

Trascendenza della Giustizia, immanenza del diritto

Alcune meditazioni a proposito della recente ristampa di “Elogio del diritto” di Werner Jaeger (con saggi di Massimo Cacciari e Natalino Irti)

di Carlo Vittorio Giabardo

Sommario: 1. Warner Jaeger e “Elogio del diritto”. - 2. Un dualismo radicale: diritto come artefatto e diritto come dono. - 3. Mito e ragione nella riflessione greca sul diritto (a partire da spunti di Luigi Pareyson). - 4. Trascendenza della Giustizia. - 5. Immanenza del diritto.

1. Warner Jaeger e “Elogio del diritto”

Con la recente ristampa di *Elogio del diritto* di Werner Jaeger (con due pregevoli saggi a commento: del filosofo Massimo Cacciari, dal titolo *Destino di Dike*, e del giurista Natalino Irti, *Destino di Nomos*¹) viene proposta al pubblico italiano una nuova occasione di riflessione sull’eterno tema del rapporto tra Diritto (*Nomos*) e Giustizia (*Dike/Themis*) a partire dall’elaborazione fattane dal pensiero greco antico. Una questione, certo, che è fonte inesauribile di riflessioni, sulla quale non è e né mai sarà possibile dire l’ultima parola², e che è di cruciale importanza non solo per la comprensione del fenomeno giuridico, e quindi di interesse per chi di questo direttamente si occupa, ma più radicalmente per una più piena

¹ M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019 (con commenti di M. CACCIARI, *Destino di Dike*, *ivi*, 65 e seg. e di N. IRTI, *Destino di Nomos*, *ivi*, 115 e seg.).

² Già, a questo proposito, le appassionate parole di Hans Kelsen, nella tarda maturità: «Così dietro la domanda di Pilato ‘Che cos’è la verità?’ sorge, dal sangue di Cristo, un’altra ben più importante domanda, l’eterna domanda dell’umanità: ‘Che cos’è la giustizia?’. Non v’è altra domanda la quale sia stata discussa in modo tanto appassionato: non v’è altra domanda per la quale sia stato versato tanto prezioso sangue e tante amare lacrime: non v’è altra domanda alla quale sia stata dedicata una riflessione tanto intensa da parte dei più illustri pensatori, da Platone a Kant: eppure questa domanda resta ancora oggi, come in passato, priva di risposta. Sembra essere una di quelle domande per le quali v’è la rassegnata consapevolezza che l’uomo non potrà mai trovare una risposta definitiva, ma potrà soltanto cercare di formulare meglio la domanda», KELSEN, *Che cos’è la giustizia?*, a cura di P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, ed. Quodlibet, 2015, 105 – 106, ricordato, in questa esatta estensione, anche da R. CAVALLO, *Primo piano: Massimo Cacciari, Natalino Irti, Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2020, 321.

consapevolezza della nostra condizione umana, del nostro *essere al mondo*, e quindi rilevante per chiunque voglia intendere la nostra identità, *chi siamo*. La tormentosa dialettica - mai di allineamento, sempre di attrito – tra Diritto e Giustizia rappresenta difatti l'ossatura del nostro modo di pensare le categorie di giusto e sbagliato, permesso e vietato, doveroso e possibile, cioè i concetti che sono alla base del nostro *esistere*; ed esistere non solo socialmente e politicamente, ossia nella dimensione del vivere comune, ma anche individualmente, ossia come persone singole davanti alla propria coscienza.

Werner Jaeger (1888 – 1961), con il saggio qui in esame, va all'origine di questa questione, che è di autentica filosofia del diritto. Anzi; la questione affrontata è la questione giusfilosofica per eccellenza. Certo, la prospettiva dello Jaeger è quella dello studioso del pensiero classico, del grecista: la dimensione genuinamente giuridica della questione è quindi trattata come parte dei più vasti movimenti culturali che hanno caratterizzato lo sviluppo storico della Grecia antica. Sta al giurista far emergere in tutta la sua nitidezza ciò che è in gioco.

Warner Jaeger fu difatti un grandissimo filologo del suo tempo. Tedesco, dopo aver lavorato in varie università svizzere (Basilea) e della Germania (Berlino, Kiel), fu costretto nel 1936 a emigrare negli Stati Uniti a seguito della rimozione dal suo incarico universitario con l'avvento del nazismo. Oltremanica insegnò prima a Chicago e poi ad Harvard. La sua fama internazionale è legata al fatto di esser stato l'Autore di quella monumentale opera, del 1934, che è *Paideia; die Formung des griechischen Menschen* (tradotta in italiano con il titolo "*Paideia, La formazione dell'uomo greco*"³), un viaggio lungo l'evoluzione del pensiero greco, dall'era arcaica di Omero, passando per l'età classica fino al declino della democrazia ateniese all'epoca di Platone, sulla "educazione" (*Paideia*, appunto, da *pais*, il fanciullo) dell'uomo greco, intesa questa in senso amplissimo, come quel congiunto di tradizione, letteratura, prassi e filosofia che rappresentava la formazione spirituale e umana nella sua totalità. Werner non esita ad attribuire a questa il ruolo di autentico inizio della civiltà occidentale e delle categorie che ne hanno permesso lo sviluppo.

Filo conduttore di tutta la ricerca e il pensiero di Jaeger nei suoi molteplici lavori è infatti l'affermazione che l'antica

³ W. JAEGER, *Paideia. La formazione dell'uomo greco* (trad. it. a cura di L. EMERY e A. SETTIS), Milano, 2003.

Grecia è la sede primigenia, la culla dove il pensiero Europeo, e quindi Occidentale (e quindi poi globale) è nato. L'idea per la quale i "semi" di tutto quello che l'Occidente, nel senso più ampio e comprensibile possibile del termine, ha poi elaborato nel corso dei secoli seguenti - dalla politica alla scienza alla tecnica alla teologia - sarebbero stati piantati per la prima volta nell'antica Grecia è certamente dotata di un elevato grado di verità (anche se andrebbe approfondita e ulteriormente specificata storicamente)⁴. Non è infatti negabile il fatto che è là che si è avuta la teorizzazione, dotata di una consapevolezza e robustezza senza pari rispetto alle altre civiltà antiche, dei mattoni fondamentali di molto di ciò che è venuto dopo: si pensi, in veloce rassegna, ai concetti di causa, di Dio, di sostanza, di essere e di ente, del nulla, di ragione, del divenire, di molteplicità e di unità, di scienza come "sapere ben fondato" (*ἐπιστήμη*), di natura, di bellezza, di bene, e via dicendo. E, naturalmente, ciò vale anche per le nozioni di

⁴ Questa lettura del pensiero greco come vera culla della civiltà europea (e quindi occidentale e poi planetaria) è fatta propria, dal punto di vista storico-filosofico, fra gli altri, dal filosofo EMANUELE SEVERINO (1929 – 2020). Mi limito solo a segnalare, *ex multis*, la raccolta di saggi in *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 1988 (rist. 2008); v., ad es., *Introduzione*, 14): «[...] il pensiero greco apre la dimensione in cui vengono via via a mostrarsi tutti i grandi eventi che costituiscono ciò che chiamiamo Europa. Disinteressarsi di questo spazio sarebbe come se gli abitanti di una città si disinteressassero dell'atmosfera da cui la città è avvolta. L'aria che avvolge una città è meno visibile di tutto ciò che nella città viene compiuto; eppure tutto ciò è compiuto in quel certo modo, solo in quanto l'aria, quell'aria, avvolge la città». Per l'enfasi sulla "grecità" dell'Europa, v. anche CACCIARI, *Geo-filosofia dell'Europa*, Milano, 1994, e poi G. REALE, *Radici culturali e spirituali dell'Europa. Per una rinascita dell'«uomo europeo»*, Milano, 2003.

legge, diritto e giustizia, una triade che sta alla base del nostro modo di intendere l'esperienza giuridica⁵.

Il saggio qui in esame parte proprio da questa convinzione: e cioè che la speculazione greca sul rapporto tra Diritto e Giustizia, e poi anche le riflessioni “dentro” al concetto stesso di Giustizia (lei stessa divisa tra le due figure di *Themis* e *Dike*), dapprima in forma mitica e poi autenticamente razionale e quindi filosofica (v. *infra*) si situò agli albori di tutta la discussione intorno all'esperienza giuridica che è venuta in seguito. Jaeger lo afferma con perentorietà fin da subito, in apertura: furono i Greci gli iniziatori di tutta la speculazione filosofia, coloro che hanno, per primi, considerato i problemi delle istituzioni giuridiche con autentico spirito filosofico⁶.

“*Elogio del Diritto*” è un grande affresco, dipinto a pennellate ampie, entro la cui cornice si raffigura una storia lunga quasi mezzo millennio (dai poemi omerici a Platone) e che potrebbe essere riassunta – come Jaeger scrive – come il percorso di «graduale dissoluzione dell'antica fede dei greci nella legge»⁷. In questo senso, la sua è una «dolente narrazione»⁸. L'intero lavoro è infatti caratterizzato da una forte vicinanza spirituale verso la dimensione trascendente della Giustizia, cioè quella sottratta alla mutevolezza del tempo e dello spazio, e connotato da una critica che emerge – seppur sottilmente e quasi in sottofondo - nei confronti di quel progressivo ma costante processo di affrancamento ed emancipazione da quel “giusto ordine del mondo” armonico,

⁵ Con specifico riferimento al diritto queste affermazioni andrebbero integrate ulteriormente; i diritti moderni appartenenti alla *Western Legal Tradition* sono certamente debitori tutti *in primis* del diritto romano – che per primo ha elaborato un sapere teorico e tecnico giuridico autonomo e strutturato – il quale però presenta caratteristiche del tutto peculiari e una elaborazione del tutto indipendente rispetto al diritto greco antico, il quale non ha mai raggiunto un livello di sofisticazione categoriale anche solo lontanamente paragonabile a quello dell'Antica Roma (anche se comunque sarebbe certo ingiusto disconoscere l'influsso del secondo sul primo). Ma va anche notato che sullo sviluppo dei concetti giuridici attuali ha avuto un ruolo enorme anche la Tradizione Giudaico-Cristiana, e quindi mediorientale. Su queste molteplici radici della Tradizione Giuridica Occidentale, con una enfasi soprattutto su quella orientale, v. P. G. MONATERI, *Black Gaius: A Quest for the Multicultural Origins of the 'Western Legal Tradition'*, in 51 *Hastings Law Journal* 2000, 479 (saggio che riprende, modificandolo, il titolo dal controverso lavoro di M. BERNAL, *Black Athena: The Afroasiatic Roots of Classical Civilization*, New Brunswick, 1987 sulla derivazione afro-asiatica di molte categorie e miti greci, e quindi delle fondamenta della nostra civiltà).

⁶ JAEGER, *Elogio del diritto*, cit., 1.

⁷ JAEGER, *ibidem*, 36.

⁸ IRTI, *Destino di Nomos*, cit., 116.

unitario e universale (*κόσμος, kosmos*)⁹, che collegava inscindibilmente la Verità (*ἀλήθεια*) alla Giustizia, in contrasto con la mutevolezza dell'opinione (*δόξα*)¹⁰.

Peraltro questo timbro è in qualche modo testimoniata anche dal contesto editoriale della prima pubblicazione del lavoro che qui si considera. Questo apparve con il titolo “*Praise of Law. The Origin of Legal Philosophy and the Greeks*” negli studi in onore del grande giurista statunitense Roscoe Pound (1870 – 1964), con il quale era in strettissimi rapporti, pubblicato in occasione dell'uscita di quest'ultimo dal ruolo di professore presso la Harvard Law School. Possiamo dire, senza paura di sbagliarci, che tale raccolta di studi, intitolata *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, è interamente innervata da sensibilità attente alle dimensioni del diritto naturale e più in generale dei rapporti tra diritto e morale, e quindi caratterizzata da una metodologia in molte parti antipositivista¹¹. Curatore del volume fu Paul Sayre (1894 – 1959), prolifico (ma sfortunatamente poco conosciuto) filosofo del diritto statunitense, dalle chiare posizioni giusnaturaliste¹²;

⁹ Il concetto di *κόσμος* è centrale nel pensiero greco; dal primo significato (nei poemi omerici) di ordine, regola, nel senso anche di buona disposizione dell'esercito, buona organizzazione di un discorso, e persino di ornamento, viene ad assumere quello di *struttura del mondo*, fatto di norme inderogabili imposte dalla necessità, di rapporto di sistema integrato tra le parti che compongono il tutto (così D. DEL CORNO, *La letteratura greca. Storia e testi*, Vol. I, *L'età arcaica*, Milano, 2003, 70 – 71).

¹⁰ Su questo affrancamento, JAEGER, *Elogio del diritto*, cit., 30 e seg., e poi anche le dotte considerazioni di CACCIARI, *Destino di Dike*, cit., spec. 83 – 94 (*Filosofica giustizia*) e di IRTI, *Destino di Nomos*, cit., spec. 123 e seg. (*Dissoluzione normativa di Dike*).

¹¹ Cfr. *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, a cura di PAUL SAYRE (con sua Introduzione), New York, 1947. Qui figurano vari lavori sulla moralità del diritto (tra i quali risalta quello di GIORGIO DEL VECCHIO – com'è noto tra i più celebri esponenti della scuola italiana del diritto naturale - *Truth and Untruth in Morals and Law*, 143 e seg.) o che affrontano le questioni più strutturali del diritto naturale antico e moderno (come quello di ANTON-HERMANN CHROUST, filosofo del diritto tedesco-americano, profondo conoscitore del pensiero cristiano, *On the Nature of Natural Law*, 70 o quello di MAX M. LASERSON, giurista lettone poi emigrato anch'egli negli Stati Uniti, *Positive and Natural Law and Their Correlation*, 434 e seg.) o della sua storia e dei suoi esponenti (cfr. ALFREDO MENDIZÁBAL VILLALBA, rappresentante della antichissima scuola spagnola del diritto naturale, *Catedrático di Derecho Natural* presso l'Università di Oviedo, *On Everlasting Values of the Spanish School of Natural Law (F. de Vitoria)*, 498 e seg.) o di alcuni ambiti particolari (cfr. LORD WRIGHT, *Natural Law and International Law*, 794 e seg.) o che si soffermano, più in generale, sul concetto di giustizia da prospettive normativo-valoriali (come il saggio del filosofo dell'idealismo statunitense WILLIAM ERNEST HOCKING, *Justice, Law, and the Cases*, 332 e seg.).

¹² Cfr., a titolo di mero esempio, i lunghi articoli di chiara ispirazione giusnaturalista *Law and Power*, in *Louisiana Law Rev.*, 1957, 765 e seg.; ID., *Law Judgments and the Good*, in *38 Iowa L. Rev.*, 1953, 607; ID., *Normative Elements in the Law*, *38 Iowa L. Rev.* 44 (1952); ID., *Value Judgments and the Law*, *37 Iowa L. Rev.* 451 (1952).

e come noto Roscoe Pound stesso fu poi sempre lontanissimo dal positivismo e dal formalismo giuridico, e attento indagatore della relazione del diritto con la morale¹³.

L'articolo di Jaeger venne poi presto diffuso e conosciuto in Europa, (specialmente nell'area degli studi del diritto naturale), forse anche aiutato dal fatto che l'Autore già godeva di fama di grande grecista nel vecchio continente. Fu tradotto in italiano l'anno seguente (1948) con il titolo attuale di *Elogio del diritto* dal torinese Edoardo Ruffini (1901 – 1983), storico del diritto, canonista e avvocato rotale, sulle pagine della *Rivista italiana per le scienze giuridiche*; poi l'anno seguente in francese, con il titolo (leggermente differente, poiché la parola “diritto” è resa con “legge” sulla falsariga dell'inglese *law*) di *Eloge de la loi*, e infine nel 1953 in spagnolo, *Alabanza de la lei: los orígenes de la filosofía del Derecho y los griegos*, nella *Revista de estudios políticos*, con traduzione di Antonio Truyol y Serra, *Catedrático* di diritto internazionale e filosofo del diritto, esponente spagnolo del giusnaturalismo cristiano.

2. Un dualismo radicale: diritto come artefatto e diritto come dono

La riflessione di Werner Jaeger deve essere necessariamente situata in un orizzonte più ampio. Le sue considerazioni su Diritto e Giustizia esemplificano un problema che, seppur originario, ha percorso l'intera storia dell'umanità. Bisogna quindi generalizzare, in un certo senso, ciò che emerge dal saggio, e chiarire i termini giusfilosofici della questione, nella loro radicalità.

Nel suo nucleo più essenziale, l'interrogativo risulta essere questo: è l'uomo l'arbitro della Giustizia o questa lo sovrasta e lo governa? È l'uomo che, con le sue facoltà pratiche (Volontà, Potenza, Ragione), detta la misura e i limiti, che *de-limita* appunto, i confini e l'orizzonte del Diritto, che stabilisce le soglie del lecito e del non lecito, o queste ne sono indipendenti? Insomma, l'uomo può tutto, o vi è una *trascendenza* della Giustizia (e quindi del diritto che si

¹³ Una bibliografia di Roscoe Pound, anche solo superficiale, su questi temi sarebbe impossibile. Indico qui solo i suoi *Revival of Natural Law*, in 17 *Notre Dame L. Rev.*, 1942, 287 e seg.; ID., *Law and Morals – Jurisprudence and Ethics*, in *North Carolina Law Rev.*, 1945, 185 e seg. e ID., *Natural Natural Law and Positive Natural Law*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 1960, 70 e seg.

autoproclama sempre e per definizione *giusto*), il che comunque presuppone e implica sempre una indisponibilità?

La gigantomania - è evidente - è quella tra naturalismo e positivismo giuridico, pensati però nella loro forma più radicale possibile. O il diritto è *ius quia iustum*, laddove la Giustizia è sottratta alla scelta e alla decisione umana, alla convenzione, e quindi, in definitiva, ai rapporti di potere (e in ultima analisi di forza) o *ius quia positum*, giusto perché, e *soltanto* perché, posto.

Nelle riflessioni che seguono utilizzerò però un'altra terminologia, la quale veicola con più forza e immediatezza la dualità dicotomica qui in questione, e che non insiste tanto sul modo di produzione del diritto, quanto sul suo fondamento o, se vogliamo, sulla sua autentica natura, sulla sua ontologia: o il diritto è *artefatto* o è *dono*.

Questi due termini dischiudono una differenza su due visioni del mondo opposte. O il diritto è *arte-fatto*, e quindi è un prodotto (*factum*) delle scelte e della tecnica (*ars/tέχνη*) dell'uomo, il quale così come si dà certe regole, ben potrebbe anche darsene altre, oppure è un dono, ossia qualcosa che prescinde dai processi decisionali (o anche da fatti sociali).

Se il diritto è inteso come artefatto, l'uomo ha la piena capacità di governarlo e regolarlo; se il diritto invece è dono, l'uomo si trova nella posizione di *accettarlo*: il che non significa affatto passività e indifferenza, ma attiva adesione, accordo e sforzo quanto alle sfide immani che esso pone. Il dono chiede, anzi *richiede*, di essere accolto, e sollecita il vigoroso e partecipato riconoscimento della sua validità in quanto realtà trascendente.

Nel caso in cui si concepisca il Diritto come un artefatto, vi è *auto-nomia*, come potere (illimitato) di darsi regole da sé stessi; nel secondo caso, invece, il paradigma è quello della *etero-nomia*, nel senso che i principi e le disposizioni di condotta (*nomos, νομός*) non sono tutte date dall'uomo all'uomo, ma piuttosto *gli* vengono date a partire da una realtà *altra* (*eteros, ἕτερος*) che è indisponibile¹⁴.

La tradizione del diritto come dono è assai antica. Il mito di Prometeo - così come raccontato dal sofista Protagora, nell'omonimo dialogo di Platone, che lo Jaeger stesso brevemente ricorda - narra che la civiltà umana, dopo che Prometeo ebbe rubato il fuoco da Efesto e lo ebbe donato agli uomini, versava in uno stato di natura. «La civiltà che l'uomo

¹⁴ Indisponibile, cioè trascendente (v. *infra*).

di Prometeo poté produrre soggiogando le forze elementari della natura era una civiltà puramente tecnica. Si manifestò in violenza e distruzione, e l'umanità parve prossima a perire. L'ingegno umano era incapace di trovare una via d'uscita da questo stato»¹⁵. È in quel frangente che Giove, mosso a pietà, donò all'uomo il diritto e la giustizia. «Se gli uomini non si divorano come i pesci, le fiere e i volanti uccelli è perché il Cronide ha donato loro Dike»¹⁶. Nel mito platonico, il sentimento di giustizia (che non è sentimentalismo, ma *ethos*, ἦθος, carattere giusto) che consente la vita sociale trascende l'uomo, nel senso che lo precede e lo condiziona in modo oggettivo. Infatti, il dio greco dona il diritto instillandolo nella natura umana, che è una sola. «Egli non lo introdusse nella mente di pochi individui [...], ma nel cuore di ogni essere umano»¹⁷.

Ecco quindi la grandissima difficoltà, mentre dall'angolo visuale del diritto come artefatto, l'uomo è signore del diritto e giudice della giustizia, da quello del diritto come dono, invece, l'uomo ha l'immane compito di *trovare e portare alla luce* il diritto.

Più in generale, il grande problema è quello relativo al *dove* si debba cercare, per poi trovare, decodificare, rendere manifesto, questo dono. Potrebbe essere – emblematicamente – nella Parola di Dio (il λόγος τοῦ Θεοῦ) e quindi in un Testo rivelato, *scolpito*, come è nella Fede ebraico-cristiana, nella quale diritto si fa quindi *teologia*, cioè discorso intorno a

¹⁵ JAEGER, *op. cit.*, 31. Il mito di Prometeo e del dono del diritto tocca peraltro un tema cruciale nella riflessione filosofica continentale odierna, specialmente italiana, ossia il dominio della tecnica e l'assenza del *valore salvifico* di quest'ultima.

¹⁶ CACCIARI, 68.

¹⁷ JAEGER, *op. cit.*, 31. È molto strano, peraltro, che sia Protagora, un sofista (e quindi, verrebbe da dire, un esponente radicale del diritto come scelta politica, del *positivismo giuridico* diremmo oggi) ad affermare questa teoria *giusnaturalistica*.

Dio¹⁸. Oppure, secondo altre prospettive, bisogna guardare nelle tradizioni immemori, *arcaiche* (nel senso di *ἀρχή*, origine) e cioè nelle consuetudini antiche, nei *mores*, nell'*ethos* di un popolo, di una cultura. Oppure ancora nelle pieghe della Ragione dell'uomo (a prescindere dal fatto che questa derivi da Dio oppure no), pensata come una e uguale in ogni tempo e in ogni luogo per fondarne l'oggettività¹⁹; oppure, infine, si può pensare il diritto come secretato nella Natura, sia essa quella esteriore o quella interna all'uomo, e cioè nella sua coscienza rettamente educata.

Come si nota, i punti di vista sono plurimi, e persino incompatibili. Ma ciò non è l'essenziale. Quello che conta, nella distinzione qui delineata, è piuttosto il grado di coinvolgimento dell'uomo nella determinazione dell'autentico contenuto del diritto, di ciò che sta dentro e di ciò che sta fuori dai suoi *con-fini*: massimo nella prospettiva del diritto come artefatto; nullo (o pressoché nullo) nella prospettiva del dono.

Ma attenzione. Che il diritto sia un dono non comporta, però, che esso sia *evidente*, pronto all'uso, che sia – per così dire – lì a disposizione e basti attingerne senza sforzo, senza fatica. Non significa che il destinatario di quel dono (l'uomo) debba rimanere inerte dinnanzi a esso. Il coinvolgimento

¹⁸ Cfr. con grande chiarezza, le osservazioni a commento di CACCIARI, *Vedovanza di Dike*, 98 ss.: «... nell'ebraismo [...] [l]a Legge è però anche scritta su pietra, incancellabile. Il Signore ha detto, e ciò che ha detto una volta per sempre è stato inciso. Ogni *nomos* particolare [...] dovrà derivare dalle sue Parole, renderne piena testimonianza [...]. Nella fedeltà al Patto non è in gioco semplicemente un premio o una pena terrena, ne va della *salvezza*», ma poi rimarcandone la differenza – seppur sullo stesso solco – con la rivoluzione del Cristianesimo, e sottolineando con forza il valore salvifico della Fede. Nel Cristianesimo la Rivelazione irrompe «a insegnare quale ne sia il vero significato [nda, della Legge]. Non una profezia si aggiunge alle altre, né un rabbi continua, sviluppa, approfondisce la tradizione [...] ma il Logos *che è Dio* manifesta sé stesso secondo la sua Verità [...]». La Rivelazione giunge a collegare indissolubilmente la Giustizia alla Fede: «*Ora*, solo colui che ha fede, il *pistos*, è salvo. Lo è ora, nell'istante in cui crede. Il Regno gli appartiene dall'istante in cui crede nel Cristo [...]. Giusti lo si è soltanto in quanto giustificati da Lui, per la fede in Lui. *Iustitia in fide* (*Filippesi*, 3, 9)». Onde la conseguenza, necessitata, per la quale «Nessuno è giusto in sé, per ciò che opera o dice, né per il “comandamento” cui obbedisce. *Dikaïos* è il *pistos* soltanto. Egli obbedirà anche alla Legge, ma le sue opere saranno giuste poiché seguono al suo essere *pistos*. È la fede a rendere giuste le opere e a salvare colui che le compie». (*op. cit.*, 99 – 100).

¹⁹ Come era, per es., nella visione, ora del tutto abbandonata, della cd. *declaratory theory of the common law* (“teoria dichiarativa del *common law*”) per il quale il giudice, quando decide un caso e applica la relativa *regola iuris*, non fa altro che rendere esplicito - ma non crea! - un diritto che è a lui preesistente, immemore, seppur nascosto, ma fondato appunto sulla Ragione. Solo il giudice, nella sua veste di oracolo del diritto (*oracle of the law*, secondo la potente immagine di J. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968) avrebbe le chiavi di accesso per portare alla luce il diritto e la capacità comunicarlo alla più vasta platea della comunità. In questo senso, e secondo questa teoria, si può dire che il *common law* sia stato, almeno simbolicamente, e almeno all'origine, autenticamente *giusnaturalista*.

umano, che è poi la sua libertà, è piuttosto nel cammino incessante, nel percorso e nella ricerca inesauribile; non nella meta, ma nel punto di arrivo (che è inattingibile); è nell'atto del conoscere, non nell'oggetto che si conosce²⁰.

Anzi, è proprio nel paradigma del diritto come dono che si ha scienza del diritto, *iuris-prudentia*, nel senso più letterale del termine, e cioè come autentica ricerca, e quindi progresso, avanzamento, approfondimento, miglior intendimento e comprensione ulteriore della Verità delle cose. Si ha propriamente scienza, infatti, dove ciò che si trova è *indipendente da ciò che si vorrebbe trovare*; si ha scienza laddove vi è una fede nella Verità delle cose, ossia nel fatto che vi sia una forma, un modo non contingente, in cui “*le cose stanno*” o, ontologicamente, *sono*, e che questa forma, questo modo di *stare*, o *essere*, delle cose sia Vero.

Se è così, è la Verità il criterio della Giustizia, e quindi del diritto (*Veritas, non auctoritas facit legem*, capovolgendo il detto di Hobbes), anche se la Verità non è mai possesso, ma tensione; non ce ne si appropria mai, ma è un continuo procedere; è un costante processo di *investigazione e scoperta* mai esaurita (*inquisitio, inventio Veritatis*).

Tanto la Verità come la Giustizia sono infatti irraggiungibili nella loro pienezza; non sono *apprensibili* nella loro totalità dall'intelletto umano (finito), non le si può *guardare in faccia*²¹. Ma ciò non toglie, e anzi persino richiede, che ci si debba costantemente sforzare per conoscerle. *Che una scala abbia infiniti scalini, d'altronde, non significa affatto che non*

²⁰ Come ricorda S. COTTA, *Diritto e morale*, in *Ius Ecclesiae*, 2, 1990, a 421: del *nomos* (cioè del *diritto giusto*) come «scoperta di ciò che è» *exéuresis tou óntos*» e cioè scoperta della Verità dell'Essere, parlava già Platone, nel *Minosse* (315a, 317d).

²¹ Ricordiamo DANTE, *Paradiso*, Canto IXX, 58 – 63, che descrive la Giustizia come un abisso marino: «Però ne la giustizia sempiterna/la vista che riceve il vostro mondo,/com' occhio per lo mare, entro s'interna;/che, ben che da la proda veggia il fondo,/in pelago nol vede; e nondimeno/èli, ma cela lui l'esser profondo», e poi, poco più avanti (79-81), la potentissima esortazione all'umiltà davanti a tale abisso: «Or tu chi se', che vuo' sedere a scranna,/per giudicar di lungi mille miglia/con la veduta corta d'una spanna?».

*valga la pena percorrerla; e ogni scalino che si sale va letto come un progresso*²².

3. Mito e ragione nella riflessione greca sul diritto (a partire da spunti di Luigi Pareyson)

Prima di vedere il dualismo, a cui si è fatto ora cenno, nell'opera di Jaeger, sia consentito premettere una considerazione di metodo, riferita cioè alle *forme storiche* che ha preso la riflessione sul diritto nell'antica Grecia.

Come il lavoro di Jaeger mette in grande evidenza, questa dapprima si manifestò in forma mitica e solo in un secondo momento in vera e propria forma filosofica. Il pensiero giuridico greco non si espresse quindi da subito in termini razionali, bensì si manifestò innanzitutto nell'ambito letterario, poetico, artistico e religioso, e cioè nei poemi omerici (*Iliade* e *Odissea*)²³, nelle opere di Esiodo (*Le opere e i giorni* e *La teogonia*), e poi nelle grandi tragedie di Eschilo (*Oresteia*, *Le Eumenidi*) e Sofocle (*Antigone*). «I Greci – afferma Jaeger – hanno intensamente speculato sulla natura del diritto e sulla giustizia assai prima che avessero creato una filosofia del diritto nel significato nostro del termine»²⁴.

La Giustizia, quindi, prima ancora d'essere figura logica, è centro dell'esperienza pratica ed empirica, e tale perdurò, seppur accompagnata dalla filosofia, per tutto il periodo della civiltà greca.

²² Questa la prospettiva (che si definisce del cognitivismo dei valori o dell'oggettivismo etico) adottata, per es., dalla filosofa ROBERTA DE MONTICELLI nel saggio intitolato *La giustizia* (in ID., *La questione civile*, Milano, 2011, 53 e seg.): «Ma per chi crede che valori e disvalori esistano a loro modo [...] non è sorprendente che noi abbiamo, da Platone a oggi, di molto approfondito la nostra conoscenza del valore giustizia. Non c'è alcuna difficoltà ad ammettere che la nostra conoscenza dei valori può crescere. [...]. Progredire in questa conoscenza sembra il nostro mestiere di uomini. Io non credo si possa negare il progresso della conoscenza morale [...]. *Tutta la vita è prendere coscienza e approfondire la conoscenza del bene e del male, dei beni e dei mali*» (*ibidem*, 60, enfasi nostra). E poco prima, con altrettanta significatività: «[...] perché questa tesi sia corretta occorre che a loro modo valori e disvalori ci siano [...]. Occorre che i valori siano dati appunto e non inventati, proiettati dai soggetti, costruiti dalla cultura» (*ibidem*, 58). E poi, ancora, più avanti, «*giustizia è la norma di un dovuto, di un dovuto indipendente dal volere umano, e al quale il volere umano può non conformarsi, ma dovrebbe farlo: un dovere*». (*ibidem*, 72, enfasi dell'Autrice).

²³ Dalla prospettiva della filosofia del diritto, P. MITTICA, *Il divenire dell'ordine: l'interazione normativa nella società omerica*, Milano, 1996.

²⁴ JAEGER, *Elogio del diritto*, cit., 12. Sulla riflessione mitica nella Grecia arcaica, anche M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1986 (ed. it.), 16 – 17.

Ne deriva, quindi, che più che di *scientia iuris* (teorica e tecnica) in senso stretto, debba parlarsi piuttosto di una *coscienza giuridica condivisa del popolo greco*, inscindibile per tutta la sua durata storica dal problema morale e politico²⁵. D'altronde, la riflessione sul diritto per tutto il corso della Grecia antica non fu mai affidata a una classe di giuristi di professione (i quali, anzi, nemmeno esistevano, almeno per tutto il periodo classico e per buona parte di quello ellenistico), ma era parte della sensibilità, del sentimento, dell'uomo greco che si è espressa in tutte le sue manifestazioni, da quelle letterarie a quelle filosofiche²⁶. I Greci vissero la questione del diritto in tutta la sua tragicità e drammaticità, in tutta la sua radicalità, e ne fecero oggetto specifico di esperienza vissuta in modo pratico. È proprio questa presenza diffusa di una coscienza collettiva e partecipata sul diritto ciò che distingue la riflessione greca da quella successiva, presenza che, progressivamente, è andata perduta nella sua generalità. Oggi il diritto è di esclusiva competenza di un ceto tecnico-professionale, di una *élite* a cui ne è demandata l'amministrazione, proprio come per le altre discipline tecniche del nostro tempo (l'ingegneria, la medicina, e via dicendo). Per i Greci, invece, il diritto era innanzitutto uno sguardo, uno stile, una visione *del* e *sul* mondo che serviva per filtrare e leggere la realtà e le relazioni umane. I greci, insomma, avevano chiaro che il vivere è sempre anche un *vivere giuridico* e che il diritto è quindi innanzitutto esperienza esistenziale, quotidiana. Il diritto appartiene alla vita dell'uomo e non si dà vita senza diritto; il diritto concerne l'uomo esistenzialmente inteso, all'*esser-ci* concreto (coincidenza di diritto e persona, e quindi inscindibilità di diritto ed esistenza). Una consapevolezza, questa, un orizzonte di pensiero che, perso con la modernità giuridica, merita d'essere recuperato

Di questa esigenza si è fatto emblematicamente portavoce il mito.

²⁵ Con chiarezza, A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, *Introduzione*, 13; cfr. poi anche ID., *Appendice I*, *Diritto greco e scienza del diritto*, *ivi*, 313 e seg., a 323: «il problema del diritto [nella Grecia classica, *nda*] è avvertito da tutti, così dal saggio come dall'uomo della strada, ed affiora nell'opera degli storici, dei filosofi, degli oratori, dei poeti».

²⁶ Insiste su questo punto anche il PAOLI, *La scienza del diritto attico e le sue possibilità*, in *Studi sul processo attico*, Padova, 1933, 1 e seg.

È questo un punto sul quale vale la pena soffermarsi brevemente per il suo grande significato storico ed esistenziale.

Innanzitutto va detto che il mito *non* è un discorso irrazionale. In quanto racconto, seppur fantasioso, sull'esperienza, è uno sforzo di catturare la verità delle cose. Come ha ben messo in luce in termini generali Luigi Pareyson (riprendendo a sua volta riflessioni di Schelling) nel saggio *La filosofia e il problema del male*, il mito «in senso proprio [...] è possesso della verità nell'unico modo in cui questa si lascia catturare». Il mito si situa in una zona più originaria del pensiero, più ancestrale, più intuitiva e immediata; il suo carattere non è logico, esplicativo, ma bensì rivelativo di insegnamenti nascosti, indiretti. Attraverso «una continua e perentoria interrogazione e una chiarificazione costante e ininterrotta» il mito «giunge al disvelamento di significati universali, capaci di interessare ogni uomo, per quanto lontano». Ancora: il mito «dice cose che non si possono dire che in quel modo, e ch'è importante per la filosofia stessa che siano dette»²⁷. Lungi dall'essere qualcosa di *meno*, qualcosa di inferiore rispetto alla riflessione concettuale, il mito quindi, con la sua ricca simbologia, è anzi qualcosa di estremamente profondo, in grado cioè di afferrare poeticamente, in tutta la loro feconda ricchezza, gli eterni problemi incalzanti e le esperienze che l'uomo fa in ogni tempo e in ogni luogo, e che riguardano la sua stessa esistenza. Il mito non spiega, ma rivela; non dimostra, ma scopre, rende manifesto, disvela una verità che a concetti logici andrebbe irrimediabilmente perduta.

Per quanto riguarda, in particolare, l'esperienza giuridica, il mito parla della relazione che esiste tra il mondo, le sue istituzioni (e quindi la storia umana) e quell'ordine naturale (*kosmos*) superiore e "tutto-abbracciante", in un rapporto che è di genuina trascendenza. Questo rapporto non è reso da concetti, determinazioni astratte, oggettive e categoriali del pensiero, ma da simboli e figure antropomorfe, storie concrete, immagini eloquenti, raffigurazioni che parlano e agiscono dall'alto verso il basso. Queste figure sono *direttamente e immediatamente* l'esperienza di cui parlano, non ne sono la rappresentazione mediata. Ecco che vediamo, ad es., che *Dike* è *veramente* la dea che siede accanto al padre Zeus, e *Themis* è *per davvero* sua madre (v. *infra*). È il rapporto e la relazione

²⁷ L. PAREYSON, *La filosofia e il problema del male*, ora in ID., *Ontologia della libertà. Il male e la sofferenza*, Torino, 1995, 161 (ed. or. dell'articolo, 1986).

concreta tra queste figure mitiche che all'inizio dà vita e contenuto alla riflessione sul diritto.

L'articolazione astratta, concettuale vera e propria è successiva, e inizia a partire dal settimo secolo a. C., con il nascere, prima, e il consolidarsi, poi, della *polis*, la città-stato, suprema creazione politica e culturale dei Greci e loro vanto perenne²⁸. Da quell'era, alle narrazioni si sostituisce il pensiero che procede per *ragioni*, cioè il pensiero filosofico nel senso genuino. Come mai? Il collegamento tra l'emergere della *polis* e la riflessione razionale non è certo casuale. La spiegazione è storico-politica. Il governo della *polis* ha bisogno infatti di un disegno razionale, politico, per stare in piedi con saldezza: «né *nomos* né *dike* – afferma Massimo Cacciari nel saggio a commento - possono essere trattati in base a tradizioni, narrazioni, usi, esperienze; occorre definirne i termini concettualmente. La *kallipolis*, la città-in-forma, ben-riuscita, potrà essere soltanto l'esito di un progetto condotto secondo ragione»²⁹. E analogo concetto è affermato da un grande grecista: «Con l'affermarsi della città-stato, e dunque di una collettività organizzata secondo un complesso di principi normativi [...] la parola cruciale [...] non è più *dike*, bensì *nomos*»³⁰. Il cambio di paradigma non potrebbe essere più forte.

L'esigenza di strutturare su basi esclusivamente razionali il vivere comune della *polis* richiede che alla Trascendenza della Giustizia subentri l'onnipotenza del *logos*, che si manifesta nella parola, nell'argomentazione, nel *portare ragioni* da un lato e dall'altro, nella costruzione cioè di un dibattito pubblico. «Il Logos – afferma Cacciari – si colloca perciò al posto di *Themis*, superandone quel carattere arcaico e oscuro, indefinibile e silenzioso»³¹. Ecco l'*incipit* della dissoluzione della sacralità della Giustizia. La legge, da quel momento in poi, sarà sempre più concepita in termini puramente funzionali, espressione del potere e dei fini che questo ultimo, sovranamente, si dà. Nel governo della *polis* e poi durante il suo lento declino, il diritto si andò staccandosi dal Trascendente e «parve essere in continuo mutamento e

²⁸ JAEGER, *op. cit.*, 21 – 26.

²⁹ CACCIARI, *op. cit.*, 83.

³⁰ DEL CORNO, *La letteratura greca*, cit., Vol. II, *L'età classica. Il V secolo*, cit., 646 (a proposito dell'evoluzione storica della nozione di Dike).

³¹ CACCIARI, *op. cit.*, 83.

dipendenza da mutevoli maggioranze con differenti vedute». La legge, nell'agone politico che tutto divora, «cominciò ora ad apparire in una dubbia luce. Essa era soltanto l'espressione dell'interesse del più forte» (ideologia della quale Trasimaco, nel dialogo platonico *Repubblica*, è il più strenuo argomentatore, v. *infra*).

4. *Trascendenza della Giustizia*

Facciamo un passo indietro. L'età mitico-arcaica - nota Jaeger - è l'età della «fede inconcussa della giustizia come fondamento di ogni più alta forma di vita umana»³². La giustizia è ancorata sempre nel Trascendente: *Dike* è attributo del dio, di Zeus; anzi, nella sua caratterizzazione più radicale, è addirittura superiore alla divinità, come ben si ricava con estrema chiarezza dalla figura di *Themis* (v. *infra*).

Ma cosa significa, esattamente, trascendenza? Trascendenza qui significa *indisponibilità dell'oggetto*. L'oggetto è *oltre, va al di là* della nostra capacità di appropriarcene, di esserne signori. Vi è un *plus ultra* che eccede ciò che possiamo, ciò che conosciamo. Significa riconoscimento esplicito e genuino della propria debolezza, della propria *non-onnipotenza* nei confronti di ciò che si proclama, o meglio, *si riconosce e si accetta* come trascendente. «[L]'esperienza fondamentale dell'uomo - scrive ancora Luigi Pareyson, nel saggio *L'esperienza religiosa e la filosofia*, dove troviamo, a mio avviso, le pagine più belle che sono state scritte su questo concetto - è un'esperienza di trascendenza: egli sa di non essersi fatto da sé, dappertutto si scontra con trascendenze irriducibili [...]. L'affermazione filosofica della trascendenza non ha in fondo altro significato se non il riconoscimento che l'uomo non è tutto, tant'è vero che egli ha sempre a che fare con qualcosa che non dipende da lui e che anzi gli resiste»³³. Pareyson poi fa quattro esempi (non certo esaustivi) della natura, del passato, del dovere (cioè della legge morale, che è poi in fondo l'esperienza di giustizia stessa) e dell'inconscio, come emblemi di trascendenza. Essi «non [...] si risolvono o dissolvono in attività umana, ma sollecitano fermamente riconoscimento [...]. Sono realtà che si impongono all'uomo,

³² JAEGER, *op. cit.*, 12.

³³ PAREYSON, *L'esperienza religiosa e la filosofia*, in ID., *Ontologia della libertà*, cit., 90.

suscitando in lui un senso di rispetto o di sgomento o di angoscia, e invitandolo con ciò stesso a quella modestia e umiltà con cui ci si inchina di fronte a qualcosa di superiore, di più grande e distante»³⁴. Tutte queste realtà – chiosa ancora Pareyson - «sfuggono a ogni tentativo dell'uomo di disporne com'egli vuole, perché esigono obbedienza e rispetto o incutono inquietudine e angoscia. Affrontarle senza un'esperienza di trascendenza significa privarle della loro genuina natura ed esporsi alla loro temibile rivincita. La ribellione con cui rispondono all'invadenza o alla violenza dell'uomo, o anche soltanto al suo disconoscimento e alla sua smentita, è così risoluta da culminare in una vera e propria vendetta»³⁵.

Queste parole veicolano bene ciò che la Giustizia era nel mito greco, la quale è *l'assolutamente trascendente*, anteriore persino alla divinità; nemmeno Zeus ne dispone. Qui la duplicità terminologica greca della parola Giustizia (*Dike/Themis*) è essenziale per capire questa logica, questa dinamica. *Dike*, nella mitologia, è sì figlia di Zeus, e quindi *appartiene* alla divinità, ne è diretta emanazione e la assiste nei giudizi; ma *Dike* a sua volta è generata da *Themis*, che è quindi precedente e indipendente da Zeus stesso, di cui è sposa³⁶. L'etimologia qui è assolutamente rivelativa. *Dike* è “colei che indica”, dalla radice *deik-* *dik* (da cui, in greco, *δείκνυμι*, *deiknumi*, mostrare, dimostrare, e da cui, in Latino, *dicere*, dire). *Themis*, invece, “colei che stabilisce” (dalla radice *tith-*, da cui *τίθημι*, *tithemi*, cioè porre, *stabilire su fondamenta stabili*) è l'Ordinamento stabilito, che sfugge a qualsiasi appropriazione, a qualsiasi decisione politica o prova di forza, che è eterno, sempre esistito e per sempre esistente, e quindi abissale nella sua origine, oscuro, avvolto nella nebbia,

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, 93- 94.

³⁶ Secondo la Teogonia di Esiodo, *Themis* è la madre anche delle *Ore* (il tempo scadenzato, regolato), di *Eunomia* (le buone leggi) e di *Eirene* (la pace), concetti tutti relazionati con la giusta organizzazione delle cose (ESIODO, *Theogon.*, 901 – 902).

enigmatico (non a caso *Themis* è dea *profetica*, cioè parla per oracoli)³⁷.

Nel pensiero greco vi sono quindi due *volti* della Giustizia, pur nella trascendenza di entrambi; vi è una giustizia (*Dike*) che *tra-duce* via via, di volta in volta, sotto forma di comando, nel concreto, nella pluralità degli accadimenti, ciò che richiede il Giusto Ordine delle cose, la retta strada degli eventi (*Themis*) e che è l'Assolutamente Immutabile, l'Eternamente Valido, il Necessariamente Vero e, per questi stessi motivi, anche l'Assolutamente Indecifrabile. Ogni devianza, ogni stortura dalla retta via richiede, impone inevitabilmente di essere raddrizzata; come una malattia se non curata continua a progredire nel suo cammino di morte, così la rottura dell'equilibrio (l'ἴσον, *ison*, l'*Egualità*) chiama inesorabilmente, ad ogni passaggio, la sua necessaria restaurazione³⁸. Ogni sconvolgimento sarà, prima o poi, *pagato*. «Se il sole abbandonasse il suo corso – scrive Eraclito (fr. 94) nel suo linguaggio evocativo – le Erinni, ministre della Giustizia, saprebbero come ritrovarlo» (cioè come scovarlo).³⁹.

I Greci dell'età arcaica avevano quindi chiaro che, dal punto di vista logico, il Giusto Ordine delle cose non può mutare con lo spazio e col tempo; e come potrebbe? Se muta, significa che prima era ingiusto o, se era giusto prima, significa che ingiusto lo è ora, dopo il cambiamento. In *Themis* la risposta alla domanda di giustizia è o sì o no, non c'è spazio per le sfumature.

Pascal ha reso bene questo *paradosso*: «Tre gradi di latitudine sovvertono tutta la giurisprudenza; un meridiano

³⁷ CACCIARI, *op. cit.*, 70: «Themis, dalla “radice” potentissima (**dha*, **the*: da cui l'intraducibile *dharma* indù, Ordine cosmico e religioso, Giustizia che quell'ordine riflette, Polo intorno cui ogni atto, ogni pratica umana devono ruotare), colei che *pone* sul terreno sacro, che dà luce, fa vedere e perciò genera la potenza che consente di dire, *in-dicare*, *giu-dicare* [...], cioè *Dike*. [...]. La madre garantisce autonomia a *Dike*»; e poco oltre, 72: «Themis andrebbe considerata come archè o Principio della stessa *Dike*. Ella soltanto è l'Ordine stabilito, l'Ordine che è posto in modo inalterabile, *dhaman* in sanscrito. [...]. Diversa è la radice di *Dike*; *Dike* non *pone in esistenza*, non “crea”, bensì *in-dica*. *Dike mostra*, e mostrando anche *dice*. *Giudica* (*iu-dex*), sentenza, riferendosi sempre alla madre Themis; *Dike* esprime Themis affinché questa si faccia comprensibile ai mortali». (corsivi dell'A.). Sull'etimologia di *Dike* e *Themis*, v. anche G. MORETTI, *Allegorie della legge. Prosopopea delle leggi e appello alle leggi personificate: un topos retorico (e le sue trasformazioni) dal Critone platonico alla tradizione declamatoria*, in G. MORETTI - A. BONANDINI (a cura di), *Persona ficta. La personificazione allegorica nella cultura antica*, Trento 2012, 53 e seg.

³⁸ Per l'uso metaforico del linguaggio medico in quello giuridico, e per la nozione di *isomoiria* (equilibrio tra le parti in un tutto) tanto nella salute del corpo come nell'ambito della Giustizia, JAEGER, *op. cit.*, 23 – 24.

³⁹ JAEGER, *op. cit.*, 25.

decide della verità; nel giro di pochi anni le leggi fondamentali cambiano; il diritto ha le sue epoche [...]. Singolare giustizia che ha come confine un fiume! Verità di qua dei Pirenei, errore di là»⁴⁰.

Eppure, si dirà: la giustizia deve rispecchiare le circostanze. La giustizia è adattamento ai tempi, ai luoghi, alla cultura, ai valori, alle priorità; se così è, allora, una giustizia sempre uguale a sé stessa sarebbe anzi *somma ingiustizia*, non rispondendo alla mutevolezza della realtà stessa. Ma – a mo' di contro-risposta – forse che non vi sono qualità e aspetti dell'uomo che sono sempre gli stessi? E ancora: forse che non ci nutriamo, desideriamo, speriamo nello stesso modo da sempre e per sempre, e sentiamo e proviamo sentimenti eterni, che sono un filo rosso tra le epoche, tanto quelle di un passato remoto immemore come quelle di un futuro lontanissimo? Forse che non vi è un qualcosa *dell'uomo* e *nell'uomo*, e quindi *della vita* e *nella vita*, che non muta? Non vi sono forse nella natura umana delle costanti, delle invarianze, che vanno oltre il tempo storico e le coordinate culturali? E come può giustificarsi la diversità di *giustizie*, almeno tutte le volte in cui è in gioco questo *qualcosa*, queste costanti, queste invarianze?

41

È lo stesso interrogativo che assale Ulisse – ricordato anche dallo Jaeger nell'indagine qui considerata – quando sbarca su un'isola sconosciuta, e non sa se troverà Giustizia: «Chi saranno gli abitanti di questa terra? Saranno dei malfattori e dei selvaggi senza giustizia, oppure onoreranno lo straniero e temeranno gli dèi? [...] Il barbaro mondo dei ciclopi, i quali ancora vivono in uno stato di natura primitivo, è un mondo senza legge (*themis*). Ciascuno di essi è signore e giudice sopra la moglie e i figli»⁴². Il riferimento è, naturalmente, al

⁴⁰ PASCAL, *Pensieri* (ed. or., 1670), n. 294.

⁴¹ Tale interrogativo “esistenzialistico”, se ben intendo, è anche alla base di molte riflessioni di SERGIO COTTA, *Soggetto umano – soggetto giuridico*, Milano, 1997, 10 («La domanda è radicale perché investe, con il massimo dubbio metodico possibile, l'esistenza (di là della sua semplice presenza apparente) del diritto in generale, non di questo o quel diritto [...] di questa o quella istituzione oppure norma giuridica, ma del diritto, di là delle sue individualizzanti determinazioni storiche spazio-temporali»); e la risposta all'esistenza di questa invarianza è da trovarsi nella *struttura ontologico-relazione dell'uomo*; il significativo passo è ricordato da B. MONTANARI, *Sergio Cotta. Filosofo del diritto e filosofo del '900...e oltre*, in *Iustitia*, 2019, 41;); v. anche COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di una ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1985. Sul pensiero di Sergio Cotta, su questi punti, oltre al saggio di MONTANARI citato, *adde* ID., *Sergio Cotta (1920 -2007): l'ontofenomenologia e il diritto nell'esistenza*, in *Riv. Int. Fil. del Diritto*, 2007, 173 e seg.

⁴² JAEGER, *op. cit.*, 14.

Canto IX dell'Odissea, in cui Ulisse, naufragato coi propri compagni, chiede a Polifemo ospitalità: «Temi o fortissimo gli dèi, noi siamo/supplici a te. Vendicatore è Giove/di supplici e stranieri, l'ospitale/Giove che li accompagna e li fa sacri». Ma fa la tragica esperienza della totale *a-nomia*, della *a-dikia*, che è poi in sostanza l'assenza del timor divino, del Ciclope, che disprezza, irride la trascendenza e afferma la propria onnipotenza sul giusto e sullo sbagliato: «O sciocco che sei, straniero,/o arrivi da lontano, se a temere/gli dèi mi esorti, e ad evitarne l'ira:/di Giove egioco, e degli dèi beati/non curano i Ciclopi, poiché/siamo molto più forti. E per sottrarmi all'ira/di Giove, io non risparmio i tuoi compagni/né te, se non lo vuole il mio capriccio»⁴³.

5. Immanenza del diritto

La prima riflessione filosofica successiva, quella presocratica - da Anassimandro di Mileto (il quale, in un famosissimo frammento, afferma che tutte le cose devono pagare il fio l'uno all'altro, secondo l'ordine del Tempo) a Parmenide (dove, nel suo celebre poema, le dee che indicano al filosofo le vie da percorrere e che conducono alla porta della Verità sono appunto *Dike* e *Themis*) e Eraclito (per il quale la legge divina è *nutrimento* di quelle umane⁴⁴) - è ancora saldamente ancorata al Trascendente. La Giustizia è «eterno ordine», è «supremo principio dell'universo», è «eterna struttura» sulla quale si basa (*rectius*: deve basarsi) l'ordine sociale⁴⁵.

Ma pian piano, con l'affermarsi della *polis*, inizia quel percorso di *filosofizzazione* della riflessione sul diritto, e con essa il processo di *relativizzazione* della giustizia, di cui s'è detto *supra*. Platone è il pensatore che più di tutti rende questo processo di relativizzazione, e più se ne duole. La *Repubblica*,

⁴³ *Odissea*, trad. di Giovanna Bemporad, Firenze, 1990. L'ospitalità qui è configurata come eterna esigenza di Giustizia.

⁴⁴ Su questo ultimo punto, cfr. ancora COTTA, *Diritto e morale*, cit., 420, che ricorda e commenta i frammenti eraclitei Diels-Kranz, 22B114: «Tutte le leggi umane [...] vengono nutrite da una sola legge, quella divina: essa prevale, infatti, quanto vuole e basta a tutto». La legge divina è dunque fondamento e sostentamento («nutre») delle leggi umane, poiché essa, secondo Eraclito, è «ciò in cui si concatenano tutte le cose»: fuori dal «concatenamento» (*xunon*) il mondo non ha senso; sui presocratici si sofferma molto brevemente anche lo JAEGER, *op. cit.*, 21 ss. 24, 25; v. anche il cenno di IRTI, *op. cit.*, 119.

⁴⁵ JAEGER, *passim*, 21 – 26.

le *Leggi*, il *Critone* e il *Minosse*, sono i dialoghi dove questa tensione tra l'idea originale trascendente, ideale e quella moderna, soggettiva si manifesta con tutta evidenza. L'analisi del pensiero di Platone nel diritto è, naturalmente, una impresa immensa; quello che però è sufficiente sottolineare qui è che vi è sempre presente lo scontro tra la *naturalità* del diritto e l'*artificialità* dello stesso. Da un lato l'oggettività, la trascendenza, l'indisponibilità, la *veritas*, l'idea, l'eterna immutabilità astratta, e quindi la ricerca e l'atto di continua scoperta. Dall'altro la soggettività, la immanenza, la disponibilità, l'*auctoritas*, il mero fatto, la preminenza della circostanza e della situazione concreta, e quindi la decisione politica, l'atto del *porre*.

Nella *Repubblica* di Platone, in un passo famosissimo del Primo Libro, Socrate chiede cosa sia la giustizia e Trasimaco (un logografo, un oratore, cioè un sofista) ne dà la risposta *relativistica* per eccellenza: il giusto (*to dikaion*) è l'utile del più forte, laddove il più forte è colui che detiene il potere politico. Una tesi certamente nettissima, che ha avuto una grande fortuna nella storia del diritto e che sta alla base del positivismo giuridico, almeno nella sua versione minimale, teorica o dottrinale che dir si voglia: il diritto è solo quello posto dall'autorità⁴⁶. In Trasimaco la giustizia è legalità e la legalità è giustizia, funzioni entrambi del Potere (*krátos*) inteso come mero accadimento. In questo, la sofistica greca del V secolo a. C. è l'antecedente, o meglio, la base ideologica del positivismo Novecentesco⁴⁷. Si parla a questo proposito, infatti, di *giuspositivismo sofistico*⁴⁸. «La *allgemeine Rechtslehre* – chiosa ancora Natalino Irti, a commento – [...] poco si accorgeva di avere in sé così remote premesse di carattere filosofico. [...]. Tutto è ridotto a *nomoi*: potere, forza, eccezioni[...]»⁴⁹.

⁴⁶ Sul punto si vedano i fondamentali studi di Mario Vegetti, e in particolare M. VEGETTI, *Trasimaco*, in PLATONE, *La Repubblica*, trad. e commento a cura di Vegetti, Napoli, 1998, Libro I.; cfr. anche l'approfondita e ampia analisi di E. VIMERCATI, *La legge del più forte. il dibattito su utilità e giustizia in Tucidide v, 84-116 e Platone, "Repubblica" I-II. Un confronto*, in *Rivista di Filosofia Neo-scolastica*, 2008, 463 e seg., ma spec. 483.

⁴⁷ M. GIGANTE, *Nomos Basileus*, Napoli, 1993, 15 («il fondamento teorico della dottrina generale del diritto nel XX secolo riassume il momento speculativo della Sofistica greca del V secolo»), ricordato da IRTI, *Destino di Nomos*, cit., 118.

⁴⁸ DE MONTICELLI, *La giustizia*, op. cit., 80.

⁴⁹ IRTI, *ibidem*.

La battaglia platonica è legata all'antico. Egli pone la trascendenza della Giustizia nel cuore dell'uomo, nella sua *psyché* (*ψυχή*), nell'interiorità della sua anima che, nel pensiero platonico, è il suo *essere* più specifico e ideale, la sua propria *natura* (ovviamente indisponibile), la sua propria virtù suprema. «Platone, nell'età di crescente soggettivismo in cui viveva, ristabilisce la originale idea greca che la giustizia sia espressione della norma inerente alla stessa natura. Egli trasferisce la giustizia dalla sfera esterna delle relazioni sociali dell'uomo al mondo interna dell'anima umana»⁵⁰. Certamente, l'anima, per esprimere la Giustizia, che le è innata, deve essere *rettamente educata*: da lì la cruciale importanza che Platone riserva alla pedagogia del cittadino. Ma ciò che qui conta è che questa espressione della Giustizia è *indisponibile*, non dipende da questa o quella teoria, da questa o quella circostanza, ma scaturisce automaticamente e oggettivamente dall'interiorità dell'uomo (se rettamente educata); non le si impone dal di fuori. *L'uomo giusto, per Platone, non abbisogna di leggi*. Tutto al contrario rispetto alle argomentazioni sofistiche, per le quali il diritto è solo quello *im-posto* dall'esterno, da chi, di volta in volta, detiene il potere.

Il problema, come ben si vede, è quello della *fondazione ultima* del diritto. Nel pensare il diritto come artefatto, e non come dono, vediamo che il fondamento non è teorico, assoluto, immutabile, trascendente, *metà-fisico*, ma è puramente concreto, fattuale, contingente, immanente. Poco importa che il diritto poggi su procedure stabilite, cioè sul rispetto formale dei modi di produzione della legge, oppure sull'arbitrio del sovrano; il fondamento è pur sempre *immanente* alla realtà. Il diritto si lega *kelsenianamente* in forma inscindibile con il potere. Il potere è ciò oltre cui non è possibile andare; ciò che, *causando* il diritto, si pone per sua stessa natura *fuori dal diritto*.

Ma dire potere significa per ciò stesso dire forza. Anzi, *violenza*, cioè la capacità di stabilire, fondare dall'inizio un ordinamento giuridico e di imporre il rispetto delle sue regole e delle sue disposizioni (violenza quindi nel duplice senso di Walter Benjamin, come violenza che pone il diritto, *rechtsetzende Gewalt*, e violenza che conserva il diritto,

⁵⁰ JAEGER, *op. cit.*, 39.

*rechtserhaltende Gewalt*⁵¹). E la violenza è sempre, per definizione, qualcosa di contingente, occasionale, transitorio. Vi sarà sempre qualcuno *più forte del forte*. In questa prospettiva nulla è superiore al potere, alla forza, alla violenza che è la sola fonte di legittimazione dell'ordine organizzatosi e che non riconosce null'altro all'infuori di sé medesima. Ed è proprio questo fattore che faceva affermare allo stesso Benjamin, ripreso poi in un passo giustamente famoso da Jacques Derrida nel suo lungo commento a quel lavoro, con sconcolato e crudo realismo, che *c'è qualcosa di marcio nel cuore del diritto* («il y a [...] quelque chose de pourri au coeur du droit, etwas Morsches im Recht, "something rotten in law"»⁵²).

⁵¹ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in Id., *Scritti politici* (a cura di G. Pedullà), Roma, 2011, 91 e seg. (ed. or., 1921). Sul tema, si veda il bel saggio di M. BALESTRIERI, *L'ambivalenza della legge. Note critiche su 'diritto' e 'violenza'*, in ROSSI, CAUDURO, ZALANDA (a cura di), *Limiti e Diritto*, Torino, 2017, 9 e seg.

⁵² J. DERRIDA, *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*, in 11, *Cardozo Law Rev.*, 1989-1990, 920, a 998 (in traduzione italiana, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, 2003).