

Eligio Resta\*

## *L'inquietudine del giurista*

### 1. Autoriflessione

Nonostante il secolo breve, cinquanta anni di distanza contano e pesano, specialmente se si riferiscono a una vicenda culturale di rilevante importanza. Ottima iniziativa quella di riprendere quel dibattito su *L'uso alternativo del diritto*, per discutere temi, presupposti, conseguenze, esiti; per allora e per oggi. E anche per misurarci su come eravamo e come siamo. È sempre utile un'autoriflessione, non certo mancante di spirito critico, da parte di un ceto intellettuale che si voglia interrogare sul proprio ruolo, sul proprio destino, sugli strumenti culturali che adopera e sui suoi riferimenti storico sociali. Questo vale per tutti i ceti intellettuali ma, in maniera non marginale e secondaria, per i giuristi, vista l'ipertrofia che ha visto crescere, nel nostro paese, ma non soltanto, l'esperienza giuridica.

Valga per tutti il giudizio di O. Marquard che, ha parlato di “tribunalizzazione della storia” per indicare la crescita dell'elemento giurisdizionale come connotato rilevante nella esperienza culturale della post modernità. Ci sono del resto molti indicatori che indicano tale ipertrofia del diritto che finisce per invadere, a torto o a ragione, la vita delle persone e della società nel suo complesso. Crescono diritti e conseguentemente doveri, riversandosi poi sui giudici e i tribunali; aumenta in una parola la complessità del sistema. Si è parlato persino di “clinica dei diritti” per indicare la sostituzione del bene con il “diritto a quel bene” e poi si istituiscono tribunali ad hoc. Con esiti sicuramente malinconici.

Al giudice finiamo per chiedere tutto, persino la felicità, pensando di poter derogare alla eccedenza inevitabile della vita sulle forme. Ripeto, nel bene e nel male. Ma questo avviene in maniera contraddittoria, perché vi sono zone rilevanti della vita individuale e collettiva che sfuggono a qualsiasi controllo giuridico e ad alcuna tutela. Tra deficit e ipertrofia corre un filo sottile di complicità.

La conseguenza è che l'intera esperienza giuridica si trova di fronte all'aumento della complessità del sistema sociale. Ad essa si chiede una nuova funzione regolativa e di controllo dei conflitti; e, inevitabilmente, i giuristi e tutti i ceti interessati, devono riadeguare il proprio ruolo, spesso non potendolo fare o potendolo fare solo a fatica. Già M. S. Giannini, da attento osservatore, invitava i giuristi a

\* eligio.resta@uniroma3.it, Emerito nell'Università di Roma Tre.

smettere i “raccontini” e a adeguare la propria narrazione, adeguandola alla nuova complessità sia nella sfera pubblica che in quella privata.

Per queste ragioni, e tante altre, è utile riprendere quella esperienza, ripensando a quegli anni e a quel mutamento radicale che si veniva ipotizzando in quell'epoca, anche là, di forti cambiamenti. Rilevante la tematizzazione dei problemi da cui quel dibattito partiva, non meno della riflessione sull'adeguamento critico della regolazione, interpretazione e applicazione del diritto rispetto al quadro costituzionale; accanto però a un'autoriflessione sulla propria cultura, sulla formazione, sul metodo, sugli strumenti di comunicazione e tanti altri.

Non ultimo, la ricerca di riferimenti storico sociali alla soggettività sociale cui rapportarsi e, in una parola, alla ideologia politica: il tutto in un quadro di spinta culturale emancipativa che sembra essere il cuore segreto dell'orologio di quell'esperienza.

## 2. Una malattia salutare

Convergono lì due dimensioni: una più propria di quell'epoca, di quel tempo tutto particolare, e per certi versi irripetibile, che ne fa un “evento” culturale. E un'altra meno, più generale e, per così dire, tipica di tutte le esperienze giuridiche; non uso il termine universale, perché troppo impegnativo. Lo si può rendere con l'aggettivo “strutturale”, non episodico, quasi connaturato all'esperienza giuridica.

Con la prima si evidenzia una “effervescenza culturale” che fanno dei giuristi grandi intellettuali. La prima operazione è quella di rimuovere steccati tra sé e gli altri saperi sociali, togliere l'isolamento autogiustificato con la tecnica della “purezza” quasi sacerdotale. Così il diritto diventa un grande osservatorio sociale attraverso cui valutare e giudicare sistema sociale e sistema economico politico. E questo, lungi dallo sminuire la cultura giuridica, spinge per una sua valorizzazione.

Tra oggetto e scienza si ridefiniscono confini e relazioni. Questo non avviene in astratto, ma misurandosi sulle questioni della vita pubblica, partendo da una constatazione radicale della divaricazione tra dover essere normativo (soprattutto costituzionale) e i fatti reali. L'interessante sta proprio nella “critica” tra un mondo raccontato, anche dalla scienza giuridica, e un mondo diverso nella sua essenza reale. Un'effervescenza culturale che ha a che fare con una coscienza critica (come per la psichiatria, la medicina, la magistratura, persino la polizia) che punta il suo sguardo su quella vita pubblica, ma che non trascura di scavare nelle coscienze individuali. Cambiano così i riferimenti e gli interlocutori con l'attenzione per i cambiamenti che mettono in discussione le incertezze della storia.

La seconda invece, molto più presente nelle vicende storiche del ceto dei giuristi era quella indicata allora come “frustrazione” per una scienza inane rispetto alla domanda pubblica di giustizia. Le parole di P. Barcellona sono una rappresentazione viva ed efficace di questo elemento di frustrazione. Scrive che “di fronte a un potere che si sposta (camaleonticamente) verso zone sempre meno accessibili al controllo giuridico” i giuristi cominciano a interrogarsi sul significato del proprio

ruolo. In particolare, vengono in discussione sia l'ideologia del ceto, sia la funzione di legittimazione del potere solitamente svolta o assegnata alla scienza giuridica". E in esse contano tanto l'ideologia, quanto soprattutto la legittimazione, con un legame forte insorto fra le due. Ne va dunque della identità culturale del giurista, dovuta al non sentirsi più a proprio agio negli abiti acconciati da una storia e da un destino in cui non ci si riconosce.

Nascono qui "passaggi obbligati" che costringono a scegliere, più che per un'ideologia (che pure viene indicata), per itinerari che mettono in gioco l'intero essere giurista.

Dalla frustrazione, dunque, è nato un visibile sentimento di "inquietudine" che lunge dal paralizzare, attiva coscienze, richiama saperi, manifesta credenze e ideologie. Definirei l'inquietudine di cui si parla come una "malattia salutare" che porta a scuotersi e a ripensare se stessi. Dicevo che è la dimensione meno datata di quella vicenda perché la vedo ripetersi continuamente nella storia dei giuristi. Bisognerebbe anzi studiare di più e più a fondo questa correlazione tra l'inquietudine e il giurista. Anche semplicemente interrogarsi da che parte stare, essendo la giustizia un gioco sempre tragico che ti impone di decidere, significa farsi sommergere dall'inquietudine. Si sa che non tutto può essere oggetto di temperamento né tutto può convivere pacificamente quando si incontra un "dissidio" inconciliabile (gli esempi sono tanti e tutti eloquenti).

E come si sa da C. Schmitt, che con le epoche tragiche ha convissuto, più i tempi "si fanno inquieti" più il giurista è obbligato a schierarsi abbandonando l'impossibile neutralità ("gli ameni parchi a tutela della natura"). Si potrebbe ripercorrere l'intera storia del diritto animata dall'inquietudine; la nascita del moderno è significativamente segnata dalle guerre civili di religione e Hobbes ne rappresenta il senso del tragico in maniera eloquente. Senza dimenticare il costituzionalismo e la grande codificazione moderni, legati all'assassinio fondatore del re, nella Rivoluzione francese.

Nell'inquietudine si riaffaccia il "tragico", che ti obbliga a scegliere (spesso senza poterlo fare!). Ne nasce spesso la consapevolezza dell'esistenza di una contraddizione.

È Hegel a rappresentarla meglio degli altri. In un noto frammento coevo alla *Costituzione della Germania* nel 1804 Hegel introduce il tema della "contraddizione sempre crescente, tra le determinatezze della vita e l'anelito verso la vita migliore". Non si tratta di una semplice divaricazione, ma di vera e propria *Widerspruch*, appunto contraddizione, con un margine crescente di inconciliabilità, tra anelito alla vita migliore e una vita "determinata", così come essa è consegnata dalla storia. Si noti come in tedesco storia e destino abbiano identica radice (*Geschick* e *Geschichte*).

Non si può superare quella contraddizione con una *fremde Gewalt* (una violenza esterna e estranea) che forzi il destino della storia. Sarebbe, si dice, *un nuovo dolore*. Il frammento, giustamente incompiuto, termina con un *Oder*, "oppure", con altre soluzioni oltre quelle esaminate. La sospensione compresa nell'oppure crea pensosità (*Nachdenklichkeit*) che, come insegna Blumenberg, arricchisce il pensiero; ne aumenta le possibilità.

Da questo l'inquietudine che nasce dalla contraddizione crescente tra determinatezza e anelito verso la vita migliore (*das bessere leben*). È un sentimento universale, frequente in tutte le epoche di passaggio e in tutte le effervescenze culturali. E non c'è dubbio che, in certa misura, fosse presente in tutti i movimenti emancipativi e, quindi, nell'esperienza di cui parliamo. Il diritto che ci si trovava di fronte partecipava delle determinatezze della vita (di quella vita) e contrastava con un vero e proprio anelito verso un diritto e un'esperienza giuridica, sociale, umana, migliore.

### 3. Ideologia e critica

Non è un caso che una delle parole chiave usate in tale esperienza sia, appunto, *contraddizione*, che dal lessico hegeliano era entrato a far parte del linguaggio marxista.

Riposa qui però uno dei problemi che nascevano in quel movimento. Se la contraddizione veniva svelata come meccanismo ideologico che "copriva" una realtà attraverso un racconto di sé, il nodo veniva a concentrarsi sulla "critica dell'ideologia". Il diritto eguale che veniva raccontato nascondeva una società di classi (Cotturri) e neutralità, universalità e equidistanza della legge erano soltanto "favole". L'insistenza sulla divaricazione tra legalità costituzionale e pratiche giuridiche quotidiane, tra dover essere e paese reale era costruita sullo schema della critica dell'ideologia che, dallo svelamento, richiedeva un passo decisivo in avanti.

Ma, non va dimenticato, era appunto "contraddizione". È bene peraltro ricordarlo oggi che di "critici dell'ideologia" ci sono rimasti soltanto i bambini, che valutano gli adulti per quello che sono e per quello che fanno, e non per quello che dicono di essere o dicono di fare.

Questo nodo rimane irrisolto come appare, del resto, anche all'interno della tradizione marxista. L'ideologia consiste in un racconto (una favola, appunto) che va svelata come una bugia; ci sono persino in quel dibattito fughe in avanti di giudici e giuristi, anche tedeschi, secondo cui il diritto e lo Stato borghesi non si possono cambiare. Ma vi è anche tutt'altra posizione che coincide con un'altra lettura della critica dell'ideologia presente anche nel dibattito della sinistra. Non ci si ferma, infatti, all'*Ideologia tedesca*, ma si scava in tanti altri passaggi della produzione marxiana, come le *Lettere* della tarda produzione e gli scritti di Engels che considera i "racconti" nascosti nell'ideologia non soltanto come bugia, falsità, ma come luogo, appunto, di una contraddizione. Sono anche da intendere come promessa mancata che obbliga, come un dover essere che vincola e impone realizzazione. Come, dice Engels, la diversa altezza degli uomini si può misurare soltanto quando essi sono sullo stesso piedistallo. L'uguaglianza, l'universalità, l'equidistanza spingono alla loro attuazione. Vanno presi sul serio e non liquidati come favole che raccontano di un mondo irrealizzabile.

Anche qui il modo di scavare nelle contraddizioni muta completamente di segno producendo atteggiamenti culturali diversi. Aveva avuto ragione Ascarelli che aveva interpretato gli opposti modelli di giustizia, che poi in quel dibattito si sarebbero ripresentati, in due figure femminili della drammaturgia occidentale. Queste,

in un saggio mirabile che reca lo stesso nome, erano Antigone e Porzia. Figure contrapposte che guardano al diritto in maniera alternativa. Antigone oppone al diritto scritto di Creonte le leggi non scritte, alle ragioni della *polis* (col suo diritto, con le sue leggi) quelle dell'*oikos*, degli affetti. Al diritto, sempre provvisorio, del legislatore, i *nomoi* validi da sempre.

Porzia, al contrario, aggira la legge, piegandola e trasformandola con giochi linguistici di interpretazione. Si maschera da avvocato patavino e, quando in udienza viene contestata la responsabilità del suo assistito, contesta la decisione; non si può infatti applicare la pena prevista del taglio di una libbra di carne, perché la dispersione di gocce di sangue non era prevista nel contratto.

Atteggiamenti contrastanti che oppongono un'altra giustizia a un altro modo di fare giustizia, in cui la legge si applica a se stessa (nelle pieghe della legge...).

Interessante seguire il dibattito che è sorto in seguito all'uso alternativo che suggerisce sempre soluzioni significative come nel caso del riequilibrio del rapporto tra legislazione e giurisdizione, il riequilibrio delle ingiustizie del mercato, una ridefinizione del rapporto tra pubblico e privato. Comincia di là la consapevolezza che non si ha a che fare soltanto con codici per "una società che produce e vende merci" (Labriola, *Del materialismo storico*, 1899); di lì a poco si sarebbe parlato del diritto costituzionale delle persone (*Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di N. Lipari, Bari, 1974).

#### 4. Il silenzio dei penalisti

Non c'è dubbio, però, che il dibattito fosse incentrato sul diritto dell'economia. In maniera esplicita lo ripete R. Wiethölter che parla della necessità della demistificazione "come premessa per una analisi critica e per una prassi emancipatoria". Tutto sta nell'intendersi cosa è, e come si esplicita il diritto dell'economia, che si irradia dal diritto privato al diritto amministrativo, al diritto penale, con meccanismi diversi e anche con intensità diverse, a volte dimenticando che la tesi dottorale di Marx era dedicata al dibattito sulla legge contro i "furti di legname" che muoveva dalla disparità di disponibilità delle risorse essenziali tra classi sociali diverse.

A proposito di questo bisogna rilevare una sostanziale assenza, nel dibattito culturale di quegli anni, della scienza penalistica. Vassalli aveva parlato, non a caso, di un assordante "silenzio dei penalisti" a fronte dei mutamenti profondi apportati dalla Costituzione. Bisognerà aspettare l'esperienza della *Questione criminale* (Barrata e Bricola), di qualche anno posteriore, perché si mettesse a fuoco una serrata "critica del diritto penale", su cui non si è riflettuto abbastanza e su cui, non ultimo incise il clima del terrorismo; ma ci vorrebbero analisi molto più approfondite.

Silenzio colmato in parte soltanto dall'esperienza della magistratura con un frequente ricorso a una giurisprudenza che metteva in luce la profonda divaricazione tra Codice e Costituzione. D. Pulitanò, quasi scusandosi per la "divagazione penalistica in questo convegno di privatisti", citava una giurisprudenza significativa sui reati di opinione dove più stridente era il contrasto tra un'idea di ordine pubblico,

come ordine di regime, e una dimensione di sfera pubblica costruita dalla Costituzione. Ma andrebbero ricordate tante altre vicende giurisprudenziali come quella relativa alla occupazione dell'Università in cui si negava il reato di occupazione di suolo pubblico, in base alla motivazione che l'università è degli studenti. Ancora, parlando di furto in un grande magazzino, invece di reato, si ipotizzava un inadempimento contrattuale, dal momento che la merce era apertamente offerta al pubblico. Fece storia la decisione sull'incostituzionalità dell'adulterio vistosamente in contrasto con il principio di uguaglianza tra i sessi. E gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Ma va sottolineato, proprio grazie alle parole di Pulitanò, che “l'uso alternativo del diritto [...] è per noi un problema politico prima che teorico, e la discussione metodologica non deve far perdere di vista il fine politico”. Risulta significativo il divario tra un orientamento alla prassi, all'esperienza concreta, e un orientamento teorico e metodologico. Divario comprensibile per chi è investito dall'urgenza della prassi, dalla profonda divaricazione tra modelli costituzionali e codicistici, addirittura tra modelli e realtà che ci si trova di fronte. E qui ritorna in controluce la dimensione di inquietudine di cui parlavamo prima, sia pure con motivazioni ed esiti diversi, tra gli attori di quella importante vicenda culturale.

Il meccanismo positivo che veniva innestato aveva a che fare, più che con le soluzioni proposte, con l'arricchimento e la ridefinizione dei temi che sono destinati a sconvolgere anche la tradizionale divisione dei saperi e delle competenze scientifiche all'interno e fuori del sistema giuridico. Nasce il movimento del *law and...*, che stabilisce nuovi legami e collegamenti tra i saperi. Penso che questo sia stata la principale acquisizione e il principale merito di quel movimento. Possiamo definirlo un cambiamento semantico con notevoli conseguenze per lo sviluppo del lavoro scientifico intorno al diritto.

## 5. Uso e tecnica

Rimanevano naturalmente molti problemi irrisolti; e sono tanti. Tra essi quello principale credo che sia legato al tema dell'*uso* del diritto. Prima che venga indicato come alternativo, è proprio l'uso del diritto che mostra crepe e criticità ovunque.

L'uso presuppone un potere che lo manipoli, o per cui si manipoli. Ma se è potere socialmente rilevante (economicamente, politicamente ecc.) si lascia spazio al meccanismo della forza, che è difficile da tenere in equilibrio. Così si apre la strada alla potenza di volta in volta dominante. Rimane nell'ombra il meccanismo per cui i diritti sono contro i poteri o non sono; se ne vanifica il contenuto e finisce con la conclusione che nel diritto c'è che non c'è niente. A meno che non si miri sempre e soltanto a questo, che cioè i diritti sono contro i poteri o non sono. Ma questo sempre e contro tutti.

Emerge qui un altro motivo di perplessità, se non di vero dubbio. Se il diritto deve esemplificarsi con un uso, esso si riduce a pura “tecnica” con tutti i rischi connessi alla sua essenza. Il poter fare tutto quello che si può fare comporta la soluzione più breve tra la definizione del problema e la sua soluzione.

La tecnica, il mito di Prometeo insegna, è *pharmakon* che vive insieme dello stesso veleno e del suo antidoto. Quello che prescrive è anche quello che interdice e quello che interdice è anche quello che prescrive. Nella tecnica, e in quel diritto, vive la complicità dei contrari (bene/male, cura/malattia, giusto/ingiusto ecc.) e i giochi tendono tragicamente a riaprirsi.