



### Nicolò Lipari e la funzione anagogica della giurisdizione nell'ordinamento costituzionalizzato



Enrico Caterini

Prof. ord. dell'Università della Calabria

**SOMMARIO:** 1. Il libro-intervista innova? – 2. Morale politica, diritto e fatto. – 3. Giurista, conservatore e riformatore. – 4. Il diritto monistico e il diritto del *dia-logos*. – 5. Il diritto democratico e gli ostacoli culturali. – 6. Il caso *fattifica* il diritto ed è *giuridificato* dai principi. – 7. Il giurista concorre alla formazione del diritto.

#### 1. Il libro-intervista innova?

Il genere letterario del libro-intervista, insolito per gli studi giuridici, potrebbe reputarsi ad *effetti dichiarativi*: un riepilogo a compendio del pensiero dell'Autore.

Ma ogni rilettura è innovativa. Nei libri-intervista è lo stesso intervistato che chiarisce, precisa, connette, rimedita, non di rado, innova.

D'altronde l'enunciato linguistico o pragmatico è una parafrasi di idee e fatti che soltanto il processo ermeneutico sa cogliere nella sua autentica semantica. Ciò che comprende il pensiero altrui, soltanto in apparenza lo replica; la stessa esegesi è una petizione di principio, una scelta ideologica.

Ogni pensiero ha soltanto un Autore, e ogni storia è storia *contemporanea* al narratore, ma il pensiero non ha soluzione in sé. La filosofia della storia, personale e sociale, è funzione ininterrotta di pensiero.

In questo senso non esiste interpretazione che non sia evolutiva: essa si evolve con l'interprete.

*Scrivendo Lipari: «Pur riconoscendo il persistente valore indirizzante del riferimento a categorie classificatorie, consolidate da una risalente tradizione, rimane valida l'esi-*

*genza di rileggerle alla luce di un mutamento che si è inesorabilmente consumato e che sarebbe ridicolo negare [p. 79]».*

Dunque, questo genere letterario è una sfida a se stessi, un'introspezione, impietosa e onesta.

In questa dinamica si ritrovano i protagonisti dell'opera; posti dinanzi ad un testo per sua natura «infedele», alla ricerca della linea di maggiore aderenza alla «coscienza» dell'Autore, al di là di quegli -ismi (formalismo, concettualismo, storicismo, dogmatismo, etc.) con i quali si manipolano e conformano i pensieri.

Questa è la chiave di lettura di quanto segue, consapevole di essere alla ricerca di quella coerenza, ma inconsapevole della riuscita.

## 2. Morale politica, diritto e fatto

«Vivere il diritto» è la specola che frantuma la neutralità della tecnica, disvela la finzione dello iato tra la morale politica e il diritto, scopre gli aprioristici schemi concettuali.

*Scrivete l'Autore: «In questo testo [il riferimento è a Luigi Lombardi Vallauri, La scienza giuridica come politica del diritto] lucidamente si affermava, facendo giustizia di tutti i vecchi postulati sul procedimento di tipo sillogistico, che l'attività del giurista, data l'inevitabile incompletezza del dato positivo, "è attuazione-integrazione critica del diritto, ossia appunto politica del diritto [p. 34]».*

Tutto discende e ascende al valore delle idee affermate dall'ordinamento *costituzionalizzato*. La giuridicità è «luogo diffuso» che spazia dal fatto alle norme. Abbatte le compartimentazioni disciplinari, e il metodo non è una scelta aprioristica ma una conseguenza ideologica.

Il diritto è fenomeno culturale, orientato dalla civiltà di cui è interprete, affidato a cultori educati al «giusto».

Una formazione che decompone gli schemi astratti, li segmenta e li ripone sulla realtà dei fatti, depositari – anch'essi – di interessi e valori da promuovere o retrocedere.

«Vivere il diritto» delinea un interprete *fattore* di diritto.

*Scrivete l'Autore: «Fermo restando che il giudice, quale lettore dell'esperienza, proprio in quanto è chiamato ad intendere le norme in chiave di ragionevolezza, cioè commisurandole ad indici di valore attuali e condivisi, non può prescindere dal valutare quale è, con riferimento al caso sottoposto al suo esame, il principio idoneo a rendere la soluzione accettabile dalla comunità di riferimento, è inevitabile che egli invece si muova diversamente quando si trovi a doversi misurare con problemi ancora offerti ad un'alta conflittualità sociale. In questo caso è chiaro che il suo spazio di libertà aumenta e che egli è chiamato alla responsabilità di una più articolata e convincente motivazione,*

*dovendosi dare [...] per scontato l'esito di soluzioni giurisprudenziali fra di loro non omogenee» [p. 35-36].*

L'interprete non distingue colui che intende da colui che aziona il diritto, altra distinzione artificiosa e speciosa. L'intendere dipende dall'atto, come l'atto dall'intendere e, dall'insieme, il comprendere.

*«La stessa differenza tra “frastico” e “neustico”, per designare la differenza tra la parte descrittiva e quella più propriamente precettiva di un enunciato con valenza normativa, non è riproducibile con riferimento ad un principio che, quali che siano i modi della sua rilevazione, si sottrae ad una simile alternativa [p. 69]».*

### 3. Giurista, conservatore e riformatore

In questa ritrovata condizione culturale e sociale muove l'opera del giurista, non più «alienata» dalla pre-comprensione, ma educata alla sensibilità dialogante che tramuta le altre sapienze in intelligenza giuridica.

L'ibridazione culturale del diritto non è più schermata dai rivestimenti concettuali, non più idonei a ridurre l'irriducibile complessità. Il diritto è poliedrico, ma non smarrisce la sua centralità, propria dei valori di cui è generatore.

L'offuscamento della centralità del diritto è un rischio; un diritto diaconale all'economia, alla tecnica, alla quantica, all'autorità, e non all'uomo. Tale rischio denota una debolezza, uno stato febbrile della sua cultura, da sempre al bivio tra il restauro dei fasti autoritari, e la promozione della cultura democratica, questa di per sé spoglia di sostegni etero-fili. Il diritto *democratico* è forza endogena, diffusiva e integrante.

Occorre non disperdere il patrimonio culturale del diritto, ma bisogna essere consapevoli che quel patrimonio ha attraversato molteplici coscienze storiche, che esso non è stato mai neutro, che non è buono in sé.

In questo senso il giurista è al contempo conservatore e riformatore. È conservatore, quando resiste a spinte riformatrici che attentano al quadro valoriale costitutivo, processo sempre in atto, a volte dichiarato, a volte no. È riformatore, quando mette in campo sensibilità culturali che avviano o consolidano processi per la massima attuazione dei valori costitutivi.

*Scrive Lipari: «La cultura giuridica, proprio perché ancorata alla rigidità della sua struttura normativa, è stata, per sua natura, sempre conservatrice; ha ritenuto di dover costantemente forzare le novità entro forme culturali sedimentate da una radicata tradizione. [...] Basti pensare alla forza costringente che ancora esercita il riferimento a categorie classificatorie che, nella realtà contemporanea, hanno finito per perdere gran parte del loro potere individuante [p. 57]».*

Perciò, «Vivere il diritto» tratteggia un giurista «militante», tenuto a schierarsi, consapevole di un senso della giustizia.

#### 4. Il diritto monistico e il diritto del *dia-logos*

La specola del libro apre la visione di un piano chiaroscurale che fa scorgere l'evolversi e l'involgersi sociale, e il ruolo condotto dal diritto.

Dunque, le funzioni sociali del diritto e del giurista. Questi è chiamato a cogliere l'orizzonte che si cela nelle sfumature.

*Scriva Lipari: «[...] proprio nel momento in cui abbiamo scoperto la connessione del diritto con l'integrità dell'esperienza umana, non deve essere dimenticato [...] che ciò che caratterizza la vera educazione, al di là dei criteri istruttivi, apprenditivi, specializzanti, è sempre una formazione umanamente formativa [p. 39].»*

Ciò significa storicizzare la realtà lungo un pensiero che traguarda la persona. L'invito è a superare la divaricazione tra giurisprudenza e scienza del diritto, ambedue chiamate a prestare più cura ai principi, e a non ridursi a scienza dei fatti.

Il diritto «democratico», o se si preferisce «costituzionalizzato», impietra la morale e il giusto, li interiorizza, così da superare i pre-giudizi logico-formali del monismo statual-normativo; in esso v'è l'esaltazione dell'umana perennità della persona.

*«Dobbiamo liberarci dalla convinzione che il diritto vada ricondotto ad una fonte esclusiva e unificante [...]. Nonostante gli schemi costrittivi entro i quali ancora si svolge la formazione dei giuristi, dobbiamo fondare la convinzione [...] che il diritto non è soltanto comando, ma anche ratio e logos [p. 71].»*

La storicizzazione del diritto, intesa come filosofia della storia, riconosce in esso l'anima vitalizzante, così che il diritto democratico integra la persona, si muove con essa. Il diritto non è più un corpo esogeno, costruito asettico ed esangue, impositore acritico, al quale la *societas* soggiace, ma il frutto *in faciendo* di un concorso di fattori e attori che uniscono la realtà fenomenica all'idealità di giustizia più confacente al caso.

*Scriva Lipari: «Il diritto non è più oggi una scienza il cui oggetto sia previamente definibile, ma piuttosto una scienza che assume a suo punto di riferimento l'articolato svolgimento di una prassi, rispetto alla quale il momento normativo è soltanto uno degli aspetti costitutivi, una realtà che non può essere mai definita a priori [...]. Un diritto ex parte societatis non può essere collocato entro la logica di un diritto che discende dal potere costituito. Non a caso nelle norme della prima parte della Costituzione si legge quasi sempre che “la Repubblica riconosce”, perché i diritti fondamentali non sono attribuiti, ma si impongono allo stesso legislatore, il quale, se non li riconoscesse, negherebbe se stesso [p. 31-32].»*

A questo vorrei aggiungere che la dignità della persona è, prima che riconosciuta, garantita in quel «minimo vitale» senza il quale si compromette il senso più autentico di libertà. Ciò pone i diritti individuali e quelli sociali su piani distinti ma connessi, ove ambedue si frantumano in differenti contenuti. Si distingueranno diritti individuali e sociali economicamente condizionati, ovvero, incondizionati. Tutti i diritti hanno un costo, alcuni dipendono dal mercato altri ne prescindono. I primi sono ammessi nel rispetto delle regole della comunità economica, i secondi sono *garantiti* dalla comunità sociale

In questo senso il diritto democratico non può che essere espressione dell'«insieme», e non della «parte».

Al contempo il diritto democratico è atto di deferenza alla singolarità dell'essere umano, piuttosto che all'indistinzione dell'umanità.

## 5. Il diritto democratico e gli ostacoli culturali

Questa concezione di un diritto *democratico*, scrutabile dalla specola del pensiero dell'Autore, incontra molti ostacoli culturali. Alcuni derivano dalla formazione del giurista, altri dalle scienze quantiche. Una formazione che si nutre di testi, concetti e logica, non abitua a discriminare la singolarità dell'essere. Al contempo, una scienza che si fonda sulla prevedibilità, derivata dall'elaborazione esponenziale di numeri, si candida a surrogare il diritto democratico con un diritto della rassegnazione.

*Scrive l'Autore: «la teoria del diritto che si ispira alla prospettiva ermeneutica si è venuta, in questi ultimi anni, arricchendo di profili che erano, cinquant'anni fa, lontanissimi dalla sensibilità dei giuristi, la cui attenzione sembrava esclusivamente limitata alla interpretazione dei testi. Quando oggi si parla di diritti fondamentali, di neocostituzionalismo, di valori socialmente condivisi e proiettati al conseguimento di un risultato di giustizia, ci si colloca in una dimensione metodologica che era allora assolutamente sconosciuta, al di là di qualsiasi connotazione di scuola. [...] Il metodo scientifico, al quale io stesso sono stato educato entro il rigoroso panorama del positivismo, rifiutava tutto ciò che non fosse misurabile, ripetibile, verificabile, sul presupposto che l'osservazione dei fatti e la verifica delle condizioni di una loro ripetibilità conduce alla formulazione di leggi e quindi alla prevedibilità di azioni future [p. 46 e 48]».*

La formazione astratta e le scienze quantiche possono essere forze d'attrito o di reazione alla costituzionalizzazione del diritto. Attrito e reazioni in essere, fortificate dall'espansione della tecnologia e dei dominatori del mondo. Neppure ciò è un fenomeno nuovo. Il diritto fu servente alla forza delle istituzioni, ma le costituzioni moderne hanno introdotto il seme di una concezione autopoietica del diritto, affidato alla responsabilità del giusnaturalismo positivizzato. Non più la autoreferenzialità della scienza giuridica dogmatica, che nell'arbitrarietà degli schemi logici nascondeva l'arbitrarietà delle coscienze filosofiche; bensì la porosità della dialettica del discorso giuridico alla ricerca della soluzione giusta del caso.

«Oggi siamo ormai usciti [...] dalle rigidità di un simile schema e, pur rimanendo ancora sotto traccia, nella gran parte dei giuristi positivi, il discorso sul metodo, si riconosce che, se il procedimento interpretativo è ricerca di un risultato plausibile, [...] condivisibile in chiave di ragionevolezza, esso non può essere giudicabile alla stregua di un linguaggio formale e matematizzante [p. 49]».

## 6. Il caso *fattifica* il diritto ed è *giuridificato* dai principi

La positivizzazione del diritto naturale – propria del costituzionalismo moderno – che sostituisce la persona alla legge, procedimentalizza il formante normativo, che via via si addensa commutando il generale in particolare, così che il diritto corrisponde al giusto del caso concreto, definisce nel suo processo formativo una sequela di adeguamenti progressivi alla peculiarità del caso, determina la centralità della ragionevolezza come modalità di costituzionalizzazione dell'ordinamento.

*Scrive Lipari: «Nella stagione del postmoderno, che si connota nel segno di una molteplicità non omologabile, la regola entra in dialettica col caso e da questa trae spesso i criteri orientativi per la sua stessa formulazione. Da qui l'impossibilità di un'enunciazione astratta del principio, proprio perché questo va, di volta in volta, bilanciato con altri principi in funzione delle peculiarità della vicenda che è destinato a disciplinare. Ecco perché si è giustamente parlato di una forza giusgenerativa del principio in funzione delle caratteristiche della vicenda che è destinato a disciplinare [p. 67]».*

In simile prospettiva non vi è compatibilità tra la ricerca della soluzione equa (perché ragionevole) e il ragionare per modelli, proprio di ogni conoscenza artificiosa, cioè costruita per astrazioni induttive o imitative. Dunque, la disposizione come «enunciato linguistico» non esprime la dimensione semantica della norma o del fatto. La prima è modello astratto, la seconda addensamento interpretativo della regola giusta nel caso.

Il caso concreto *fattifica* il diritto e identifica la persona nella sua dignità, al contempo, il caso è *giuridificato* dai valori-principi che contiene. In tale condizione la frapposizione legislativa non è sempre necessaria se non quando delimita un comportamento come esclusivo per l'attuazione del valore-principio.

Maritain ha messo d'accordo Aristotele e Vico, Gadamer e Dworkin nel concepire il diritto come uno «schema ideale d'azione», nel ritenere che le norme positive non sono sufficienti per la decisione giudiziale occorrendo ad essa i principi, che la legge si «aggiusta» nel diritto del caso concreto, che la ragionevolezza – opposta al volontarismo – consente di praticare la teoria giusnaturalista del positivismo, che il fatto è la «pietra di inciampo» della norma che produce il diritto; così che bisognerebbe chiedersi se ha un significato attuale ritenere che il giudice della legittimità non sia giudice del fatto [art. 132, co. 1, n. 4, c.p.c.].

Il diritto s'afferma come «pratica sociale» per cui è «traspirante», non isola l'osservazione dal giudizio, così che la pratica sociale è parte sostantiva del discorso giuridico, dà dinamismo al discorso, secondo una propensione intimamente democratica del diritto.

*«Ora, siccome il diritto, in quanto pratica sociale, si identifica in relazione al proprio uso e non in base a criteri meramente formali, prevedo che sia ancora lungo il tragitto all'esito del quale noi riusciremo ad adeguare i nostri strumenti ricostruttivi alla realtà. In una recente monografia Francesco Viola ha utilizzato uno schema che io condivido e che peraltro ritengo risulti incomprensibile all'opinione ampiamente prevalente tra i giuristi positivi. Egli tende infatti ad evidenziare la naturalità del diritto positivo e la positività del diritto naturale, rompendo la logica dei due ordinamenti alternativi e collocandosi in una prospettiva intrasistemica, espressiva di due polarità interne al diritto» [p. 85].*

## 7. Il giurista concorre alla formazione del diritto

L'Autore sostiene un diritto per la persona e la sua dignità, che non si può risolvere in sistemi volontaristici e maggioritari quanto essi mortificano la parte debole dell'umanità; il valore della persona propizia un diritto «di protezione» per i bisognosi, e un diritto «agonistico» per i plutocrati.

*«Non a torto Luigi Lombardi Vallauri ha scritto che il diritto così inteso si rivela come l'involucro della continuità storica della comunicazione umana, quindi come il supporto organizzativo del farsi universale della persona [p. 51]».*

Ma la formazione dei giuristi è ancora distante dalla condivisione di simile prospettiva, e la fascinazione culturale per le «modellazioni giuridiche» è ancora forte. L'angoscia che opprime le democrazie occidentali contemporanee mette a rischio il diritto «democratico», la cui difesa è viepiù affidata ai giuristi, protagonisti di un ruolo di cui spesso non sono del tutto attuatori. Il tecnicismo specialistico è l'anestetico più collaudato per neutralizzare i saperi e accreditare la separatezza della conoscenza dalla coscienza.

L'Autore vuole affermare un diritto per la società, almeno quella parte che ne ha bisogno; ma i salti epocali e generazionali non volgono nell'unico verso auspicato dal Maestro, e lo stesso diritto oggettivo e la prassi presentano tratti di ambiguità quando seguono traiettorie non del tutto coerenti con il progetto fondamentale. In simile contesto gli organi di garanzia, incluse le agenzie di formazione, richiederebbero fortificazioni istituzionali e sociali; insomma dinanzi alle crescenti insidie sono i presidi a protezione del valore della persona che dimostrano di essere istituzionalmente insufficienti, piuttosto che le architetture delle forme di governo, sulle quali tanto si insiste riponendovi speranze salvifiche.

L'Autore invoca un esercizio di creatività dei giuristi perché mettano in discussione i loro pre-giudizi culturali; occorre aggiungere il bisogno anche di esercizi di consapevolezza, volti a prendere atto del ruolo che le moderne dinamiche sociali affidano al giurista, non più banditore di grida, ma *fattore* di diritto.

*«In sostanza, quel che dovremmo sforzarci di far capire a tutto un contesto culturale [...] è che oggi il momento di individuazione del precetto va spostato dal momento di posizione dell'enunciato a quello del suo concreto riconoscimento nel contesto storico dato e che quindi ciascuno di noi, lo voglia o no, ne sia o non ne sia consapevole, concorre alla sua formazione [p. 113]».*

Una volta pensato il diritto come la convergenza della istintuale volontà, in tendenza caduca e superba, con l'incerta ragione, prona alle mutevoli istanze del pluralismo delle idealità, l'istanza di giustizia (insita nel diritto) troverà radicamento nel significato storico della ragionevolezza, che adegua le tradizioni senza ammettere rivoluzioni. Questo il compito del giurista secondo la concezione lipariana. Così che tale compito non altera neppure le convinzioni di fondo della credenza cristiana o della morale-laica.

Il passare dal *logos* al *dia-logos*, co-essenza della dimensione relazionale del diritto, manifesta una concezione di esso incompatibile con il verticalismo autoritario.

*«Per il credente in principio era il logos, ma questo si fa subito dia-logos e implica quindi il confronto, la dialettica comunicativa, il rapporto, che sono i presupposti essenziali della giuridicità [p. 111]».*

I nostri giorni non militano in simile direzione, ma il giurista è, suo malgrado, un «militante» chiamato a scegliere da che parte stare, cosciente che incontrerà sempre una controparte abile e astuta.

I giuristi da soli non salveranno il mondo dall'ondata di violenza che lo attraversa, ma possono contribuire a far valere la forza del dialogo, sul monologo della forza.

Grazie, al professore Nicolò Lipari e ai suoi intervistatori.

## **ABSTRACT**

Il Maestro delinea la figura del giurista che opera nell'ordinamento costituzionalizzato. Egli invita a superare la divaricazione tra giurisprudenza e scienza del diritto, ambedue chiamate a prestare più cura ai principi, e a non ridursi a scienza dei fatti. Il costituzionalismo moderno positivizza il diritto naturale e sostituisce la persona alla legge, procedimentalizza il formante normativo, che via via si addensa commutando il generale in particolare, così che il diritto corrisponde al giusto del caso concreto. Le norme positive non sono sufficienti per la decisione giudiziale occorrendo ad essa i principi, il fatto è la «pietra di inciampo» della norma che produce il diritto. Il Maestro invoca un esercizio di creatività dei giuristi perché mettano in discussione i loro pre-giudizi culturali.

*The Master outlines the figure of the jurist who works in the constitutionalized system. He invites us to overcome the gap between jurisprudence and the science of law, both called to pay more attention to principles, and not to be reduced to science of facts. Modern constitutionalism positivizes natural law and substitutes the person for the law, it proceduralizes the normative former, which gradually thickens by switching the general into the particular, so that the law corresponds to the right of the concrete case. Positive norms are not sufficient for judicial decision, since principles are required for it, the fact is the "stumbling block" of the norm that produces the law. The Master calls for an exercise in creativity by jurists to question their cultural pre-judgments.*

