, chi legge, se introduciamo questo saggio sul *diritto comune* in relazione alla *contemporaneità* con alcune riflessioni sul rapporto tra persona, norma e fondamento dell'agire, ai giorni nostri.

Allo storico, e allo storico del diritto in particolare, è, da sempre, accordato un privilegio particolare: poter osservare con una profondità di sguardo l'evoluzione del fenomeno giuridico nel passato per poter meglio interpretare il presente; un presente che – ci ricorda André Gide (1869-1951) – è innervato della sua stessa storia, e proprio tale storicità, di cui tutti, osservatori e attori, siamo protagonisti, oggi, è quanto ci permette di proiettare il nostro avvenire come «un ponte infinito sullo spazio»³.

Nella storia e attraverso di essa riusciamo, infatti, a cogliere l'evoluzione della normatività, di ieri ma anche di oggi e di sempre, all'interno delle società. La società non è, tuttavia, una pura astrazione nominale: si concreta in donne e uomini, portatori di bisogni, aspirazioni, sentimenti, valori, mutevoli nel corso delle diverse epoche storiche, che non sono riducibili – per fortuna – al solo momento 'patologico' del conflitto tra interessi concorrenti, l'unico in cui, secondo una *Weltanschauung* dalla lunga tradizione positivista, si manifesterebbe l'esigenza del diritto. Un diritto, quindi, quello del positivismo, percepito come sistema sanzionatorio di un comportamento illecito e assai più raramente come opportunità di reciproca autoregolamentazione dell'ordine sociale.

Spesso Paolo Grossi (1933-2022), nel corso del suo lungo e fecondo magistero, ha amato ripetere che lo storico del diritto deve essere «coscienza» del giurista positivo (o 'vigentista' com'egli preferiva definirlo). Intuizione e verità sacrosanta che, tuttavia, pone una conseguente, drammatica e provocatoria domanda: a quale 'coscienza' possono, oggi, fare riferimento lo storico e il giurista, in un'epoca che pare, sistematicamente, voler continuare a respingere la sfera dei valori morali e della responsabilità etica (quanto meno in rapporto al diritto) nella cesta delle anticaglie 'premoderne', da tenere ben custodita in una soffitta di erudizione giusnaturalistica?

Rispondere a tale interrogativo richiederebbe, certo, una ben più ampia e profonda riflessione che non rientra nelle finalità e nelle competenze di

³ A. GIDE, *Les nourritures terrestres*, Paris, Gallimard, 1936, p. 20: «Il y a d'étranges possibilités dans chaque homme. Le présent serait plein de tous les avènements, si le passé n'y projetait déjà une histoire. Mais, hélas! Un unique passé propose un unique avenir – le projeté devant nous, comme un pont infini sur l'espace».

chi scrive; tuttavia, alcune sottolineature ci sembra possano essere prodromiche ad introdurre questo studio.

Le 'discontinuità' nella storia del diritto sono state, spesso, fonte feconda di 'rinnovamenti', ma in alcuni, più rari casi hanno impoverito notevolmente quella che ci piace continuare a chiamare, con una categoria che suona forse un po' retorica all'orecchio contemporaneo, la *civitas iuris occidentalis*, la *civiltà giuridica occidentale*. Uno, tra tutti, è costituito dall'«infarto giuridico» che, nel corso dell'evo moderno, il giuspositivismo hobbesiano prima, le codificazioni e il formalismo kelseniano poi, crearono nel fluire delle arterie della tradizione giuridica, irrorate dall'immenso patrimonio sapienziale dell'età classica, tardoantica e medievale. Con il passaggio dal paradigma classico-medievale a quello moderno non solo venne meno il sistema dello «*ius triforme*»⁴, costituito dall'*utrumque ius* romano-canonico e dal diritto comune proprio, ma si dovette assistere ad una cesura ulteriore, foriera di molte conseguenze, non solo teologiche e giuridiche ma anche antropologiche e sociali. Con la modernità si è infatti imposta una progressiva disarticolazione di un binomio che era stato a lungo fondativo per l'Occidente, quello della *norma a due dimensioni*, ossia della duplice componente etica e giuridica della normatività premoderna. Come bene osservava Paolo Prodi in un testo fondamentale per la storia del diritto comune, *Una storia della giustizia*, un fenomeno che caratterizza la contemporaneità fu la perdita di quel «pluralismo dei piani normativi e delle sedi di giudizio, dei *fori* che costituisce [...] il nostro codice genetico come uomini occidentali»⁵.

Non solo il nichilismo e il relativismo, dal canto etico, e la secolarizzazione da quello giuridico, hanno spezzato la compostibilità e la feconda interazione tra morale e diritto, ma il paradigma è mutato anche nel rapporto tra le categorie di *lex* e di *ius*, per voler utilizzare quelle «parole primigenie» così come le definisce Karl Rahner (1904-1984):

In ogni parola primigenia è implicito un frammento di realtà, che misteriosamente ci apre uno spiraglio sulla profondità imperscrutabile della vera realtà. Il passaggio dal particolare all'infinito, in quel moto infinito che i filosofi usano chiamare trascendenza dello spirito, appartiene già al contenuto stesso della parola primigenia. Essa è perciò molto di più di una semplice parola: è il lieve sussurro nato dal moto infinito dello spirito e dall'amore che tende a Dio, un sussurro che sale da una piccola cosa di questa terra e che può manifestarsi solo grazie a queste parole⁶.

⁴ *Statuti di Dervio* (1389), *proemium*, ed. in *Corpus Statutorum italicorum*, cur. P. Stella, 3, *Statuti dei laghi di Como e di Lugano del sec. XIV*, I, a cura di E. Anderloni, Roma, Loescher, 1913, p. 87: «Quoniam iure tripartito sive triforimi regulamur et regimur, canonico videlicet, civili etiam et municipali [...]».

⁵ P. PRODI, *Una storia della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 480.

⁶ K. RAHNER, *La fede in mezzo al mondo*, trad. it., Alba, Edizioni Paoline, 1965, p. 148.

Ius esprime una lunga tradizione, romana e cristiana, di dipendenza dalla fonte etica, la *iustitia* (Dig. 1.1.1: «*ius a iustitia dicitur*»); la *lex*, al contrario, che pure ancora per S. Tommaso d'Aquino (1225-1274) è fonte dello *ius* in quanto «ordinamento della ragione al bene comune», diverrà, da Hobbes (1588-1679) in poi, lo strumento per l'affermazione della volontà del sovrano, chiudendo (quasi) definitivamente il lungo corso della tradizione plurale di compostibilità tra comando e consiglio, tra legge e consuetudine, tra diritto locale e diritto dotto, che aveva informato il «medioevo del diritto»⁷.

L'epoca – e l'*epokè* – moderna, come sappiamo, si protraggono a lungo, sia come parametro strutturale che come orizzonte teoretico, e giungono alla prima metà del XX secolo, in cui, soprattutto dal secondo dopoguerra in poi, inizia ad affermarsi un cauto ma strutturato ottimismo con il recupero della pluralità degli ordinamenti e l'affermazione delle Carte costituzionali nazionali e internazionali⁸. Tuttavia, a noi pare, dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso, si è iniziato a delineare un nuovo paradigma, a livello antropologico e sociale – e di conseguenza giuridico – che le categorie della postmodernità non sono più in grado di interpretare con efficacia. La nuova 'grande narrazione' (o una nuova 'mitologia'⁹, per dirla ancora con Grossi) della *globalizzazione*, l'avvento del digitale, l'accelerazione continua dei processi di integrazione sociale e culturale e i problemi climatici e ambientali del pianeta sono solo alcuni tra i fattori che giustificano l'ipotesi di un profondo cambiamento culturale e antropologico che pone all'attenzione del giurista nuove sfide e richiede nuove categorie ermeneutiche e nuovi fondamenti epistemologici. È quello che abbiamo definito paradigma *transmoderno*. Dopo il tramonto delle grandi ideologie del Novecento, l'individualismo e il relativismo contemporanei hanno sancito un ruolo di *in-differenza* del diritto rispetto alla questione etica che presuppone un formalismo neutrale – oltre e nonostante Kelsen (1881-1973), verrebbe da dire – che la storia ci insegna non poter essere realistico e, soprattutto, efficace sul piano ermeneutico e applicativo. Il diritto non è mai stato, né mai sarà, 'neutro' o 'neutrale' di fronte al problema etico, di giustizia sostanziale, se non in una astrazione pura, come archetipo – metafisico o immanente – di un principio ordinatore che l'uomo, incapace di autonormarsi, cerca spasmodicamente in un 'altrove' irraggiungibile. Delegare al diritto il ruolo di surrogato della morale, o relegarlo a una funzione suppletiva o compensatoria dell'etica, comporta un rischio molto grave per la società contempo-

⁷ L'espressione, divenuta ormai classica, allude al fortunato testo di F. CALASSO, *Medioevo del diritto. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, ora riedito, Milano, Adelphi, 2021.

⁸ P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021.

⁹ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007.

reana, in quanto lascia vacante la funzione di autocoscienza critica e di responsabilità del singolo, il cui spazio verrà presto occupato da altri e ben più invasivi agenti di persuasione (i social network, le intelligenze artificiali, le forme manipolatorie di *storytelling* utilizzate dai media, ecc.). La legge, in questo contesto, pare assumere un ruolo *nomopoietico vicario*, invadendo sempre più territori e cercando di normare ambiti che storicamente, anche nelle società occidentali (come ancora oggi in alcune società semplici a potere diffuso) sono stati disciplinati da regole metagiuridiche, etiche, religiose o morali, spesso calate, attraverso l'attività del giurista interprete, nelle concrete situazioni fattuali. La soluzione che tenderemo qui di proporre è quindi il recupero di un fondamento ontologico dello *ius*, collocato in un orizzonte di senso che si fondi sulla ragione – intesa nell'accezione di S. Tommaso d'Aquino, come umile strumento di ricerca della verità, e non come superbo criterio di autodefinizione di sé, propria della modernità – e sulla finalizzazione al bene comune della collettività; un fondamento quindi che affonda le radici nei fatti e nella realtà, condiviso e osservato dalla comunità in cui il singolo non è 'individuo', ma 'persona', portatrice di diritti e di doveri che devono essere riconosciuti e valorizzati in una prospettiva sociale e di tutela della dignità e dei valori fondamentali, etici e giuridici. Un recupero, insomma, dell'universale sul particolare.

Oggi, certo, parlare di un fondamento 'giusnaturalistico' del diritto fa sorridere alcuni e balzare sulla sedia molti altri che ritengono di dover rivendicare un – sacrosanto – affrancamento dalle derive nostalgiche degli assolutismi o degli 'stati etici' di matrice kantiano-hegeliana, le cui ombre lunghe dal secolo scorso continuano a proiettarsi con terrore in alcuni rigurgiti di certa politica europea. Ma la domanda sulla giustizia e sul diritto 'giusto' – giusto non solo e non tanto perché 'comandato' o 'giustificato', ma perché *ontologicamente* finalizzato al bene e alla verità – resta insopprimibile nella coscienza umana e a noi non pare sia possibile continuare ad eluderla, escluderla o ignorarla. Nel discorso tenuto al *Reichstag* a Berlino, il 22 settembre 2011, papa Benedetto XVI si esprimeva in questi termini:

Ciò che in riferimento alle fondamentali questioni antropologiche sia la cosa giusta e possa diventare diritto vigente oggi non è affatto evidente di per sé. Alla questione come si possa riconoscere ciò che veramente è giusto e servire così la giustizia nella legislazione, non è mai stato facile trovare risposta e oggi, nell'abbondanza delle nostre conoscenze e delle nostre capacità, tale questione è diventata ancora più difficile¹⁰.

Per nostra fortuna ci soccorre, in questo arduo compito, la prospettiva storica, che consente al giurista, in una posizione privilegiata ma allo stesso

¹⁰ BENEDETTO XVI, *Con Dio non sei mai solo*, prefazione di p. F. Lombardi, Milano-Rizzoli, Città del Vaticano-LED, 2023, p. 127.

tempo impegnativa e responsabilizzante, di afferrare con sguardo sinottico e non frammentato l'evoluzione storica del rapporto tra coscienza e diritto, tra pluralità e unità, in ogni sua manifestazione sociale. La storia ci consente, cioè, l'applicazione di una chiave ermeneutica di continuità.

In questa prospettiva abbiamo così ritenuto di individuare, facendo nostra l'ormai classica categoria di Rodolfo Sacco, accanto a un *formante storico* (germanistico, romanistico e cristiano-canonistico) che ha contribuito a creare la fisionomia del diritto occidentale, un *formante etico* che rimanda alla ragione e alla natura (intesa come *ratio* ultima, metafisica) e che – di fatto – ha attraversato tutte le esperienze giuridiche occidentali: greca, latina, cristiana, tardo antica, medievale e moderna; un formante approvato o contestato, ma sempre dibattuto e che oggi, dopo oltre due millenni, per la prima volta sembra voler essere ostinatamente e inspiegabilmente rimosso e ignorato. Naturalmente non si intende, con questo, svalutare le molte conquiste che le dottrine del Seicento e dell'illuminismo prima, lo Stato di diritto e il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti dalle Carte costituzionali nazionali ed europee poi, hanno ottenuto. Su questo punto desideriamo da subito fugare ogni dubbio: non indulgeremo, qui, ad un neomedievismo o a un neogiusnaturalismo *tout court*, velleità queste sì, nostalgiche e ingenuamente inefficaci¹¹. Non di meno porremo un

¹¹ Già Rodolfo Sacco, nel 1947, pubblicava la sua tesi di laurea su *Il concetto di interpretazione del diritto*, recentemente riedita (Torino, Giappichelli, 2023) con *Prefazione* di A. Gambaro e *Postfazione* di P.G. Monateri: un saggio sull'ermeneutica giuridica straordinariamente profetico, che ricompensava inclusivamente il percorso teorico del grande maestro torinese e in cui, attraverso la teoria dei formanti, giungerà alla formulazione del concetto di *diritto muto*. In questo saggio Sacco, in opposizione al paradigma dominante, mette in discussione i principi del significato nel discorso giuridico e si confronta «*in anticipo* sul suo avvento» – scrive Monateri nella *Postfazione* – con il post-strutturalismo, «prima che questo paradigma fosse pensato» (p. 174). Nella parte III, dedicata al *soggetto della interpretazione*, Sacco presenta i «mezzi ermeneutici», ossia gli elementi soggettivi dell'interpretazione, più comuni (in un numero aperto di mezzi possibili) orientati a dirigere l'interprete «verso un esatto intendimento della norma» (pp. 69-71). Dopo aver richiamato l'elemento della conoscenza della lingua, della storia del diritto e del diritto comparato, Sacco introduce il mezzo ermeneutico del *diritto naturale*; ed è interessante notare come, pur confermando la «incomunicabilità dei due sistemi, di diritto positivo e di diritto naturale [...] asserita in modo brillante da Kelsen», sulla base della tradizionale distinzione tra la sfera dell'essere (il *Sein*, a cui appartiene il diritto naturale) e del dovere (il *Sollen*, a cui appartiene il diritto positivo), Sacco concluda che esito finale della trattazione è dimostrare come «l'interpretazione stessa, come l'attività di legiferazione, si svolge nel mondo del 'Sein'». A tale proposito per demarcare l'elemento sociologico da quello giusnaturalistico richiama la dottrina di François Gény, che accoglieva una concezione 'moderna', sociologica, di giusnaturalismo: «Come bene osservò il Gény, data una realtà sociologica, è possibile applicarle un numero infinito di norme, e, parimenti, è impossibile ideare norme conformi ad un principio superiore, ad es. di giustizia, e determinate intieramente nel loro contenuto, senza conoscere la realtà sociologica, a cui vanno applicate. La norma intrinsecamente buona (o giusta, o utile,

neoumanesimo giuridico, in cui il recupero di un *fondamento* etico del diritto accanto a quello positivo, unito ad una formazione non tecnicista ma *umanistica* del giurista (oltre alla storia e alla filosofia del diritto attraverso le discipline appartenenti al settore di studi delle *Law and Humanities*, ad esempio), possa tornare a costituire una reale ipotesi di lavoro. E questa prospettiva ci pare giustificata da una istanza non di separazione bensì di coesistenza e integrazione tra diritto naturale e diritto positivo. Proviamo a spiegarci. Nel corso dei secoli è sempre stato evidente quanto il diritto positivo fosse attuazione del diritto naturale e quanto i reciproci sviluppi si fondassero nel fluire della storia in armonia e non in contraddizione reciproca; la contraddizione, al contrario, si pone – e ragionevolmente! – solo nel momento in cui il diritto positivo si opponga al diritto naturale come ideologia e non come metodo, escludendo a priori ogni ‘contenuto etico minimo’ riferito alla giustizia e richiedendo solo di essere obbedito in forza del comando. Il diritto positivo, infatti, è altrimenti espressione di un diritto naturale, nella misura in cui è determinato nell’ordine delle cause dai suoi antecedenti fenomenici, e dalla sua conformità alla natura dell’uomo in quanto essere razionale. Il diritto positivo, pertanto, in quanto conforme a esigenze di ragione, non può possedere il carattere della naturalità in senso proprio quando violi qualche esigenza della natura razionale dell’uomo, come ad esempio l’esigenza del rispetto della dignità della persona umana. D’altro canto il diritto naturale, oltre a essere naturale, è anche sempre positivo, nel senso già indicato da S. Tommaso per cui esso non vive da sé, ma si incarna nella storia e nel diritto positivo; il diritto naturale dovrebbe, cioè, tradursi sempre in norma positiva. Il diritto naturale, infine, è sempre vigente, in vigore nella coscienza, nella quale si rivela e si afferma come legge che vuole essere obbedita, benché esternamente non possa (e non debba) essere riconosciuto dal legislatore, né incorporato in ordinamenti giuridici, né tutelato da sanzioni positive. Il diritto naturale possiede la positività del principio, del *fondamento*; una positività metafisica ed etica che deve poi trovare il suo compimento nel diritto positivo, cioè nell’espressione normativa della fattualità. Resta dunque, a noi sembra, il principio a dover governare il fatto e non viceversa.

Questa idea di giustizia non si esaurisce, tuttavia, nel fatto storico e contingente, in quanto continuamente rinasce come esigenza insopprimibile nella coscienza, anche di fronte alle sue attuazioni empiriche e relative per cui vogliamo sempre ricercare il ‘diritto del diritto positivo’. Il riconoscere, quindi, che il presupposto di validità della legge positiva consiste in qualcosa che

ecc.) risulta dunque univocamente determinata solo attraverso una duplice considerazione (considerazione della realtà – considerazione della bontà o giustizia o utilità); il paragone che si affaccia alla mente, è quello di un punto nel piano, il quale viene determinato solo dalle due coordinate» (p. 80).

è *al di là* della legge stessa è già ammettere una proposizione di diritto naturale; d'altra parte una norma che non soddisfi l'esigenza della giustizia non può ritenersi una norma razionalmente obbligatoria, ma solo una imposizione autoritaria della forza: il tradizionale paradigma del *ius quia iussum* che sovrverte quello del *ius quia iustum*¹².

La dimensione 'etica' che proponiamo di reintegrare accanto a quella 'positiva' della norma non ha ovviamente contenuti immutabili 'infusi' – avrebbero detto gli scolastici – per *sinderesi*, nella coscienza di ognuno, da un arbitrio divino. Ma, con S. Tommaso, riteniamo che solo la ragione sia in grado di riconoscerli e far conseguire le azioni corrispondenti. Questa prospettiva, a noi pare, ci permette di rispondere ad una esigenza di interpretazione della pluralità e del continuo mutamento da cui è sollecitata la nostra società contemporanea. Certamente bisognerà, però, considerare che a cambiare non sono solo le condizioni storiche esterne in cui si riconoscono i diritti dell'uomo; anche, ed altrettanto, muta il soggetto che è titolare di tali diritti¹³.

Il diritto comune, con il suo patrimonio storico di interpretazione e applicazione delle varie forme della normatività, sempre in dialettica con l'evoluzione del diritto romano-canonico, del diritto proprio e delle istanze della teologia cristiana, ci consegna oggi una grande eredità di categorie e fondamenti ermeneutici che la nostra *civitas* potrebbe forse recuperare e tornare ad applicare pur nel mutato contesto socio-antropologico. E proprio ad uno di questi essenziali elementi del diritto comune, il comunitarismo, si ispira il titolo di questo saggio.

In uno studio di eccezionale lucidità, pubblicato per la prima volta nel 1970 nei *Mélanges* in onore del sessantesimo compleanno di Claude Lévi-Strauss, e rifluito poi nel secondo tomo dei celeberrimi *Problemi di linguistica generale* (1974), Émile Benveniste delineava la differenza fondamentale che separa una *polis* da una *civitas*¹⁴. Per Benveniste il lessema *civis*, ipe-

¹² R. PIZZORNI, *Diritto, etica e religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d'Aquino*, Bologna, ESD, 2006, pp. 354-355.

¹³ J. DAVID, *Il diritto naturale: problemi e chiarimenti*, Roma, Edizioni Paoline, 1968, p. 57.

¹⁴ Secondo il diritto romano classico, esistevano vari modi per un *civis* 'libero' di ottenere individualmente la cittadinanza romana: discendenza da un cittadino romano (nel caso di matrimonio legittimo si ereditava la cittadinanza paterna, in caso contrario quella materna), adozione da parte di un cittadino romano, servizio nell'esercito. Nel 212 d.C. l'imperatore Caracalla estese la cittadinanza romana a tutti gli abitanti liberi dell'impero, attraverso un famoso editto, la cosiddetta *Constitutio Antoniniana* (si suppone, per una motivazione fiscale, per esigere le imposte gravanti sui cittadini romani, e demografica, per arruolare nuove legioni). Quel che è certo è che da allora l'unica distinzione vigente fu tra coloro che si trovarono 'dentro' i confini dell'impero e coloro che erano posti al di fuori (*ius soli*).

ronimo di *civitas*, è un termine dotato di valore reciproco, mutuale: si è *civis* soltanto per un altro *civis*. Il grande linguista francese proponeva, pertanto, di tradurre *civis* con «mio con-cittadino». Sono la relazione, la dipendenza, la reciprocità e la mutualità – e non già un'identità, una sostanza o un'essenza individuali – a definire il significato di *civis*. E in primo piano proprio nella *civitas* è posto l'elemento relazionale, di condivisibilità, dei valori morali così come delle regole giuridiche che ordinano la vita dei concittadini¹⁵. La *civitas* è quindi qualcosa di più di una città o di una città 'globale', è una vera e propria 'civiltà', ispirata a una dimensione *universale*, a una cultura *orbicularis* – per dirla con il linguaggio di un grande umanista, Guillaume Budé (1468-1540) – che si invera, cioè, come forza unificante e circolare rispetto a tutte le discipline.

La categoria di *universale* che aveva connotato la *civitas* nel paradigma classico, è stata però oggi sostituita da quella di *globale* (e del 'grand récit' della *globalizzazione*) che caratterizza una nuova tipologia di comunità: la comunità *virtuale*. Per le generazioni che si affacciano alla transmodernità (la cosiddetta generazione Zeta) i momenti 'comunitari' e aggregativi sono – e saranno sempre più – quelli mediati attraverso la *web community*: la socialità e l'affettività passano attraverso il surrogato dei social network, ma anche i rapporti lavorativi, la cultura (lo abbiamo sperimentato tutti durante la pandemia con l'incremento della didattica online e dei webinar, ormai invalsi nell'uso quotidiano ...), la politica (affidata per gli aggiornamenti a *Twitter* più che alle aule del Parlamento...) e perfino la religiosità (nella Chiesa Cattolica la forma aggregativa della parrocchia, così come anche quella di molti 'movimenti' storici, appare in profonda crisi in questi ultimi decenni, al contrario di molte forme di *online religions*). A fronte di una aumentata e positiva mole di informazioni e di opportunità di 'links', di collegamenti, che la digitalizzazione globale e il web mettono a disposizione, ci troviamo di fronte ad una impressionante iperproduzione e disponibilità di informazioni e di rapporti a cui mai prima la storia aveva assistito e che determina, come si è detto, il passaggio a una nuova era, quella appunto *transmoderna*: l'essere umano si trova ad operare in questa comunità potenzialmente infinita e illimitata *da solo*, di fronte ad uno schermo a cristalli liquidi del proprio PC, *smartphone* o *tablet* che sia. Questa solitudine accentua – evidentemente – i tratti della finitudine dell'uomo, in forte contrasto con l'infinitudine potenziale della comunità virtuale. E questo insuperabile dissidio crea, spesso, paura e disagio perché mette di fronte agli occhi, di tutti e di ciascuno, la propria incompiutezza. Anche le difficoltà e i problemi, i contrasti, i fatti reali, della vita quotidiana, che da sempre costituiscono il sostrato in cui nasce e si sviluppa ogni fenomeno giuridico, sono

¹⁵ E. BENVENISTE, *Essere di parola. Semantica, soggettività, cultura*, a cura di P. Fabri, Milano, Mondadori, 2009.

affrontati e risolti (o non risolti) sempre più spesso *in solitudine*. La libertà intesa come assenza di limiti – come «libertas minor» per dirla con S. Agostino (354-430) – porta all'esito che ogni individuo risolve un problema o affronta un evento *a modo suo*, in solitudine, magari facendo appello su un *social* a una comunità virtuale di persone che non hanno un volto o un nome (ma una foto-profilo e un *nickname*, che sono 'icone', surrogato desacralizzato delle tradizionali immagini bizantine) e di cui non si potrà forse mai conoscere la autentica personalità. Cosa consegue da questo atteggiamento? Che ogni fattualità, ogni esperienzialità, un tempo condivise come elementi appartenenti ad una comunità, diventano fatti ed esperienze individuali, e così anche i problemi che ne possono derivare, i quali non saranno risolti in forma *additiva* ma *esclusiva*: ossia sommandosi non formeranno una «causa comune» per cui trovare soluzioni in comune, per cui essere *solidali*, ma creeranno, al contrario, una moltiplicazione e una frammentazione di punti di vista e di possibili soluzioni, in quanto fin dall'origine sono privi di quei due caratteri idonei a farli riconoscere come coincidenti a quelli degli altri e a permetterne una condivisione: il carattere dell'*universalità* e quello della *abalità* (termine della teologia neoscolastica, utilizzato spesso da Francisco Suárez¹⁶, che indica il riconoscimento di una dipendenza *ab-alio*, cioè dell'oggettiva finitudine dell'uomo)¹⁷. Proprio il carattere di *abalieta* è uno dei tratti fondanti del diritto, nei paradigmi premoderni: lo *ius* – si è già ricordato – per poter essere *iustus* e quindi non iniquo deve dipendere *ab alio*, cioè dalla *iustitia*; sarà solo con l'affermarsi della modernità che il vincolo di *abalità* sarà spezzato e sostituito con quello dell'*aseità*, attributo che era predicato di Dio in quanto essere sussistente 'per sé' ma che bene si addice alla funzione onnipervasiva e assolutizzante dello Stato moderno.

Un moltiplicarsi, quindi, di problemi e conflitti che richiederanno sempre più una risposta legislativa *ad hoc* per essere regolamentati perché impossibilitati ad essere risolti collettivamente da una comunità che esprime un sostrato valoriale ed etico che faccia dipendere l'azione di diritto dal principio di giustizia.

Ebbene, nella tradizione latina, a raccogliere una lunga tradizione patristica precedente di riflessione sul diritto naturale, è S. Agostino, il quale la trasfigura in una sintesi geniale, che rimarrà autorevole, per i teologi e i giu-

¹⁶F. SUÁREZ, *Disputationes metaphysicae*, XVIII, 1, in *Opera Omnia*, Paris, Vivès, 1856-1877, vol. 25.

¹⁷Sono grato a Carlo Ossola che mi ha generosamente suggerito questa categoria ermeneutica che egli pone al centro della sua evocativa *leçon de clôture* del magistero al Collège de France, pronunciata il 9 dicembre 2020 e recante il titolo *Noeuds. Figures de l'essentiel*, Paris, Collège de France, 2021. Ad essa dedicheremo il capitolo IV del presente saggio.

risti, fino all'affermazione del pensiero di S. Tommaso il quale, a sua volta, si innesta sulla ormai robusta affermazione della scolastica, sviluppatasi tra i secoli XII e XIII, e la riforma, portandola a compimento. S. Agostino, nella sua opera più matura, il *De civitate Dei*, espone la propria visione della storia come dialettica tra due 'città' o comunità: la città di Dio, fondata sull'amore di Dio e il bene, e la città del mondo, fondata sull'amore di sé e sull'egoismo¹⁸. L'eredità manichea di Agostino qui emerge sicuramente, anche se non bisogna enfatizzarla. Preferiamo infatti – come diremo nel seguito – interpretarla come una 'dialettica' tra le due città rispetto alla tradizionale lettura che ne sottolinea una decisa e netta opposizione. Per comprendere tale rapporto occorre anzitutto tener conto delle riflessioni che l'Ipponate svolge sulla natura del tempo e dell'eternità, e sulla relazione tra fede e ragione, evidenziando come la conoscenza umana sia limitata e come solo la fede possa guidare l'anima verso la salvezza. La dimensione soteriologica ed escatologica è dunque quella che sempre interessa S. Agostino e così lo stato, le leggi, il diritto delle *civitates* terrene si riveleranno sempre relativi se rapportati a quello della città di Dio ed in quest'ottica verranno quindi lette dal grande teologo. Le due città si compenetrano e procedono insieme nella storia, fino al Giudizio ultimo, alla fine dei tempi.

Sfruttando la fortunata metafora agostiniana potremmo anche noi, con una suggestione retorica, immaginare la *civitas hominum* come quella civiltà governata dalla *lex* intesa in senso moderno (*civitas legis*) e la città di Dio come quella che vive, invece, regolata dalla perfetta giustizia (*civitas iustitiae*): troppo limitante l'una, troppo ideale e irraggiungibile su questa terra l'altra. Ecco quindi la necessità di individuare un *tertium genus*, la *civitas iuris*, la civiltà del diritto (inteso come *ius*) che, con la riflessione di S. Tommaso d'Aquino, fu effettivamente configurata quale compimento dei rapporti tra giustizia, diritto e legge, propria del maturo diritto comune; e proprio a S. Tommaso e alla sua forte ispirazione per il pensiero dei giuristi del Trecento, si deve la rappresentazione più compiuta della *civitas iuris* medievale, le cui fondamenta ci paiono interessanti per un recupero nella contemporaneità.

Questa chiave di lettura ci consentirà di provare ad offrire, tramite la presentazione del percorso svolto dal diritto nella storia, una ipotesi di proposta di superamento del nichilismo etico e giuridico oggi imperante e del neopositivismo che ancora domina la maggior parte degli ambienti giuridici e in particolare delle università, in cui spesso si ha l'impressione che si sia rinunciato a pensare alla funzione *formativa* del diritto limitandosi a riconoscerne ed insegnarne quella *informativa*, tecnicistica e non tecnica, positivistica e non positiva. Insegnare solo il 'fare' e rinunciare al 'saper fare' signifi-

¹⁸S. AGOSTINO, *De civitate Dei*, XIV.28.1.

ca, ci sembra, assumersi la responsabilità di non consentire alle giovani generazioni di formarsi strumenti critici utili per il discernimento e pertanto, in ultima analisi, di limitarne la libertà e il desiderio autentico di conoscenza e di condivisione. E se lo stesso Immanuel Kant (1724-1804), mentre negava che Dio potesse essere conosciuto dalla ‘ragione pura’, affermava che Egli e la libertà costituivano postulati della ‘ragione pratica’, senza cui non era concepibile alcun agire morale, ci si può chiedere se oggi non possa essere interessante quanto meno riproporre una ipotesi alternativa, che venga incontro ad una esigenza di trascendenza insopprimibile nell’essere umano, come ci mostra l’esperienza di molte culture che ancora si reggono sul diritto tradizionale, in cui la norma etica o religiosa è cogente, tanto quanto se non più, di quella ‘giuridica’. Ancora Joseph Ratzinger scriveva:

il tentativo, portato all’estremo, di plasmare le cose umane facendo completamente a meno di Dio ci conduce sempre più sull’orlo dell’abisso, verso l’accantonamento totale dell’uomo. Dovremmo, allora, capovolgere l’assioma degli illuministi e dire: anche chi non riesce a trovare la via dell’accettazione di Dio dovrebbe comunque cercare di vivere e indirizzare la sua vita *veluti si Deus daretur*, come se Dio ci fosse. Questo il consiglio che già Pascal dava agli amici non credenti; è il consiglio che vorremmo dare anche oggi ai nostri amici che non credono. Così nessuno viene limitato nella sua libertà, ma tutte le nostre cose trovano un sostegno un criterio di cui hanno urgentemente bisogno¹⁹.

Ritorniamo, per un istante, da dove siamo partiti, ossia dalla questione aperta sul nichilismo posta a Jean-Luc Marion. Quando, nel 1882, *l’uomo folle* della *Gaia scienza* di Nietzsche preconizzava la cosiddetta ‘morte di Dio’ forse non immaginava di trovarsi a gridare proprio sull’orlo dell’abisso che separa il futuro sperato dal presente in atto, la follia del paradosso dall’inconsapevolezza della verità, la profezia dall’analisi della realtà:

Dov’è andato Dio? – gridò – Ve lo dico io. *L’abbiamo ucciso noi*, – voi ed io! Noi tutti siamo suoi assassini²⁰.

A distanza di quasi un secolo e mezzo gli esiti consequenziali a questa dirimpiente affermazione sono evidenti e sembrano ancora moltiplicarsi se letti in riferimento ai vari ambiti su cui essa ha direttamente o indirettamente influito: spiritualità, etica, dinamiche sociali, culturali, giuridiche, politiche.

Non vi è un solo aspetto di quella che potremmo definire in sintesi *l’espressività transmoderna* che non risenta degli influssi più o meno forti

¹⁹ J. RATZINGER, *L’Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, introduzione di M. Pera, Roma-LEV, Siena-Cantagalli, 2005, pp. 62-63.

²⁰ F. NIETZSCHE, *La gaia scienza*, III, 125, trad. it. in *Opere 1882-1895*, introduzione di F. Desideri, Milano, Newton Compton, 1993, p. 121.

di un diffuso – quantunque spesso inconsapevole – criptonichilismo, di una crisi valoriale ben più preoccupante della ‘semplice’ e assai più propagandata *assenza di valori*, in quanto è essa stessa a farsi valore: una mentalità insidiosa e diffusa che tende a far abdicare alla funzione razionale e spirituale dell’individuo in favore di un relativismo possibilista che ottiene, come risultato ultimo, di gettare l’uomo in quel senso di precaria inquietudine che ci si ostina a voler chiamare ‘libertà’. Nasce – e quasi ce ne si compiace – una ‘società della crisi’: crisi dell’identità antropologica individuale (chi sono io? Che cosa voglio e come posso ottenerlo?); crisi filosofica (dopo decenni di positivismo e di fronte al decadere dello stesso ‘pensiero debole’, quale spazio per la metafisica?); crisi spirituale (è ancora interessante postulare una dimensione trascendente, un assoluto, un Dio? E se sì, come e quanto egli influisce sulla mia e sull’altrui esistenza?); crisi religiosa (ammessa l’esistenza di un Dio, è proprio necessario che il mio rapporto con ‘Lui’ debba essere vissuto e mediato all’interno di un sistema istituzionale che il più delle volte pare abdicare alla propria funzione pedagogica e finanche perseguire fini eterogenei?); crisi etica (con un celeberrimo Dostoevskij: «se Dio è morto tutto è permesso» ...); crisi culturale (sistemi scolastici e universitari quanto mai in difficoltà, imbrigliati in endemiche ‘brachicrazie’ ormai fisiologiche, riduzione dei programmi didattici, abbassamento del livello culturale medio, analfabetismo di ritorno); crisi della politica (nella sclerosi degli ideologismi e di fronte alla sostituzione della politica – intesa in senso classico – con l’economicismo qualunque e spregiudicato, che ruolo posso ricoprire ancora come cittadino impegnato e consapevole?) crisi del diritto (decodificazione, lentezza e inadeguatezza dei procedimenti, iperproduzione legislativa, arretratezza negli adeguamenti alle normative europee, sostituzione dell’economia al diritto) sono alcune cifre della società in cui si vengono formando le generazioni occidentali del terzo millennio. Uno scenario apocalittico, per qualcuno, pessimistico per molti, ma che forse ritrae, senza edulcoranti di maniera, e senza retoriche passatiste o utopiche, *le magnifiche sorti e progressive* dell’epoca *transmoderna* in cui viviamo. Di sicuro la soluzione non è combattere l’inutile battaglia di retroguardia di compunti e misonetisti *laudatores temporis acti*. Il principio-virtù che guida, sempre, il progresso nella storia – dalla tradizione cristiana a Ernst Bloch (1885-1977)²¹ – è la

²¹ E. BLOCH, *Das Prinzip Hoffnung*, 3 Bde, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1954-59; trad. it. *Il principio speranza*, I, trad. it. di E. De Angelis, Milano, Garzanti, 1994, p. 5: «L’importante è imparare a sperare. Il lavoro della speranza non è rinunciatario perché di per sé desidera aver successo invece che fallire. Lo sperare, superiore all’aver paura, non è né passivo come questo sentimento né, anzi meno che mai, bloccato nel nulla. L’affetto dello sperare si espande, allarga gli uomini invece di restringerli, non si sazia mai di sapere che cosa internamente li fa tendere a uno scopo e che cosa all’esterno può essere loro alleato. Il lavoro di questo affetto vuole uomini

speranza, pungolo dell'uomo alla ricerca del bene e dell'eterno.

Come spesso accade, quindi, per cogliere correttamente il mutevole ed espressivo volto del presente occorre leggere tra le rughe del passato, vigili nello sguardo che è – o dovrebbe essere – rivolto sempre *oltre*, al futuro, a quel divenire incessante di cui tutti siamo, più o meno volontariamente, più o meno consapevolmente, coartefici.

Non dispiaccia quindi, a chi legge, il piccolo *divertissement* che ci proponiamo qui, ad introduzione di questo studio, per mettere a confronto tre differenti atteggiamenti dell'uomo in rapporto all'assoluto, ai valori che hanno, innegabilmente, costituito le fondamenta su cui è sorta e si è consolidata la civiltà occidentale; le stesse fondamenta che oggi, vacillanti, destano in molti qualche legittima domanda e preoccupazione: immaginiamo un'ipotetica – e ovviamente anacronistica – reazione alla notizia della nietzschiana 'morte di Dio' da parte di un uomo della *civitas iuris* medievale, di un 'moderno' e infine dell'individuo contemporaneo.

La replica dell'uomo medievale alla provocazione di Nietzsche potrebbe suonare così: «*Se Dio è morto è morto l'uomo*»; la concezione antropologica, nel medioevo, non poteva infatti prescindere, come vedremo, da quello che definiremmo come un rapporto di *dipendenza dinamica* dall'assoluto, una dimensione verticalizzata, certo, ma mai statica, in perenne, reciproca interazione con la realtà quotidiana della persona. L'uomo medievale è il membro della *christiana respublica*, dove la dimensione etica individuale tende a coincidere ed anzi riceve impulso dalla *koiné* culturale e religiosa della posizione sociale in cui ci si colloca, qualunque essa sia, pur con le ovvie graduazioni e differenze; è la persona che riconosce l'appartenenza ad una comunità, che cerca la trascendenza (o è costantemente indirizzato ad essa dall'esterno) e ad essa fa riferimento come mèta ultima del proprio *itinerarium*, pur sempre immersa nella dimensione comunitaria di appartenenza. La *societas* medievale vede pertanto la compresenza (non la confusione!) – a volte anche forzata – di fervore culturale, dimensione etica e struttura giuridica in un tutto organico che, in ultima analisi, al contempo tende e fa riferimento a Dio, il Dio cristiano, per l'Occidente, ma anche ebreo o musulmano se ci si rivolge ad altri contesti culturali. Sarebbe pertanto un errore grossolano accostare – come purtroppo è accaduto – la società cristiana medievale allo stato etico hegeliano di cui i totalitarismi del XX secolo furono i più zelanti attuatori: qui, a differenza del medioevo, la dimensione arricchente e fondante della *peregrinatio in Deum* è stata rimpiazzata da una volontà di oltre-passarsi, destinata a provocare perenne frustrazione, un'eterna, inappagata incompiutezza dell'essere i cui echi sinistri risuonano, sotto alcuni profili, ancora oggi.

che si gettino attivamente nel nuovo che si va formando e cui essi stessi appartengono».

Tornando al nostro piccolo esperimento e volendo provare ad immaginare ora il commento dell'uomo moderno all'asserto nietzschiano, potremmo pensare che suoni: «*Se Dio è morto che ne sarà dell'uomo?*». È l'ottica ancora ottimistica dell'uomo 'cittadino del mondo', delle scoperte geografiche e del progresso scientifico, che si interroga sul proprio ruolo nel cosmo e nella società, dove all'*intellectus quaerens fides* medievale si sostituisce, da un lato, la *ratio* misurante, cartesiano-spinoziana prima e illuministica poi, mentre, dall'altro, la dimensione socio-antropologica tende ad irrigidirsi negli spazi sicuri della ragione borghese che trionferanno con la contigua rivoluzione industriale. Anche il diritto, risentendo del volontarismo e del soggettivismo, giunge agli esiti hobbesiani del positivismo e del formalismo, con la sostituzione del comando della *lex* al consiglio dello *ius*. L'uomo moderno, tuttavia, pur muovendosi in uno spazio-tempo sempre più antropocentrico, all'interno della eterogenesi dei principi, della brutalità delle rivoluzioni, avverte ancora quell'insopprimibile legame con la trascendenza, con il divino, finanche, paradossalmente, nella parossistica negazione e soppressione di esso, nel tentativo – inesauribile esigenza antropolatrica – di divinizzare la ragione stessa. Il diritto sostituisce la legolatria dei codici e delle costituzioni alla trascendenza, con un processo di astrazione intellettualistica che però è ancora ben propagandato nell'antropofilia di cui i miti della modernità si nutrono.

L'ultima opinione che resta da raccogliere per il nostro curioso sondaggio è quella dell'uomo transmoderno del terzo millennio: «*Dio è morto? Quando è accaduto?*». Il paradosso sottolinea come la cifra che connota questa fase della riflessione dell'uomo su se stesso e sul suo rapporto con l'assoluto sia l'indifferenza, la pigra rinuncia a quell'esperienza soggettiva dell'Altro e degli altri che richiede di essere costantemente rinnovata per produrre effetti apprezzabili. L'uomo transmoderno, spesso chiuso nel proprio microcosmo solipsistico, incapace di percepirsi in una relazione autentica con ciò che lo trascende, tende ad individualizzare anche la dualità, il *tu* interlocutorio che fonda la nostra stessa possibilità di essere uomini, vuoi nel rapporto con Dio, vuoi nel rapporto con gli altri: in questo senso bene parla Riccardo Campa di individuo *postumano*.

Ecco dunque che la metamorfosi è compiuta e, parafrasando una celebre similitudine del sociologo Zygmunt Bauman²², potremmo constatare come nella «società liquida» contemporanea al *pellegrino* si sia sostituito il *turista* in rapporto all'esperienza spirituale, ma anche giuridica: l'individuo incompiuto, dimidiato, del terzo millennio erra come un vagabondo, spesso 'navigando' nel web, alla perenne ricerca di esperienze ed emozioni in grado di sopire quell'ansia di compiutezza per cui proviamo un'insopprimi-

²² Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, il Mulino, 1999.

bile, atavica nostalgia. È *l'uomo senza qualità* di Robert Musil che si accontenta di un quotidiano microcosmo perché, pur sentendone la necessità, non riesce a lavorare a un progetto più ampio, a ricercare un fine ultimo:

In una collettività ogni strada porta a una meta buona. La meta è posta a breve distanza; ma anche la vita è breve, e così si ottiene un massimo di buoni successi; di più non occorre all'uomo per essere felice, perché il successo conseguito foggia l'anima, mentre quello a cui si aspira senza ottenerlo la storce soltanto; per essere felici non ha importanza lo scopo prefisso, ma solo il fatto di raggiungerlo²³.

Così è la stessa esperienza individualizzata che rifiuta ogni dipendenza e ogni affidamento a segnare inesorabilmente il passo alla nostra finitezza, a condannarci all'inquietudine del quotidiano. L'impero di Nietzsche sembra quindi trionfare di fronte alla rinuncia dell'uomo che non vive ma si lascia vivere, incapace di cogliere il dono più grande che Dio gli ha fatto per aprirgli la strada verso l'assoluto: la libertà; una libertà piena, autentica, che nulla ha a che spartire con l'arrogante pretesa di auto-normarsi e auto-interpretarsi alla luce di un criterio non tanto individuale quanto, più spesso, individualistico. I *turisti* dell'esperienza virtuale, dunque, popolano la nostra cultura, le nostre chiese, le nostre aule di giustizia, la nostra società, la nostra politica: il principio etico di giustizia è non solo minacciato ma ben più gravemente oltraggiato da chi non sa, non osa o non vuole più riconoscere in esso i tratti dell'assoluto, del nostro stesso essere creature eteronormate; e il cammino verso la verità si fa più insidioso.

Le voci dei pochi profeti vengono soffocate²⁴; risuona solo quella dell'*uomo folle* di Nietzsche che, con il lume acceso al mattino, si aggirava per il mercato cercando incessantemente Dio:

«Dov'è andato Dio?», gridò – «Ve lo dico io. *L'abbiamo ucciso noi*, – voi ed io! Noi tutti siamo suoi assassini. Ma come abbiamo fatto? Come siamo riusciti a bere tutto il mare, fino all'ultima goccia? Chi ci ha dato la spugna per cancellare tutto l'orizzonte? Che cosa abbiamo fatto, quando abbiamo svincolato questa terra dal suo sole? Ma in che direzione si muove, adesso? In che direzione ci muoviamo noi? Lontano da ogni sole? Non precipitiamo sempre più? E all'indietro, davanti, di lato, da ogni parte? Esistono ancora un sotto e un sopra? Non vaghiamo attraverso un nulla infinito? Non avvertiamo l'alito dello spazio vuoto? Non fa più freddo?

²³ R. MUSIL, *L'uomo senza qualità*, I, Torino, Einaudi, 1997, p. 31.

²⁴ Lucidi i tratti con cui Bruno Nardi delineava il 'profeta': «Il profeta, sia esso Mosè o Maometto, Ezechiele o l'abate Gioacchino, è l'uomo che, raccogliendosi a meditare sulle condizioni storiche del suo popolo, avverte il travaglio profondo e le aspirazioni d'un'epoca, ne intuisce le forze latenti, ne divina lo sviluppo, presentando il fatale scioglimento del dramma sociale di cui vive la passione», B. NARDI, *Dante profeta*, in *Dante e la cultura medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1983³, p. 295.

Non scende di continuo la notte, sempre più notte? Non occorre accendere la lampada anche al mattino? Non sentiamo il frastuono dei bambini che stanno seppellendo Dio? Non sentiamo ancora l'odore della putrefazione divina – anche gli dei si putrefanno? Non è troppo grande per noi la grandezza di quest'azione? Non dobbiamo divenire dei noi stessi per essere degni di lei? Non c'è mai stata azione più grande – e chi nasce dopo di noi appartiene, in virtù di questa azione, a una storia più elevata di quanto non sia stata la storia fino ad oggi!» A questo punto il folle tacque e riprese a osservare i suoi ascoltatori: anch'essi tacevano guardandolo estraniati. Infine egli gettò per terra la sua lampada che andò in mille pezzi e si spense. «Sono venuto troppo presto», disse poi, «non è ancora l'ora. Questo evento enorme è ancora per strada, in cammino, – non è ancora giunto alle orecchie degli uomini. Lampo e tuono hanno bisogno di tempo, la luce degli astri ha bisogno di tempo, le azioni hanno bisogno di tempo, anche dopo essere state compiute, per essere viste e udite. Questa azione è ancora più lontana degli astri più lontani, – *eppure sono stati loro a compierla!*». Si dice anche che il folle, quello stesso giorno, sia penetrato in diverse chiese e vi abbia intonato il *Requiem aeternam deo*. A chi lo conduceva fuori e cercava di farlo parlare, rispondeva sempre: «Che cosa sono ormai queste chiese, se non le tombe e i monumenti funebri di Dio?»²⁵.

Se oggi la profezia dell'«uomo folle» pare essersi compiuta – «il nichilismo c'è», come ricorda Marion – forse iniziare a percorrerne la genesi storica potrebbe non apparire un viaggio culturale e antropologico inutile: così, suggerire al giurista e al cittadino contemporaneo di dismettere i panni del «turista» e di assumere quelli del *pellegrino* che dalla *civitas legis* si avvia, attraversando la *civitas iuris*, alla meta ultima del viaggio, la *civitas iustitiae*, è il modesto e gravoso compito che ci siamo imposti e che ci permettiamo, con molta umiltà, di proporre al lettore con le pagine che seguono.

²⁵ F. NIETZSCHE, *La gaia scienza*, III, 125, ed. cit., pp. 121-122. Corsivo nel testo.

CAPITOLO I

I CONFINI STORICI DEL DIRITTO

SOMMARIO: I.1. Paradigmi storici, caratteri e note dominanti. – I.2. Il paradigma premoderno o classico (abalità/relazione). – I.2.1. Esperienze giuridiche nel tempo e nello spazio. – I.2.2. L'esperienza giuridica della Grecia. – I.2.2.a. I poemi omerici. – I.2.2.b. Legge e diritto nella *pòlis*. – I.2.2.c. I sofisti. – I.2.2.d. Socrate. – I.2.2.e. Platone. – I.2.2.f. Aristotele. – I.2.2.g. L'epoca ellenistica. – I.2.3. L'esperienza giuridica di Roma. – I.2.3.a. Lo stoicismo. – I.2.3.b. Cicerone. – I.2.3.c. Gaio. – I.2.3.d. Ulpiano. – I.2.3.e. *Fas e ius*. – I.2.3.f. *Ius naturale, ius gentium, ius civile* nella definizione ulpianea. – I.2.3.g. Per concludere. – I.3. Il paradigma moderno (aseità/imperatività). – I.3.1. Martin Lutero. – I.3.2. Cartesio. – I.3.3. Ugo Grozio. – I.3.4. Thomas Hobbes. – I.3.5. Cenni agli sviluppi illuministi. – I.3.6. Immanuel Kant. – I.3.7. Cenni agli esiti della modernità: costituzioni e codici. – I.3.8. Hans Kelsen. – I.4. Il paradigma postmoderno (perseità/interazione). – I.4.1. Le costituzioni del secondo dopoguerra. – I.4.2. Il neocostituzionalismo. – I.5. Il paradigma transmoderno (inalietà/vicarietà). – I.5.1. Un fortunato neologismo. – I.5.2. Un '*grand récit*' della contemporaneità: la *globalizzazione*. – I.5.3. La rivoluzione digitale e i suoi effetti. – I.5.3.a. Dematerializzazione. – I.5.3.b. Liquefazione. – I.5.3.c. Estetizzazione. – I.5.3.d. Autopoièsi.

I.1. *Paradigmi storici, caratteri e note dominanti*

La convenzione tra le discipline storico-giuridiche, a cui corrisponde anche, dalla seconda metà del XIX secolo, una tradizione di insegnamento accademico, suole individuare due 'settori' di competenza, uno riferito ai diritti dell'antichità e al diritto romano, l'altro alla storia del diritto (qualificato, con un'aggettivazione utile ma non esaustiva 'medievale e moderno'), dapprima dell'Italia e ora anche dell'Europa e dei paesi che ebbero con l'Europa relazioni più strette. Pur essendo presenti naturali ed intrinseche osmosi tra i due ambiti storici e benché si possano annoverare molte collaborazioni interdisciplinari, più spesso le due discipline procedono, nella ricerca, parallele, anche per inevitabili peculiarità ed esigenze di autonomia sul piano delle fonti e della metodologia. Tra le due, tuttavia, la disciplina che più rimane, a nostro avviso, penalizzata da questa sorta di solipsismo re-

sta la Storia del diritto ‘medievale e moderno’, per due ordini di fattori, cronologico e sistematico. Sotto il profilo cronologico la Storia del diritto medievale e moderno, che ha ad oggetto l’evoluzione istituzionale e giuridica dell’Occidente nelle età tardoantica, medievale, moderna, e contemporanea, affronta un’estensione temporale non molto ridotta rispetto ai diritti dell’antichità greca e romana (circa millecinquecento anni) ma che riveste una funzione-ponte o cardine proprio tra il mondo antico e la contemporaneità. In quest’ampio arco cronologico centrali risultano i secoli – dall’XI al XVI – della lunga gestazione, e della potente fondazione, del cosiddetto *ius commune*, con cui l’Europa si forma e si autoriconosce in una sostanziale dimensione coesiva, unitaria e universale delle realtà comunitarie che la compongono, pur nell’endemico e costitutivo pluralismo che le connota. Ripercorrendo questo lungo cammino di edificazione della civiltà giuridica europea, possiamo essere così testimoni del più straordinario paradosso che la storia occidentale ci abbia mai consegnato, ossia la ricerca costante, necessitante, quasi compulsiva, della creazione, ri-fondazione e permanenza di criteri ordinanti e di orizzonti di senso condivisi, appunto ‘comuni’, alla prassi tanto quanto alla scienza, da applicare a un sostrato antropologico, sociale, culturale e religioso magmatico, eminentemente plurale, composito e mutevole, in quanto ancorato saldamente alla storicità che lo attraversa.

Quale sia stato l’esito di tale sforzo titanico della civiltà medievale non è facile da definire univocamente, men che mai in un lavoro di sintesi come questo; tuttavia potrebbe risultare non inutile tentare di individuare alcuni tratti denotativi che hanno configurato la domanda di senso della civiltà occidentale nell’età del diritto comune.

In tale prospettiva si impone, pertanto, allo storico e in particolare allo storico del diritto, un primo fondamentale criterio sul piano metodologico: la determinazione dei *limiti* o *confini* delle esperienze giuridiche nella storia. Una parola, ci sia consentita, sul concetto stesso di *limite* o *confine* nell’impiego del presente saggio. La nozione di *limite* che assumiamo è desumibile dalla *Metafisica* di Aristotele che, individuando quattro significati del termine (termine estremo di ciascuna cosa, forma di una grandezza, fine di ciascuna cosa, sostanza ed essenza della cosa), stabilisce un nesso significativo tra il *limite* e il *principio* di individuazione dell’ente¹. In una prospet-

¹ ARISTOTELE, *Metafisica*, V, 17, 1022 a, 4-14: «Limite è detto il termine estremo di ciascuna cosa, vale a dire quel termine primo al di là del quale non si può più trovare nulla della cosa e al di là del quale c’è tutta la cosa. Limite è detta la forma, qualsiasi essa sia, di una grandezza e di ciò che ha grandezza. Limite è detto il fine di ciascuna cosa (e tale è il punto di arrivo del movimento e delle azioni e non il punto di partenza; talora, però, si dicono limite ambedue: e il punto di partenza e il punto di arrivo o lo scopo). Limite è detta anche la sostanza e l’essenza di ciascuna cosa: questa è, infatti, il limite della conoscenza; e se è limite della conoscenza lo è anche della cosa. Risulta perciò evi-

tiva *realista* classica, ripresa poi da Severino Boezio e Pietro Abelardo, il confine, anche quello temporale che contribuisce a delimitare la storia e le sue epoche, è una linea che demarca un *dentro* e un *fuori*; ma la stessa linea è un *luogo*, un'intersezione, a sua volta, composta da una serie continua di punti². Tuttavia le linee, i punti e le superfici stesse sono caratterizzati dalla loro intrinseca *abalietà* (concetto scolastico di cui abbiamo già detto e su cui ritorneremo), dall'impossibilità cioè di essere sussistenti *a se*, ma possibili solo in relazione l'uno all'altro³. È una chiave di lettura della storia che a noi è parsa fondamentale per questo lavoro, in quanto mette a fuoco contemporaneamente due elementi coessenziali, ossia l'imprescindibile dimensione relazionale dei fattori e degli attori storici e il movimento di conversione dello sguardo prospettico che dovrebbe portare, oggi più che mai, lo storico del diritto a guardare alla parabola della storia giuridica occidentale con un atto *sinottico* che coglie l'istante, indivisibile e fondativo, del principio di individuazione di un'età, che non si può – né si deve – pensare come perpetuantesi in una continuità astratta, ma deve rendersi ben visibile come criterio ermeneutico di realtà per comprendere il proprio di ogni epoca passata e la relativa proiezione sul presente al fine di cogliere i segni edificanti per il futuro⁴.

dente che limite si dice in tutti quei sensi in cui si dice principio e, anzi, in sensi ancor più numerosi: infatti, ogni principio è un limite, mentre non ogni limite è un principio».

²Sulla oramai classica e suggestiva metafora della 'linea' e del 'punto' applicata alla storia si rinvia a P. GROSSI, *Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *L'insegnamento del diritto oggi*, a cura di G. REBUFFA, G. VISINTINI (Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova, 4-6 maggio 1995), Milano, 1996, pp. 255 ss.

³ARISTOTELE, *Metafisica*, XI, 2, 1060 b, 13-21: «Se, poi, si vogliono porre come principi le linee e ciò che dalle linee deriva, vale a dire le superfici prime, allora bisogna osservare che queste non sono sostanze separate, ma sezioni e divisioni: le linee delle superfici, le superfici dei corpi, i punti delle linee; inoltre queste cose sono limiti dei corpi. Tutti questi enti esistono solo in altro, e nessuno di essi è separato. Inoltre, come si può pensare che esista una sostanza dell'uno e del punto? Infatti di ogni sostanza c'è un processo di generazione; invece del punto non c'è, perché esso è una semplice divisione».

⁴ARISTOTELE, *Fisica*, III, 233 b – 234 a: «È anche necessario che l'istante, se lo si consideri non in relazione ad altro, ma per sé e dapprima, sia indivisibile e sia immanente, come tale, in ogni tempo. Difatti, esso è un'estremità del passato che per la presenza di [234 a] esso non ha nulla a che vedere col futuro, ed è, per converso, un'estremità del futuro, che per la presenza di esso non ha nulla a che vedere col passato; ed appunto per questo noi lo definivamo come limite di entrambi. Orbene: qualora si sia mostrato che esso è tale [per sé] ed è identico, sarà parimenti chiaro che esso è anche indivisibile. Dunque, necessariamente l'istante, poiché è l'estremità di entrambi i tempi, è identico: infatti, se vi fossero due istanti differenti, l'uno non sarebbe consecutivo all'altro, perché non vi è continuo che risulti composto da ciò che è privo di parti; e se ciascuno dei due istanti è separato, ci sarà in mezzo a loro un tempo; giacché ogni continuo è tale, perché vi è qualche sinonimo in mezzo ai limiti. Ma se ciò che è in mezzo è tempo,

Sulla base di tale assunto metodologico si è pensato, quindi, di poter individuare quattro *paradigmi performanti* o che corrispondono ad altrettante *esperienze* della storia giuridica europea: *premoderno o classico* (V sec. a.C.-XV sec.), *moderno* (XVI secc.-prima metà del XX), *postmoderno* (seconda metà del XX), *transmoderno* (inizio XXI sec. ad oggi). La finalità e la sede limitata del presente lavoro non prevedono né intendono, ovviamente, inserirsi negli annosi e ampi dibattiti relativi all'individuazione dei confini cronologici e delle caratteristiche morfologiche e 'genotipiche'⁵ di ognuna di queste epoche, oggetto di una sterminata e autorevole bibliografia e di correnti storiografiche spesso in disaccordo⁶; si è, altrimenti, assunta una ripartizione convenzionale unicamente finalizzata a individuare le caratteristiche strutturali e funzionali del fenomeno giuridico determinate dall'interazione tra la costituzione 'genetica' della norma e l'ambiente, sociale e antropologico con cui essa interagisce e in cui si applica. Si potrebbe, in altra forma, parlare anche a tale proposito di *esperienze giuridiche*, per sottolineare una caratteristica, da tempo individuata da Paolo Grossi, su cui avremo modo di ritornare più volte nel seguito, ossia la dimensione di intrinseca 'esperienzialità' connessa al diritto, la premessa per cui non esiste alcuna forma normativa scollegata da una dimensione fattuale, incarnata, inverata nell'esperienza appunto, che ogni essere umano, in quanto tale, compie all'interno della società⁷.

Ad ognuno di tali *paradigmi* si è ritenuto di poter accostare un *carattere*⁸ denotativo, una sorta di *cifra genetica* impressa nel tessuto storico, cul-

esso sarà divisibile, perché si è dimostrato che ogni tempo è divisibile. Ma se l'istante è divisibile, una parte del passato verrà a trovarsi nel futuro, e una parte del futuro verrà a trovarsi nel passato, giacché la parte in cui esso venga diviso, segnerà il limite del tempo passato e di quello futuro. E nello stesso tempo l'istante non sarebbe per sé, ma per altro, giacché la divisione non è ciò che è per sé. Oltre a ciò una parte dell'istante farebbe parte del passato, un'altra del futuro, e non sempre la medesima sarebbe esclusivamente passato o futuro. Quindi, l'istante non risulterebbe identico a sé, dato che il tempo è divisibile in molti modi. Sicché, se è impossibile che queste proprietà appartengano all'istante, necessariamente l'istante che è in entrambi i tempi, è identico».

⁵ Si veda la voce *genotipo*, in *Enciclopedia Treccani*: «Costituzione genetica, patrimonio ereditario di un individuo. Il risultato dell'interazione fra il g. di un individuo e l'ambiente nel quale i geni si esprimono costituisce il fenotipo».

⁶ Tra i principali lavori di sintesi rinviamo, per tutti, anche sulla base dell'impostazione da noi qui condivisa, a M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962; ID., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, ed. it. a cura di R. D'Ettore e F. D'Agostino, Milano, Jaka Book, 1986; J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, ed. it. a cura di M. Ascheri, Bologna, il Mulino, 1996; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, il Mulino, 2007.

⁷ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 22-35.

⁸ Sull'étimo e i plurimi significati del lessema *carattere* vi è sostanziale accordo semantico tra le varie discipline, umanistiche e scientifiche. La prima definizione del Di-

turale, antropologico di un'età che assume funzione *significante* sotto il profilo giuridico. La suggestione, in questo caso, ci proviene dal ricco e raffinatissimo laboratorio definitorio della seconda (o bassa) scolastica⁹ (anche se ovviamente tutti i contenuti erano già presenti nel pensiero di S. Tommaso) che riconosce in Francisco Suárez (1548-1617) il *terminus a quo* ma che proseguirà con esiti fecondi nella speculazione gesuitica per tutto il XVII secolo e oltre per giungere alla riformulazione di Baruch Spinoza (1632-1677) nella sua *Ethica ordine geometrico demonstrata*¹⁰. È noto come oggetto di un amplissimo e raffinato sforzo definitorio della metafisica classica, a partire da Aristotele, e della scolastica medievale, sia stata la definizione dell'*essere*, nella sua accezione di *ente in quanto ente* (*to ón hê ón*), ripresa e portata a sistema dalla seconda scolastica con l'individuazione di quattro principali caratteri: l'*aseità* (*aseitas*, dal latino *a se* = da se stesso), ossia la proprietà di un essere che ha in sé medesimo la ragione e il fine della propria esistenza, si predica di Dio; la *abalietà* (*abalietas*, dal latino *ab alio* = da altro), la caratteristica degli esseri che hanno la ragione e il fine della propria esistenza nella dipendenza e relazione con altro-da-sé, si predica della creatura; la *perseità* (*perseitas*, dal latino *per se* = per sé), il carattere distintivo di un ente in virtù della propria sostanza, e la *inalietà* (*inalietas*, dal latino *in alio* = in altro), che definisce l'essere in rapporto all'accidente¹¹ e a cui possiamo accostare un ulteriore carattere, tutto contemporaneo, la *peralietà* (*peralietas*, dal latino *per alio* = attraverso altro) che definisce l'essere *attraverso* enti e relazioni esterne, che sono altro-da-sé. I quat-

zionario Treccani è la più performante: «[dal lat. *character* –*ēris*, gr. *χαρακτήρ* –*ῆρος*, propr. «impronta»]. – **1. a.** Segno tracciato, impresso o inciso, a cui si dia un significato [...] **2.** In teologia cattolica, *c. sacramentale*, il segno spirituale e indelebile impresso nell'anima dai tre sacramenti del battesimo, cresima e ordine, per cui questi non possono essere ricevuti una seconda volta. **3. a.** Segno distintivo, qualità propria che contraddistingue una persona, un organismo, un fenomeno collettivo, una cosa, da altri [...]. Per estens., qualità, natura, in quanto si manifesta con determinati aspetti [...]. **b.** In matematica, l'insieme delle proprietà di un ente, espresse talvolta da uno o più numeri, detti essi stessi caratteri, invarianti rispetto a un certo gruppo di trasformazioni. **c.** In biologia, ogni particolarità di forma, colore, struttura, composizione chimica, funzione, comportamento, che sia tipico di alcune categorie di organismi [...] **d.** Il complesso delle doti individuali e delle disposizioni psichiche che distinguono una personalità umana dall'altra, e che si manifesta soprattutto nel comportamento sociale, nella disposizione affettiva dominante, nell'umore abituale».

⁹ Su cui ritorneremo nel cap. V.5.

¹⁰ B. SPINOZA, *Ethica ordine geometrico demonstrata*, in *Opera posthuma*, Amsterdam, Jan Rieuwertsz, 1677, *pars I, De Deo, definitiones*, I; VII.

¹¹ Cfr., tra i molti, G. BARZAGHI, *Compendio di filosofia sistematica*, Bologna, EDS, 2006, p. 63; *Dizionario di filosofia. Gli autori, le correnti, i concetti, le opere*, Segrate, BUR, 2014, *ad vocem*; J.P. DOYLE, *On the Borders of Being and Knowing. Some Late Scholastic Thoughts on Supertranscendental Being*, ed. by V.M. Salas, Leuven, Leuven University Press, 2012, pp. 82 ss.

tro predicati dell'essere, come bene sottolinea il gesuita polacco Maximilian Wietrowski (1660-1737), ancora nella più tarda riflessione della fine del XVII secolo, così come nelle formulazioni originarie della alta e bassa scolastica, non pone mai in discussione la dimensione unitaria dell'essere, che è e rimane sempre il *genus* di riferimento¹².

Per quanto riguarda il nostro modello si evidenzia, fin da ora, una singolarissima ed efficace struttura *a chiasmo* in cui le caratteristiche della *abalieta* e della *peralietà* connotano i paradigmi *premoderno* o classico nella sua ricchezza e il suo opposto, il paradigma *transmoderno* e altrettanto la *aseità* e la *perseità* caratterizzano i due termini medi in cui si gioca la partita tra modernità e postmodernità. Si è quindi associata la caratteristica dell'*abalieta* al paradigma denominato *premoderno* o *classico* in quanto, come si argomenterà per esteso nel séguito, proprio questa proprietà pare rappresentare bene, da un lato, lo stabile baricentro dell'equilibrio giuridico dell'età del diritto comune e, al contempo, costituire un saldo punto di intersezione nella linea di continuità temporale – tutta da recuperare a nostro avviso – tra l'età classica e quella contemporanea, oggetto principale di questo saggio.

Il carattere dell'*aseità* è invece associato al paradigma della modernità, in cui lo stato legicentrico e formalista spiega, com'è noto, la massima estensione della propria autoreferenzialità – con le ormai ben note declinazioni dell'«assolutismo giuridico», del 'normocentrismo', del 'panlegalismo', a

¹² M. WIETROWSKI, *Philosophia disputata, in qua comprehenduntur conclusiones ex universa philosophia Aristotelis*, Praga, Typis Universitatis Carolo-Ferdinandae in Collegio Societatis Jesu ad S. Clementem, 1679, *Logica*, Concl. 13, cap. 1, n. 1 [226-30]; *ibid.*, n. 3 [235-236]; *ibid.*, n. 4 [239]; 226, pp. 229-230: «Quemadmodum in conceptu substantiae, ita et in conceptu accidentis, Dei et creaturae, dum reperiuntur formalitates, seu praedicata realiter identificata, unum commune et genericum alterum differentiale seu specificum; sicuti in conceptu hominis et bruti, duo pariter sunt praedicata, unum commune, videlicet *animal*, alterum differentiale, in homine quidem *rationale*, et bruto autem *irrationale*. In conceptu substantie sunt haec duo praedicata, *ens* et *perseitas*; in conceptu accidentis *ens* et *inalietas*; in conceptu Dei, *ens* et *aseitas*, in conceptu creaturae, *ens* et *abalietas*; praedicatum primum, quod est *ens*, omnibus est commune, ut patet; reliqua praedicata sunt differentia, vocanturque modi entis, aut etiam differentiae entis. Inter ista praedicata *ens* nihil aliud dicit formaliter quam *posse existere realiter* seu non habere repugnantiam ad existendum realiter; qui conceptus nulla ratione tangit aut explicat formaliter perseitatem vel inalietatem, aseitatem vel abalietatem, sicut conceptus formalis animalis non attingit formaliter rationale vel irrationale: adeoque sicut animal praescindi potest a suis differentiis, per quas contrahitur ad certas essentias specificas, cognoscendo illud in ordine ad connotata animalis, et non cognoscendo illud in ordine ad connotata rationalis, ita et ens praescindi potest a suis differentiis, per quas contrahitur ad essentiam substantiae, accidentis, Dei vel creaturae, cognoscendo illud in ordine ad existentiam realem, non cognoscendo illud interim in ordine ad specialem modum existentiae realis, puta aseitas, vel perseitas, etc.».

lungo sapientemente illustrate dal magistero di Paolo Grossi¹³ – e che non dismette, ma anzi potenzia, la funzione di creazione monistica del diritto, sostituendo di fatto il legislatore statale immanente al legislatore universale trascendente.

Dalla giustapposizione tra creatura (*abalietà*) e Creatore (*aseità*) che caratterizza le due grandi esperienze, classica e moderna, ci muoviamo ora sul terreno dell'essere predicato in rapporto alla sostanza e all'accidente riferendoci alle caratteristiche di *perseità* e *inalietà* rispettivamente dei paradigmi postmoderno e *transmoderno*.

La delegittimazione, nel secondo dopoguerra, delle «grandi narrazioni» (*grands récits*), ideologiche e paralizzanti, fu canonizzata da Jean-François Lyotard, nel 1979¹⁴, quale termine di compimento – una sorta di morte per consunzione – del ‘manifesto’ ideologico che, a partire dall’illuminismo, aveva incisivamente ispirato e condizionato le credenze e i valori della cultura occidentale: la ‘narrazione’ del processo di emancipazione degli individui dallo sfruttamento, la ‘narrazione’ della legittimazione di un non meglio definito ‘progresso’ quale altrettanto indefinito ‘miglioramento’ delle condizioni di vita media, la ‘narrazione’ della dialettica come legittimazione del sapere in una prospettiva assoluta. A fronte di tale *rêverie* mitizzante, l’età postmoderna si caratterizza per un recupero di mobilità e dinamismo, in particolare nella dimensione sociale e – pertanto – anche giuridica, con una correlata reviviscenza della ‘storicità’, prima di allora paralizzata dall’invadente presenza statuale ed ora rivitalizzata da una feconda dialettica tra diritto ed economia¹⁵. Appare tuttavia, a nostro modesto avviso, un’età breve, di transizione, quella postmoderna, carica di propulsione vitale dopo la mortificazione dell’ultimo tratto della *modernità*, a cui occorre riconoscere il merito di un riposizionamento del rapporto tra prassi e dottrina giuridica, con un abbandono progressivo dell’astrattismo monista dei Lumi in favore di una risorgenza del pluralismo dei ruoli attoriali nel diritto, dal magistrato al notaio, dallo scienziato del diritto alla molteplicità di nuove figure giuridiche intermedie impiegate negli ambiti più vari della piccola e media impresa, della Pubblica Amministrazione, del diritto transnazionale. Ma è soprattutto il riflesso nello specchio delle Costituzioni novecentesche, tra cui quella della Repubblica Italiana del 1948, come ancora di recente sottolinea-

¹³ Cfr., tra i molti studi dedicati a questi aspetti, P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Roma-Bari, Laterza, 2007; ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017; ID., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020.

¹⁴ J-F. LYOTARD, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Editions du Minuit, ed. it. *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, traduzione di C. Formenti, Milano, Feltrinelli, 1981.

¹⁵ Si veda, da ultimo, P. GROSSI, *La storia del diritto in una facoltà giuridica, oggi*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 92, 2021.1, pp. 37-56.