

STEFANO FUSELLI

*Forme del giuridico.
Materiali per una discussione
di un recente volume di Mario Jori*

1. Una premessa – 2. La natura endossale del diritto – 3. Una traccia – 4. Funzione e limiti dell'abitudine – 5. Uno strano fatto – 6. Le funzioni della forma – 7. Il diritto come *πραξις* – 8. L'opponibilità come forma del diritto – 9. Dal vago al simbolico.

1. *Una premessa*

L'occasione che mi ha consentito di immergermi nella lettura del volume di Mario Jori¹ sono state le *XI Giornate Tridentine di Retorica*. Il titolo scelto per quella manifestazione era *Il Proteo dei Giuristi. Positività delle norme giuridiche e argomentazione retorica*. L'amico e collega Maurizio Manzin ha ritenuto, giustamente, che quel consesso fosse una sede ideale per discutere le tesi contenute in questo libro.

¹ M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Milano 2011. Il presente scritto rielabora la relazione da me tenuta in quell'occasione. Devo alla pazienza e all'amicizia di Aldo Schiavello alcune puntuali osservazioni che mi hanno aiutato in fase di revisione.

Devo riconoscere che ho accolto il suo invito ad intervenire non senza preoccupazione. In genere, infatti, quando si accostano lavori che vengono da tradizioni, linguaggi, riferimenti culturali diversi non è infrequente l'impressione di non riuscire a cogliere pienamente il senso della ricerca che viene condotta e della proposta che viene sviluppata.

Ho affrontato la lettura di questo volume con la titubanza che deriva dalla consapevolezza della distanza della sua prospettiva dalle categorie con le quali ho più confidenza. Devo dire, però, che ho dovuto subito ricredermi. Sin dalle prime battute mi sono sentito immediatamente in un luogo tutt'altro che alieno o inospitale: certo, nuovo, ma non estraneo. Come quando, invitati in una casa che non è la nostra, siamo messi subito a nostro agio.

Magari mi sono preso un po' troppa confidenza, mi sono messo un po' troppo comodo, ho messo il naso nella dispensa e mi sono servito da me: metto già in conto, dunque, che il padrone di casa possa sentire un certo qual moto di fastidio e di irritazione per il modo in cui ho frugato fra le sue cose. Auspico che non me ne voglia troppo e che sappia prenderlo per quello che è: l'attestazione della sua capacità di rendere ospitali i pensieri che egli abita.

2. *La natura endossale del diritto*

Nella prospettiva per cui «è il senso comune a fondare e a permettere l'individuazione del diritto vigente, compiendo il giudizio di esistenza di un diritto prima come *un* diritto e poi come *il* diritto vigente»², non credo sia difficile scorgere una certa aria di famiglia con temi e questioni codificate già dalla filosofia antica.

² Ivi, p. 26.

Quando infatti, coerentemente con questo assunto, Jori sostiene che

«Il diritto è composto di credenze e di azioni rette da quelle credenze»,

specificando poi che

«di solito si tratta di credenze e di azioni collettive»³,

e precisa ulteriormente che il diritto

«è un'impresa collaborativa che esiste e funziona nella misura in cui (quasi) tutti sono d'accordo su cosa esso sia e sono per questo in grado di riconoscerlo come tale»⁴,

con la conseguenza che

«il diritto è in definitiva, quello che tutti pensano che sia», cosicché esso «non potrebbe esserci se la vasta maggioranza della gente non lo considerasse tale, perché il diritto è appunto costituito da ciò che tutti pensano che sia»⁵,

mi pare che egli stia sostenendo che l'identificazione del diritto e la individuazione del diritto vigente – così come sono esperiti dal senso comune – hanno un carattere *endossale*.

Come noto, infatti, gli ἔνδοξα sono – a detta di Aristotele – quelle asserzioni «che costituiscono opinione di tutti, o dei

³ Ivi, p. 111.

⁴ Ivi, p. 20.

⁵ *Ibidem*.

più, o dei sapienti, e, se di questi, o di tutti, o dei più, o dei più noti e stimati fra tutti»⁶.

Questa funzione endossale della nozione di diritto e di diritto vigente individuata dal senso comune mi pare essere tanto più sottolineata, laddove Mario Jori afferma e ribadisce a più riprese – anche in funzione critica con il dibattito che prende le mosse da Hart⁷ – la sua funzione di *presupposto necessario*, di *base di partenza ineliminabile* di ogni successiva determinazione – e discussione – tecnico-giuridica sui contenuti o i confini propri del diritto vigente:

«l'intera pratica giuridica cerca il diritto vigente nelle opinioni diffuse», dal momento che «i giuristi moderni, contrariamente alle apparenze, non hanno una teoria scientifica e una tecnica autonoma per la individuazione del diritto, che permettano loro di identificare autonomamente prima il diritto in generale e poi individuare il diritto vigente»⁸.

Ogni discussione tecnico giuridica, cioè, si muove e si colloca su di un terreno che è quello dell'opinione, della δόξα, nel quale si radicano conoscibilità ed esistenza del diritto.

⁶ ARISTOT., *Top.*, A, 1, 20–22 (*I topici*, Traduzione, introduzione e commento di A. Zadro, Loffredo, Napoli 1974, p. 83). Sull'andamento 'graduale' di questa classificazione cfr. G. AZZONI *Éndoxa e fonti del diritto*, in G. A. FERRARI – M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 123-55. Sulla presenza degli *éndoxa* nel dibattito pubblico cfr. F. ZANUSO (a cura di), *Il filo della parche*, FrancoAngeli, Milano 2010, in part. pp. 9-54.

⁷ «A mio avviso [...] il problema per tutte queste teorie è sempre lo stesso. Esse collocano la individuazione del diritto vigente in una fase della pratica giuridica in cui essa non ha luogo (le operazioni sulle fonti), perché in questa fase l'operazione è già avvenuta», M. JORI, *Del diritto inesistente*, cit., p. 96.

⁸ Ivi, p. 59.

3. *Una traccia*

D'altro canto, una tale linea di lettura non può essere proposta senza quel minimo di pudore che deriva dalla consapevolezza delle obiezioni a cui essa si espone. Ad esempio, si potrebbe rilevare che questa è una sin troppo semplicistica trasposizione di categorie moderne (senso comune, pratiche condivise) entro schemi classici, di cui non solo non si vede il bisogno, ma che rischia anzi di essere fuorviante, perché pare trascurare o occultare un elemento distintivo importante, da preservare ad ogni costo.

Nella prospettiva di Mario Jori il diritto ha nel senso comune non solo il suo orizzonte epistemologico, ma anche il suo radicamento ontologico:

«Perché il diritto esista ci deve essere una nozione di senso comune di diritto»⁹.

Se, infatti, «Il diritto nel senso comune è [...] insieme una partecipazione a una pratica e un fatto, una partecipazione che richiede il fatto che la pratica sia, in qualche senso, condivisa»¹⁰, allora si può dire che il diritto «c'è perché tutti facciamo qualcosa, un fare qualcosa di cui le nostre opinioni e credenze fanno parte integrante»¹¹.

Questo intreccio di teoretico e pratico, e, ancora più, di 'essenza' ed 'esistenza' che caratterizza per Jori l'idea di diritto nel senso comune potrebbe sembrare assai lontano dalla funzione eminentemente *argomentativa* che gli εἰσοδοῖα svolgono nella dialettica e nella retorica di impianto aristotelico. Nell'usuale lettura dello Stagirita, il fatto che ci si

⁹ Ivi, p. 20.

¹⁰ Ivi, p. 13.

¹¹ Ivi, p. 21.

trovi per lo più d'accordo – non solo dal punto di vista teorico, ma soprattutto negli atteggiamenti pratici – su cosa siano diritto e diritto vigente e che, quindi, ciò costituisca un'ottima base di partenza per l'argomentazione, non autorizza ad asserire né che il diritto e il diritto vigente *consistano* in tale accordo o pratica condivisa, né che essi *esistano* sulla base di o in conseguenza a tale accordo o pratica condivisa.

Tuttavia, vale la pena di ricordare che, proprio nella lezione aristotelica, la valenza puramente argomentativa degli ἐνδοξα è tutt'altro che scontata; meglio ancora: la loro capacità di fare presa rinvia ad un orizzonte che è più ampio di quello in cui si collocano le arti del discorso. Infatti, proprio nella *Retorica* Aristotele offre con la nozione di εἰκός, di verisimile, l'esempio di un ἐνδοξον¹² – e quindi di una buona premessa argomentativa – in cui l'aspetto *epistemologico* (l'essere una credenza diffusa e praticata) e l'aspetto *ontologico* (l'essere, nell'ambito di ciò che avviene *per lo più*, l'analogo dell'universale rispetto al particolare), sono inscindibili¹³.

Certo: se il richiamo a queste nozioni aristoteliche si limitasse a rilevare una certa affinità con l'orizzonte del senso comune di cui parla Jori, si tratterebbe di ben poca cosa, una sterile ed irritante esibizione di un dubbio gusto

¹² «L'εἰκός è una premessa endossale (εἰκός ἐστι πρότασις ἐνδοξος)», ARISTOT., *An. pr.*, B, 27, 70 a 1-2.

¹³ Εἰκός è «ciò che avviene per lo più, non però assolutamente (ἀπλῶς), come alcuni definiscono, ma ciò che, nell'ambito di quel che può essere diversamente, è, rispetto alla cosa rispetto cui è verosimile, come l'universale (καθόλου) rispetto al particolare», ARISTOT., *Rhet.*, A, 2, 1357 a 34-b 1 (*Retorica*, trad. di A. Plebe, Laterza, Roma-Bari 1986, p.11). Su questi temi mi sia consentito rinviare al mio *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, F. Angeli, Milano 2008, in part. pp. 100-05. Cfr. anche F. PIAZZA, *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Carocci, Roma 2008.

per gli arcaismi. Invece credo che questa affinità sia una spia preziosa del fatto che nel territorio in cui Mario Jori guida il suo lettore, fornendogli le coordinate per orientarsi nel paesaggio spesso impervio del positivismo giuridico novecentesco, scorra una corrente nascosta, che si lascia percepire più nel rimbombo che risale qua e là dalle forre che nell'aperto scintillio di un corso disteso. È di questa corrente quasi sotterranea che ora cercherò – seguendo gli echi di alcuni di quei gorgi – di ricostruire il corso.

4. *Funzione e limiti dell'abitudine*

Se la prima insostituibile funzione del senso comune è quella di individuare il diritto vigente, tuttavia tale individuazione mi pare abbia un carattere alquanto peculiare.

Essa è bensì un giudizio di esistenza¹⁴, che però non avviene secondo precisi parametri di tipo empirico-fattuale la cui sussistenza sia, a loro volta, accertata sulla base di un giudizio empirico. Nei termini di Jori: «il giudizio di base non è il frutto di un riferimento ad alcun tipo di effettività che abbia una precisa definizione»¹⁵. Più in generale, si deve anzi «ritenere che il senso comune attribuisca al diritto una esistenza non connessa con la sua effettività sociale»¹⁶.

Né l'individuazione sembra risolversi in una qualche forma di descrizione, non solo per la ovvia ragione che il diritto vigente non è un oggetto materiale¹⁷, ma soprattutto perché la parola 'diritto' della lingua ordinaria esprime «l'emersione verbale di una pratica che riesce ad individuare con

¹⁴ Cfr. M. JORI, *Del diritto inesistente*, cit. p. 26.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Ivi, p. 29.

¹⁷ Cfr. ivi, p. 135.

successo il diritto vigente proprio perché questo concetto *non* esprime precisi parametri¹⁸. In quanto è una pratica sociale che «coincide con la cosa stessa»¹⁹, tutto ciò che distingue «l'area sociale del diritto vigente così come concepita dal senso comune» altro non è che «un qualche tipo di genericissima accettazione sociale»²⁰.

D'altro canto, se questo tipo di individuazione comporta che si operi anche una qualche forma di distinzione rispetto ai diritti non-vigenti – «il senso comune non può fare a meno di distinguere il diritto vigente dai diritti non vigenti»²¹ – tuttavia, alla base non pare esserci né una scelta discrezionale, per quanto tacitamente condivisa, né la stipula di un accordo. La riprova mi pare sia data proprio da quelle situazioni di crisi in cui «la società civile si frattura e ci sono più candidati ugualmente possibili per il senso comune» al *nomen juris* di diritto vigente²². Qui non si sceglie e non ci si accorda: semplicemente il senso comune smette di funzionare, perché «il senso comune funziona con l'importante condizione che in una determinata situazione sociale ci sia un solo candidato possibile a tale qualifica»²³.

Piuttosto, sostiene Jori, il modo in cui il senso comune individua il diritto vigente è radicato nell'abitudine e – in particolare – nell'abitudine a prestare attenzione a elementi esterni e periferici, ma che sono anche più immediatamente percepibili e familiari nella quotidianità. Fra tutti spicca il ruolo dell'elemento «periferico per eccellenza», ossia le

¹⁸ Ivi, p. 27.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Ivi, p. 28.

²¹ Ivi, p. 29.

²² Ivi, p. 187.

²³ Ivi, p. 27.

uniformi, le insegne e i distintivi²⁴. Anche se la loro presenza non è mai menzionata nella teoria del diritto²⁵, tuttavia «è una caratteristica del modo in cui il senso comune individua quell'elemento basilare e antichissimo del diritto che sono le (persone dotate di) autorità»²⁶.

È importante qui, a mio avviso, riportare per esteso quella che Jori presenta come la sua terza tesi (di cinque complessive), perché contiene un nodo teoretico cruciale:

«La conoscenza comune del diritto in vigore nel proprio tempo e paese (qui ed ora) si basa dunque su un accostamento prevalentemente periferico e frammentario, sufficiente a soddisfare in situazioni normali e rispetto allo scopo intrinseco dell'istituto, che è la pratica collaborativa del diritto da parte dei non-tecnici. Se vediamo qualcosa che dai vari indizi abituali sembra giuridico, allora è il diritto vigente qui ed ora»²⁷.

L'individuazione del diritto vigente da parte del senso comune pare presupporre un qualche tipo di processo latamente induttivo, a partire cioè da indizi frammentari (come nel racconto dei ciechi e l'elefante) e periferici, sul fondamento di una abitudinarietà.

²⁴ Ivi, p. 33.

²⁵ In realtà anche Kelsen pare accorgersene quando distingue tra significato soggettivo e significato oggettivo dei fatti sociali, menzionando l'episodio di Köpenik (cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali*, in A. SCHIAVELLO – V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 24-47, qui p. 25); nella prospettiva di Jori è proprio la distinzione fra significato soggettivo e oggettivo a essere messa in discussione.

²⁶ M. JORI, *Del diritto inesistente*, cit. p. 33.

²⁷ Ivi, p. 37.

Ciò mi pare consenta almeno due ordini di considerazioni.

Anzitutto, viene inequivocabilmente asserita l'indistinguibilità di piano epistemologico e piano ontologico: ciò che è individuato come diritto vigente, lo è. Non vi è quindi un diritto vero, oggettivo – magari appannaggio dei giuristi di professione – contrapposto ad un'immagine soggettiva, popolare, irrimediabilmente falsante e falsata. Qualsiasi discorso tecnico o specialistico si muove a partire da un orizzonte in cui ciò che appare tale e viene creduto tale, anche lo è.

Con ciò sembrano anche venire meno tanto la distinzione *epistemica* fra credere e sapere, quanto quella *ontologica* fra essere e apparire. Il diritto – in quanto pratica sociale condivisa – pare essere così il luogo in cui collassano i dualismi che costituiscono l'ossatura concettuale di altre regioni dell'essere e del conoscere.

In secondo luogo, però, è difficile sottrarsi all'impressione che questa impostazione in qualche modo patisca quello stesso limite che viene continuamente imputato anche ai tecnici e ai teorici del diritto, ossia: di servirsi di un criterio che in tanto può funzionare in quanto sia già stato acquisito quanto esso dovrebbe fornire.

Se, infatti, è l'abitudine a farci dire che ciò che vediamo sono gli indizi del giuridico, allora bisogna che tale abitudine – a leggere come indizi del giuridico certi fenomeni – sia stata in qualche modo acquisita. Ma, l'acquisizione dell'abitudine ad associare a certi indizi il diritto vigente presuppone già all'opera una certa qual idea di diritto e di diritto vigente, nonché del suo modo di esistere.

Così come in genere un'abitudine è necessaria per sviluppare una certa capacità, abilità, propensione, ma non può ingenerarla, altrettanto l'abitudine ad associare certi indizi al concetto di diritto vigente non può ingenerare l'idea – anche se vaga – che ci sia qualcosa come il diritto vigente e che esso si manifesti attraverso certi segni.

L'abitudine non fa che rinforzare e consolidare qualcosa che, in forma embrionale, deve già essere presente.

L'abitudine spiega *come* si svolge il processo di individuazione, ma non dice nulla sulle sue *condizioni* di possibilità e sulla sua *origine*. In altre parole, anche l'abitudine presuppone qualcosa che sta *a principio* del suo insorgere e consolidarsi.

Sono dell'avviso che questo qualcosa è ciò che dal pensiero greco ci è stato tramandato attraverso la nozione di *forma* che nella sua attualità svolge una funzione tanto ontologica – costitutiva di ciò di cui è forma²⁸ – quanto epistemologica – dischiudendo l'accessibilità delle cose, sin dalle prime basilari sensazioni²⁹. È su questo che intendo qui ora concentrarmi: il mio intento è di mostrare che esso è presente ed operante – anche se non tematizzato – *nelle* categorie che Mario Jori elabora e impiega.

5. *Uno strano fatto*

Scrive Jori che se «il diritto *tout court* anche per il senso comune implicitamente comprende il diritto futuro o proposto, quello del passato ed estinto, e il diritto immaginario dei folli oltre a quello vigente», allora «dobbiamo ritenere che il senso comune attribuisca al diritto una esistenza non connessa con la sua effettività sociale»³⁰.

²⁸ «E per forma intendo l'essenza di ciascuna cosa e la sua sostanza prima», ARISTOT., *Met.*, Z, 7, 1032 b 1-2 (*Metafisica*, Introduzione, traduzione, note e apparati di G. Reale, Appendice bibliografica di R. Radice, Bompiani, Milano 2000, p. 313); cfr. anche *De an.*, B, 4, 415 b 12-13. *Phys.*, B, 1, 193 b 4.

²⁹ Cfr. ARISTOT., *De an.*, B, 11, 424 a 18-24.

³⁰ M. JORI, *Del diritto inesistente*, cit. p. 29.

Il carattere con cui il diritto si presenta nel senso comune è quello di una *esistenza* che non solo *non* si *identifica* con la mera effettività, ma *non* è nemmeno *connessa* ad essa (come appunto nel caso di diritto dei folli o di diritto immaginario). Nel suo significato di senso comune, quindi, il diritto in quanto tale, il diritto *tout court*, è caratterizzato da un *esistere* che non è né un fatto, né la conseguenza di uno o più fatti rilevabili attraverso un'analisi empirico-sociologica.

Contrariamente a quanto si sarebbe forse portati a supporre, nel passare dal piano generale della nozione di diritto a quello particolare del diritto vigente, questa situazione sembra farsi ancora più acuta. Se è vero che «nel giudizio di senso comune su quale sia il diritto vigente quora, il giudizio di base non è il frutto di alcun tipo di effettività che abbia una precisa definizione, una riconoscibile determinazione di parametri fattuali, né tanto meno un accertamento empirico della loro sussistenza e ancor meno una conoscenza in qualunque senso scientifica»³¹, allora pare che *tutto* ciò che – nel senso comune – è diritto sia caratterizzato da una modalità di esistenza irriducibile alla mera effettività.

La fattualità a cui il diritto vigente sfugge pare essere anche ben più ampia di quella che ricade sotto il dominio tanto della rilevazione sociologica, quanto della conoscibilità scientifica. In una nota, infatti, dopo avere ricondotto il concetto di vigenza a quello di positività, Jori scrive che positivo non «può tuttavia essere ridotto a “posto” a significare le norme che sono poste da una autorità giuridica»³².

Il diritto, sia nella sua generalità che nella sua specificità, «è qualcosa che *c'è*»³³, ma questo suo esserci in generale, ed

³¹ Ivi, p. 26.

³² Ivi, p. 48, n.72.

³³ Ivi, p. 21.

esserci come vigente in particolare, non è risolvibile sul piano del mero dato empirico rilevabile attraverso una qualche forma di accertamento o di misurazione: non solo perché l'accettazione e l'effettività sociale non sono desunte da «nessun preciso parametro fattuale e tanto meno da rilievi sociologici»³⁴, ma soprattutto perché «qualunque cosa sia il diritto vigente per il senso comune è qualcosa che si dà per scontato, non che si misura o si accerta»³⁵.

Vi è dunque qualcosa che conferisce esistenza al diritto e al diritto vigente; questo qualcosa, che pure è visibile in una pluralità di manifestazioni empiricamente rilevabili, tuttavia non è sua volta oggetto di alcun accertamento empirico o di alcuna misurazione, perché, piuttosto, il senso comune lo dà per scontato: è l'ovvio, non interrogato e analizzato.

L'esistenza del diritto e del diritto vigente, così come si dà in quella «genericissima accettazione sociale»³⁶ che costituisce l'orizzonte proprio del senso comune, pone di fronte ad uno strano tipo di fatto. Questo, da un lato, gode di una certa autonomia rispetto al piano dell'empiria ed è indifferente agli strumenti di accertamento che in essa hanno normalmente corso. Al contempo, però, questo fatto è un dato che per il senso comune non è questionabile, a pena di una sua totale paralisi.

E tuttavia, proprio i momenti di crisi mostrano, da un lato, che vi è qualcosa che condiziona la possibilità di darsi di un tale 'fatto' quale il diritto vigente, e, dall'altro, che il senso comune non è attrezzato per affrontare quanto si lascia vedere del diritto proprio laddove sono le condizioni di possibilità di quella pratica condivisa ad essere messe in discussione.

³⁴ Ivi, p. 27.

³⁵ Ivi, p. 26.

³⁶ Ivi, p. 28.

6. *Le funzioni della forma*

L'aspetto interessante è che intorno a questo qualcosa – che non attiene solo alla conoscibilità o riconoscibilità del diritto e del diritto vigente, ma anche alla loro costituzione ontologica – si raccoglie una vasta gamma di articolazioni e specificazioni, tanto in ordine alla scansione temporale (passato, presente e futuro), quanto in ordine alla praticabilità o impraticabilità (diritto dei folli), quanto in ordine alle diverse semantiche e alle diverse pragmatiche soggiacenti (approccio di senso comune o tecnico).

Questo qualcosa, essenziale per il diritto e il diritto vigente, consente di raccogliere unitariamente una molteplicità di fenomeni empirici che, proprio perché colti in questa luce, acquisiscono un significato o lo modificano (per cui, ad esempio, possono essere visti come indizi, segni di) all'interno di un quadro coerente e tendenzialmente esaustivo (ma non per questo statico e immutabile) di significato.

Per la sua capacità di declinarsi in modalità via via differenti e di assicurare tuttavia una continuità nei processi di trasformazione cui mette capo, esso più che come un dato, appare come un *atto*. Questo atto ha pertanto sia una funzione ontologica, sia una funzione epistemologica: in esso i due aspetti convergono, dal momento che nel delimitare e specificare il modo in cui entrambi sono, li mostra nella loro determinatezza e individuabilità.

Come anticipato, credo che la nozione che la tradizione ci mette a disposizione per dire tutto questo sia, appunto, quella di *forma*.

Nel suo aspetto epistemologico, la forma è quell'*universale* che, anticipando ogni possibile esperienza, rende possibile anche che si instauri un comportamento abituale o

una «azione giuridica in genere»³⁷ o quella stessa impresa collettiva in cui i partecipanti si capiscono.

Si potrebbe essere scettici circa il fatto che al senso comune sia accessibile il mondo delle forme. Ma, come è stato autorevolmente notato, «Nell'accedere alle forme è (...) all'opera una sorta di istinto alla totalità, caratteristico del conoscere umano, che si trova ben evidenziato nell'espressione greca che designa l'universale: τὸ καθόλον significa appunto la capacità d'intendere qualcosa κατὰ ὄλον, secondo il tutto, vale a dire non in base alla giustapposizione di singole parti esterne le une alle altre, ma come una totalità coerente di significati»³⁸; una universalità, quella del significato, «che non si propone mai come una forma data esaurivamente una volta per tutte, ma è una totalità aperta che dà la regola per il riconoscimento di ciò che effettivamente ne fruisce»³⁹.

Anche il senso comune, dunque, non differentemente da qualsiasi altra modalità del conoscere umano, è retto da questo istinto della totalità che dischiude l'accesso alle forme: non perché ne sia consapevole o sia consapevole della loro presenza, ma perché fruisce della loro azione. Se l'osservazione di senso comune è «una quasi-percezione»⁴⁰, allora si può ritenere che anche per essa valga quanto scrive Aristotele, ossia che a differenza del sentire, che è dell'individuale, la percezione è sempre dell'individuale nel suo universale⁴¹. Per questo il senso comune è capace di inferire da

³⁷ Ivi, p. 38.

³⁸ F. CHIEREGHIN, *L'eco della caverna*, Il Poligrafo, Padova 2004, pp. 123-24.

³⁹ Ivi, p. 126.

⁴⁰ M. JORI, *Del diritto inesistente*, cit., p. 135.

⁴¹ Cfr. ARISTOT., *An. post.*, 19, 100 a 15-b 1; su ciò cfr. F. CHIEREGHIN, *L'eco della caverna*, cit., pp. 384-86.

certi fenomeni i segni, gli indizi, del diritto vigente anche senza avere alcuna nozione tecnica.

Nel suo aspetto ontologico, la forma funge da principio organizzatore di ciò di cui è forma, conferendogli la sua determinatezza e conservandone l'identità nelle sue diverse modificazioni. Tuttavia è importante richiamare la distinzione proposta da Aristotele fra il modo in cui la forma è presente e all'opera in quei processi e quelle attività che rientrano nell'orizzonte della *ποίησις* e il modo in cui essa invece opera nell'ambito della *πρᾶξις*.

Nelle prime, che hanno la loro modalità paradigmatica nella *τέχνη*, nella produzione tecnica, «la forma è presente nel pensiero dell'artefice»⁴², il quale la trasfonde nella materia di cui sono costituiti i diversi prodotti, organizzandola secondo quel modello. Dunque, la forma è separata e separabile da ciò di cui è forma: essa è quel modello, quel progetto che risiede interamente in colui che ha il dominio dell'arte, nello specialista, il cui compito è appunto quello di modellare su di essa un materiale informe.

Il processo produttivo della *ποίησις* è dunque un movimento che si dispiega per fasi distinte, codificate o codificabili, tendenzialmente riproducibili e ripetibili, finalizzate a conseguire un risultato – il prodotto – con cui termine il processo di produzione. Esso è quindi altro sia da ciò su cui si esercita, sia da ciò in vista di cui si esercita. È, inoltre, il frutto di un particolare sapere che è di pertinenza dello specialista, il quale possiede già il modello e le istruzioni per realizzarlo. L'operare tecnico presuppone l'esistenza di un modello teorico precostituito e di un materiale bruto che deve essere adeguatamente formato, plasmato, secondo quel modello, da quello specialista che ne ha le competenze. Una volta che questo trasferimento si è compiuto, ogni

⁴² ARISTOT., *Met.*, Z, 7,1032 b 1-2 (p. 313).

alterazione o trasformazione non prevista nel modello iniziale a cui va incontro il prodotto è un errore, un mal-funzionamento, una degradazione.

Per contro, in quel tipo di attività che Aristotele designa come $\pi\rho\tilde{\alpha}\xi\iota\varsigma$ non vi è alcuna trasposizione della forma nella materia, perché la forma è presente sin da subito o, se vogliamo, la materia è già, sin da subito, *informata*. Qui abbiamo una attività tale che il suo principio organizzatore non è separato e separabile né da ciò che organizza, né dal processo di attuazione, né dal risultato finale. Non vi è una materia bruta, grezza, su cui qualcuno interviene, plasmandola secondo un modello precostituito; non vi è alcun artefice depositario del modello ideale. I processi che qui si dispiegano non terminano una volta raggiunto un dato prodotto: dal momento che $\pi\rho\tilde{\alpha}\xi\iota\varsigma$ è quel «movimento nel quale è contenuto anche il fine», ciò che è di volta in volta conseguito non è altro da ciò che era presente sin dall'inizio.

Il che non significa che questi movimenti siano insensati o sterilmente ripetitivi: ma al contrario che essi non presuppongono alcun punto di arresto precostituito, dal momento che hanno in se stessi la propria ragion d'essere e il proprio fine. L'esempio aristotelico è eloquente: mentre il dimagrire, l'imparare, il camminare o il costruire hanno un punto di arresto precostituito – cioè il fine in vista di cui hanno preso avvio – invece il vedere, il vivere, l'essere felici, il pensare sono in ogni momento compiuti, non devono andare verso nulla d'altro da ciò che essi sono già: la vita è vita sin dal suo primo sorgere, cosicché «ad un tempo uno vive ed ha vissuto», così come le dinamiche proprie dell'atto del vedere e di quello del pensare sono tali che «uno ha visto e vede nel medesimo tempo, e, anche, pensa ed ha pensato»⁴³.

⁴³ *Met.*, Q, 6, 1048 b18-35 (pp. 411-13).

7. *Il diritto come πράξις*

Torniamo al problema posto da Jori. Che il diritto esista in conseguenza di una data pratica condivisa, potrebbe significare che il diritto sia altro da tale pratica, sia cioè l'effetto, il prodotto dissociabile dal processo di produzione. In questo caso, la pratica non sarebbe altro che il processo attraverso cui si concretizza, si esegue, un complesso di istruzioni – l'idea di giuridicità – che devono essere date e identificate prima e comunque al di fuori di quella pratica. Tali istruzioni, che potrebbero ad esempio essere frutto di un accordo espresso, devono, appunto, essere messe in pratica. Mi pare però che anche il solo frequente richiamo al modello della lingua naturale come analogo di quella impresa collettiva in cui consiste il diritto non consenta questo tipo di lettura.

Se invece il diritto non è il prodotto della pratica, ma è la pratica stessa («la pratica coincide con la cosa stessa»⁴⁴), allora tale pratica è già in sé giuridica ed è individuabile in quanto tale. Cioè: ha in se stessa il principio, il tratto costitutivo della sua giuridicità, che non è altro da ciò che si manifesta e si dispiega nella pratica. Il modello di attività non è qui quello poietico-produttivo, ma piuttosto quello della *πράξις*, cioè di un atto tale la cui regola, il cui schema di esecuzione – la *forma*, appunto, – non è altro dall'esecuzione stessa e che, come tale, non prevede una differenza qualitativa tra l'inizio e la fine del processo, perché ciò che è conseguito alla fine non è altro da ciò che era presente sin dall'inizio⁴⁵. Il che non significa che non

⁴⁴ M. JORI, *Del diritto inesistente*, cit. p. 27.

⁴⁵ Sulla struttura della *praxis*, cfr. F. CAVALLA, *Praeter legem agere. Appunti in tema di struttura e fenomenologia dell'atto libero*, in F. D'AGOSTINO, *L'indirizzo fenomenologico e strutturale nella filosofia*

vi siano mutamenti, variazioni anche consistenti, ma piuttosto che tali variazioni non sono mai tali da alterare il senso globale, complessivo del sistema, proprio perché nella sua immanenza la forma non è ciò che ne impedisce lo sviluppo, ma anzi lo regola, aprendolo alla possibilità di nuovi rapporti e relazioni senza venirne distrutto.

Per altro, anche quelle situazioni di crisi in cui il senso comune non sa più come orientarsi sono l'espressione della presenza attiva della forma e attestano che una tale pratica è tutt'altro che un moto routinario. Lo stato di crisi, il prospettarsi di alternative inconciliabili è il segno tangibile del fatto che è all'opera un principio di determinazione e differenziazione grazie al quale non ogni cosa è compatibile con ogni altra: la forma – dice Aristotele – divide, separa⁴⁶ – cioè rende possibile la differenziazione e la disgiunzione.

Le biforcazioni a cui si trova esposto il senso comune, le situazioni di crisi complessiva, attestano che quella pratica condivisa in cui consiste il diritto non è né un moto casuale, né un processo ripetitivo, ma è una attività intimamente organizzata, per la quale si presentano via via stati fra loro alternativi. È proprio questa intima organizzazione assicurata dalla forma che consente – da un lato – il prospettarsi di nuove possibilità e di nuove modalità di organizzazione dei rapporti e – dall'altro – di fornire al diritto vigente un carattere 'storico' cioè fatto di passaggi irreversibili⁴⁷.

del diritto italiana più recente, Giuffrè, Milano 1988, pp. 53-73; F. CHIEREGHIN, *Possibilità e limiti dell'agire umano*, Marietti, Genova 1990, in part. pp. 185-92.

⁴⁶ Cfr. ARISTOT., *Met.*, Z, 13, 1039 a 7.

⁴⁷ Su questo cfr. F. CHIEREGHIN, *L'eco della caverna*, cit., pp. 166-170.

8. *L'opponibilità come forma del diritto*

A questo punto è possibile spingersi un po' più oltre per vedere se vi sia e quale sia la peculiare forma della *vigenza*, ossia ciò in virtù di cui il diritto – che è stato, che è e che sarà – può essere colto anche dal senso comune come diritto vigente; ma anche ciò in virtù di cui il diritto può incorrere in situazioni critiche, può biforcarsi e portare alla temporanea incapacità di orientamento del senso comune. Premetto sin d'ora che quanto dirò è debitore delle riflessioni e delle discussioni condotte da Francesco Cavalla assieme ai suoi allievi, nel quadro di una ricerca più ampia sulla natura dell'esperienza giuridica e della positività del diritto che è tutt'ora in corso.

Anche in questo caso mi pare che lo spunto provenga proprio dalle parole di Mario Jori. Nel tematizzare la specificità dell'approccio tecnico-giuridico al diritto, in funzione della sua determinazione, Jori punta l'attenzione sul peculiare linguaggio tecnico dei giuristi. Il tecnicismo di un linguaggio, sostiene, non consiste nella sua oscurità o astrusità, ma piuttosto nell'essere prodotto e conservato al fine di soddisfare una esigenza specifica, di realizzare uno scopo specifico. E il linguaggio giuridico «è fatto in modo da poter eventualmente essere usato in tribunale e da poter offrire una guida alla soluzione delle questioni di acuto conflitto»⁴⁸.

Attraverso la strumentalità specifica del linguaggio giuridico, mi sembra possa lasciarsi cogliere così ciò a cui si informa il diritto nel suo farsi vigente: ossia la *opponibilità*, quel peculiare modo di essere-per, grazie al quale alcunché (ad esempio una pretesa) in tanto è qualcosa (prima ancora di essere o meno giusta) in quanto non resta chiuso nel solipsismo dell'individuo (avremmo il diritto del folle) o nel

⁴⁸ M. JORI, *Del diritto inesistente*, cit. p. 65.

sacello della sua coscienza (come avviene per una convinzione morale), ma si protende anche verso – *erga*⁴⁹ – gli altri, potenzialmente verso chiunque in generale (*erga omnes*).

Il linguaggio tecnico contribuisce a determinare questa funzione in relazione allo specifico impiego in tribunale: la istituzione del tribunale e delle regole-cardine del processo penale, come ci insegnano le *Eumenidi*, è qualcosa che eccede il senso comune, è qualcosa di divino⁵⁰. E pur tuttavia quella della controversia di fronte ad un terzo è una possibilità che si dischiude in quanto è già agente ed operante quella forma elementare dell'essere-per, che è anche alla base delle comuni e quotidiane operazioni con le quali dire di alcunché che è, che esiste, significa anzitutto dire che è-per noi, cioè che si propone alla nostra ricettività secondo la

⁴⁹ Ritengo che la locuzione latina sia preferibile, perché essa mantiene congiunti tanto il senso del *per* quanto il senso del *contro*, che sono entrambi aspetti costitutivi di quella intersoggettività che informa di sé il giuridico.

⁵⁰ Scrive a questo riguardo Francesco Cavalla: «Nel teatro di Atene, con le parole che Eschilo mette in bocca alla dea, è nato all'umanità il diritto in senso razionale. Ciò che sorge è razionale perché spazza fuori dal sapere credenze e superstizioni non giustificabili e viene presentato nella piena consapevolezza della sua necessità; è razionale perché rappresenta ciò che la ragione esige per mantenere la comunicazione tra gli uomini anche per mezzo della legge. È diritto perché si traduce in una forma specifica dell'esperienza, non passeggera né locale; è diritto, se questo è il nome che va dato a ciò che consente ad un complesso di leggi di distinguersi da un qualsiasi dispotico esercizio del potere; è diritto, quindi, perché permette alla legge di combattere ogni forma di violenza nella vita sociale, sia uniformando i comportamenti, sia organizzando il confronto tra chi le obbedisce e chi segue una norma diversa», F. CAVALLA, *All'origine del diritto, al tramonto della legge*, Jovene, Napoli 2011, pp. 116-17.

sua misura e capacità⁵¹. Per questo il diritto – e in peculiare il diritto vigente – è una impresa collettiva che si realizza in una prassi condivisa: perché è già in sé, nella sua forma costitutiva – essere-*erga* – proprio questa relazionalità.

In questo orizzonte, mi pare possa rientrare anche quella peculiare declinazione della opponibilità che è la coercibilità del diritto: a tal punto è costitutivo dell'esistenza-vigenza del diritto il suo essere-*erga*, che esso non può trascurare nemmeno la modalità impositiva. Si potrebbe dire che la coercibilità – a differenza della mera violenza, che rifugge l'opposizione, e per questo può realizzarsi anche nella inconsapevolezza di chi la subisce⁵² – mostra che il diritto non è nulla se non laddove è preservata, fino al suo modo più rozzo ed estrinseco, la sua recepibilità. Non è la coercibilità a rendere possibile la vigenza del diritto, ma al contrario è la vigenza del diritto (la sua forma di esistenza) a renderne possibile la coercibilità.

9. *Dal vago al simbolico*

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte, vorrei soffermarmi, in chiusura, anche su di un ulteriore aspetto con il quale Mario Jori caratterizza il concetto di diritto di cui si serve il senso comune. Egli ribadisce a più riprese che si tratta di un concetto «fortemente indeterminato»⁵³ e che

⁵¹ Su questa forma cfr. F. CHIEREGHIN, *Possibilità e limiti dell'agire umano*, cit., pp. 93-94.

⁵² Cfr. su questo F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, in F. ZANUSO – S. FUSELLI (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Cedam, Padova 2004, pp. 1-100, in part. pp. 85-88.

⁵³ M. JORI, *Del diritto inesistente*, cit. p. 39.

proprio in virtù di questa incertezza nei suoi margini esso funziona in relazione alla peculiare pragmatica sottesa al linguaggio del senso comune, ben diversa da quella del linguaggio tecnico. Non mi pare vi siano motivi per mettere in discussione questa tesi. Ritengo però che essa fornisca un ulteriore spunto di indagine circa lo statuto del diritto.

«La elasticità e la vaghezza» dei concetti di senso comune, dice Jori, non sono né un accidente né un inconveniente, ma sono «una conseguenza della loro pragmatica», dal momento che «funzionano proprio perché sono (piuttosto) indeterminati»⁵⁴. Proprio questa loro elasticità, infatti, consente che il linguaggio si mantenga come strumento di comunicazione *mediante* il quale scambiarsi e comunicarsi opinioni diverse o, anche, controvertere, senza trasformarsi esso stesso in oggetto di una controversia che può portare, al limite, fino alla incomunicabilità totale.

Mi pare che si tratti di un'osservazione della massima importanza proprio laddove essa investe anche il concetto di diritto. Il non-ancora di determinatezza che caratterizza il concetto di diritto in uso nel senso comune, infatti, non è per nulla indice di difettività ma, al contrario, è proprio ciò mediante cui esso funziona al meglio rispetto al suo scopo. E ciò è tanto vero che, se si procede ad una più precisa e dettagliata opera di analisi, si incorre in un esito che ha una forte analogia con l'esame anatomico degli organismi, per condurre il quale «dobbiamo distruggere ciò che esaminiamo»⁵⁵.

Il fatto che di volta in volta i contorni del giuridico mutino, siano da rideterminare, non siano rigidi rispetto alle circostanze concrete e a chi se ne fa interprete, non fa che attestare che – almeno per il senso comune – il diritto è colto come una totalità dinamica, che si sviluppa nel tempo

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

e nelle situazioni date, ridefinendosi e rideterminandosi di volta in volta. In ogni suo punto ne va di se stesso, ed è in ogni singolo istante interamente in gioco.

Da questo punto di vista, mi pare che questo modo elastico, ma non per questo carente o imperfetto, in cui il significato di diritto è colto nel linguaggio di senso comune ne rifletta l'aspetto *simbolico*. È proprio del σύμβολον – della tessera spezzata – infatti, rinviare, nella sua concreta puntualità, a qualcosa che resta altro da esso e si sottrae tanto alla presenzialità immediata del dato, quanto alla completa indeterminatezza e arbitrarietà. In questo rinviare, oltre se stesso, sta tutta la precisione del simbolo, il quale prefigura così la possibilità di una pluralità di determinazioni che ne saturano di volta in volta la portata.

In tal modo, quella dischiusa dal simbolo è una totalità del significato che, pur sempre compiuta, non è tuttavia mai esausta, perché strutturalmente aperta, è sempre rimessa in gioco in ogni caso concreto ed è, quindi, nel suo intrinseco dinamismo, sempre disponibile a nuove possibili determinazioni: la totalità concretamente esistente di ciò che, nella sua puntualità, è anche sempre universale, καθόλον.