

Il diritto tra cultura e azione umana. Frammenti di antropologia del diritto.

Di Alessandro Pizzo*

1. *Diritto positivo.*

Il dibattito novecentesco (ma anche precedente al secolo scorso) relativo alla disputa tra un'*origine naturale* (anche: divina) e un'*origine convenzionale* (umana) del diritto¹ pone in evidenza alcuni elementi sui quali è bene tornare a riflettere onde evitare l'attuale atteggiamento irriflessivo tendente a considerare l'aspetto organizzativo delle società umane come il mero prodotto (*sic et simpliciter*) di equilibri omeostatici che i singoli ordinamenti giuridici sono in grado, in virtù del loro essere dinamici, di realizzare. Infatti, le cose non sembrano andare così semplicemente. In particolar modo, una strategia comunicativa del tipo appena accennato, ha il difetto di non render conto dello specifico rapporto che il diritto viene ad avere alla confluenza tra la cultura e l'azione di una determinata società, non mostrando così la natura antropologica che punto ogni diritto, al contrario, possiede. Intendiamo, dunque, con la presente, condurre alcune riflessioni, benché non sistematiche, sul fondamento antropologico del diritto: l'intersezione tra piano culturale (di elaborazione e/o applicazione) e il piano pratico per una data società (storicamente non identificata).

La risposta alla domanda "cos'è il diritto?", domanda convenzionale con la quale si suol iniziare qualsiasi indagine di filosofia del diritto², dovrebbe indurci a ripensare quella che è la differenza fondamentale tra la società umana e la società animale (se così può chiamarsi): il *dato culturale*. Infatti, la distanza che ci separa dalla dimensione prettamente (quando non solo) istintuale degli animali è correlativa al tempo che intercorre in noi uomini tra lo stimolo ambientale (quale che sia) e l'elaborazione di una risposta (sul piano comportamentale). *Tanto più* tale intervallo è ampio *tanto più* siamo lontani dalla civiltà delle pietre (del tutto insoddisfacente appare, infatti, il modello *comportamentista* in quanto dimentica che gli uomini, sebbene anch'essi *animali* non agiscono – *meccanicamente* - solo a seguito di uno stimolo ambientale, ma modulano il loro repertorio comportamentale a seguito di una deliberazione razionale e a seguito del rapporto esistente tra loro stessi e le reti di parentela o prossimità con i propri simili). Diciamo, in altri termini, che la civiltà è direttamente proporzionale all'intervallo intercorrente tra l'esposizione ad uno stimolo e l'elaborazione di una risposta³.

L'istanza all'organizzazione sociale, pertanto, corre parallela, se non in simbiosi, all'elaborazione culturale (quando cioè una data comunità riflette in maniera consapevole sulle forme del suo vivere, le quali, a loro volta, sono riflesse nei prodotti culturali), e tende per lo più alla sottomissione degli istinti, degli impulsi

* Alessandro Pizzo è Dottorando di Ricerca in Filosofia presso l'Università degli Studi di Palermo.

¹ La ben nota opposizione *giusnaturalismo vs. giuspositivismo*. V. Bobbio 1961; Scarpelli 1965 e Barberis 2003.

² Viola – Zaccaria 1999 p. 3.

³ Come scrive Lombardi Vallauri 1981 p. 383: «la cultura è precisamente *liberazione* dall'hic et nunc casuale in cui ci troviamo a nascere e a crescere (...) liberazione verso la completa maturazione dell'umano».

animali, comunque presenti nell'uomo, alle esigenze, alle ragioni istituzionali della comunità⁴. Prova ne sia l'etimo stesso di *communitas*: cum – munus; condivisione di doveri correlativi⁵. Infatti, il principio base in virtù del quale ogni singolo uomo sottomette la sua volontà allo scopo cooperativo della società (dato che in essa è prioritario sottomettere gli interessi o le volontà singoli alla dimensione esterna più vasta rispetto al medesimo scopo) è quello della *reciprocità* (anche: dell'eguaglianza nella ripartizione del rapporto *costs - benefits*) nelle procedure e nelle finalità in vista delle quali le stesse vengono messe in campo⁶.

In altre parole, il mandamento ad effetto di azioni singole, così come di azioni congiunte, ha luogo solo a condizione che *anche* gli altri facciano altrettanto⁷ (a questa condizione molti autori ne aggiungono un'altra consistente, in genere, nella necessità che tutti gli agenti impegnati nella medesima azione la intenzionino come quella più adatta al raggiungimento dello scopo comune, per il tramite di quell'azione, e dello scopo individuale, funzione dell'azione condivisa).

Il diritto non sfugge certo a tale dinamica: tant'è che uno dei principi fondamentali delle costituzioni occidentali è il quello di *uguaglianza* di trattamento (viceversa, il divieto che l'ordinamento ponga in essere arbitrariamente trattamenti sfavorevoli verso alcuni e trattamenti favorevoli verso altri; che vi sia, cioè, una sproporzione tra la diversità sociale di partenza e quella di arrivo, per il tramite del diritto, per parti date di una società) in virtù del quale gli unici casi in cui un governante è legittimato ad intervenire con l'utilizzo della forza è quando *o* si verifichi una rottura dell'equilibrio sociale, per via della commissione di un reato, *oppure* quando si intende sanare una grave, e perdurante, situazione di disparità sociale non giustificata dalla naturale differenza che connota gli uomini alla (e dalla) nascita⁸.

Lo studio (teorico) del diritto, quale anche il presente studio, benché non sistematico, dell'origine culturale dello stesso, s'inscrive in quella vasta e complessa area di studi che solitamente chiamiamo «scienze umane» (contrapponendole, per partito preso, alle scienze naturali, o «esatte») il cui compito «consiste nell'analisi dell'intersoggettività del senso conferito alle azioni (individuali e sociali) esperite soggettivamente»⁹. Ciò pone le premesse per analizzare il fenomeno (culturale) della società come luogo di produzione ed applicazione del diritto.

⁴ Fabietti – Malighetti – Matera 2002 p. 24.

⁵ Scrive al riguardo Pastore 2004 p. 201, «come condivisione di *munera*, come insieme di persone unite da un dovere, da un debito, da un *qualcosa da dare* agli altri, che obbliga nei loro confronti e che rinvia alla «mutualità» e ad un impegno di donazione reciproca».

⁶ In genere, la coordinazione delle azioni dei consociati avviene all'interno della cornice statutale. Importante appare allora quanto dicono Pastore 2004 p. 208: «lo Stato agisce per mezzo di un diritto che è l'insieme delle regole formali della coesistenza» mentre Lagarre 2004 p. 277: «lo stato è il complesso gruppo di persone, famiglie e altre associazioni la cui spontanea interazione viene completata da una coordinazione autoritativa esercitata da un governo che dirige il gruppo verso un obiettivo – il «bene comune politico» - mediante norme e istituzioni chiamate, in modo sommario, «diritto». Si tratta, dunque, di una comunità giuridicamente organizzata, con un governo e con delle leggi»

⁷ La *coordinazione* delle azioni deriva dalla condivisione tra esseri umani del principio di *reciprocità*; quando, cioè, due o più agenti umani (perciò, supposti essere *razionali*) riconoscono reciprocamente le intenzioni, i valori, le ragioni dell'altro rispetto alla società, aspettandosi un comportamento corretto di conseguenza (*fair play*).

⁸ Emblematico è tale principio, dall'indubbia origine culturale, che trova realizzazione (p.e. nel caso dei *diversamente abili*) nella nostra Costituzione ove si afferma senza mezzi termini che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli (materiali e formali) al pieno sviluppo della persona umana.

⁹ Di Bernardo 1983 p. 13.

La società, non perché solo una collezione di uomini ciascuno dei quali diverso dall'altro (o, collezione di azioni l'una distinta, quando non irrelata, dall'altra), ma perché intenti a conseguire scopi comuni (altrimenti non si darebbe società alcuna) si caratterizza per i proprio *manufatti* i quali contengono in sé gli elementi caratteristici di quella società¹⁰ (in molti casi, infatti, si parla, in merito a reperti del passato, in termini di *vestigia del passato*. Ovviamente, il paragone calza anche nel caso di civiltà tutt'ora esistenti, non per forza appartenenti al tempo passato). In altri termini, è possibile cogliere analogia, se non corrispondenza, tra *societas* e *cultura*. Infatti, la società è un dato tipo di relazioni umane (o di pratiche, condivise o non, tra uomini) mentre la cultura è il tutto dell'esistenza umana¹¹: (quindi anche) la trama dei rapporti giuridici nella ripartizione (eguale e correlativa) di diritti e doveri.

Prendendo in prestito un lessico molto adoperato nella filosofia contemporanea, rispetto al quale comunque è possibile cominciare a intravedere i segni del *deficit* di utilizzo, diciamo che la società umana è un *gioco* tra i membri della stessa (i giocatori) secondo due tipi (principali) di regole: *costitutive* (quando pongono in essere una data pratica); e, *regolative* (quando regolano il corretto funzionamento della medesima pratica)¹². Giocare il gioco della società (anche linguisticamente parlando¹³), allora, vuol dire dar luogo a date pratiche, le quali sono culturalmente segnate (e condizionate)¹⁴.

Il diritto è certamente una pratica umana, e, in quanto tale, è culturalmente determinato (ove, naturalmente, l'aggettivo non rende giustizia al rapporto non deterministico – in nessun caso - che si realizza). Infatti, essendo il nostro un *diritto positivo*, cioè posto in un tempo e in uno spazio ben precisi, la dinamica *normografica* comporta il suo essere pregno della cultura entro il quale (e in vista del quale) viene prodotto¹⁵.

2. Principi (culturali) del diritto positivo.

Pensare il diritto vuol dire, quindi, rintracciare gli elementi culturali che lo pongono in essere (il che equivale a: gli elementi culturali che, in forza di certi principi, pongono in essere, perché lo rendono possibile, il diritto).

¹⁰ Un esempio è certamente costituito dai luoghi dedicati alla sepoltura dei defunti che è sempre presente da civiltà a civiltà, ma la particolare modalità in cui si esplica esprime la maniera in cui la data civiltà (cultura) intende quel momento della vita individuale e/o collettiva. Infatti, gli antichi cremavano i cadaveri, altre civiltà li inumavano, altri ancora li gettavano in mare e così via. Il *come* viene tratta questa pratica esprime l'elaborazione culturale di una civiltà intorno alla morte e a quanto ne consegue. Ciò vale, ovviamente, per altre pratiche umane, non solo per il trattamento dei defunti.

¹¹ L'antropologia, infatti, considera la *cultura* come il tutto della dimensione umana: Fabietti – Malighetti – Matera 2002 p. 25.

¹² Carcaterra 1979 p. 19 e sgg.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Dato anche che, antropologicamente parlando, realizzare certe pratiche è il *medium* di concretizzazione di date concezioni simboliche. Si può, allora, anche dire che il diritto abbia una struttura simbolica, che sia un apparato simbolico di una data comunità. Infatti, Di Bernardo 1983 p. 15: «l'azione, pertanto, implica le nozioni soggettive di scelta, responsabilità, senso, convenzione, evidenza, possibilità, fine, regola, intenzione, motivi, valori, norme, ecc. L'azione è esplicabile solo attraverso i contenuti di coscienza dell'agente che sono legati alla sua visione del mondo».

¹⁵ Di Lucia 1995.

Una cultura si caratterizza per il fatto che i suoi elementi costituenti (usi; costumi; abitudini; convenzioni; sistemi simbolici; credenze religiose; etc.) assumono la forma dell'immobilismo (visti sull'asse della breve durata) in quanto tende a trasmettersi, a perpetuarsi, restando dunque stabile, nel tempo. La cultura corrisponde al significato che l'uomo vi assume, ogni prodotto culturale reca le tracce dell'immagine di uomo che in essa è stata elaborata e trasmessa ai posteri (in questo senso solo si parla di *immagine antropologica*), benché, ovviamente, una cultura né è immobile né è stagna rispetto alle ibridazioni, alle contaminazioni, allo scambio (anche simbolico) che sempre avviene tra culture¹⁶.

Lo stesso rendersi conto di questi meccanismi diventa parte della cultura di una data comunità¹⁷. Rendersi conto dei meccanismi del diritto positivo, certo non alieno, come invece avrebbero voluto i giuspositivisti, dai valori¹⁸, vuol dire individuare i (alcuni dei) principi (la cui essenza è, ovviamente, non soltanto stipulativa, ma anche *culturale*, legata, cioè, a dinamiche che non possono essere sempre controllate consapevolmente e monisticamente) che ne stanno alla base.

La polemica tra Socrate e i sofisti, ad esempio, riguardava *proprio* lo Stato, riguardava *proprio* il diritto: trattasi *solo* di una convenzione o di qualcosa di più? Se espressione di una certa cultura non può che essere più della mera stipulazione convenzionale (o contrattista), è specchio, a tratti però non veritiero o non terso, della cultura della comunità produttrice dello stesso (dall'altro lato, il diritto non è solamente ripetizione costante nel tempo di istituzioni liberamente costituite da parte di agenti razionali, altrimenti non verrebbe ad esservi alcuna distinzione tra le *leggi umane* e le *leggi naturali* essendo, le une come le altre, caratterizzate da una, insoddisfacente dal punto di vista normativo, regolarità osservabile).

L'essere diritto *posto* vuol dire che è un diritto culturalmente determinato. Ovvero, prendendo a prestito alcuni concetti dell'antropologia culturale, il diritto è *sempre* il diritto di una comunità, è uno dei vari diritti presenti sulla terra. Il valer per una sola comunità fa sì che abbia un'importanza relativa a questa¹⁹. In ciò anche potrebbe distinguersi dalla morale la quale ha la pretesa di poter fondare una legislazione

¹⁶ Talvolta, volendo restare vicini all'attualità dei nostri giorni, è segno della contaminazione culturale l'agire in modi (p.e. la "manifestazione") che non sono propri del ceppo di origine ma della cultura entro la quale si vive. Il riferimento va alle manifestazioni compiute da islamici contro le cd. *vignette* presso le società occidentali, appropriandosi di dinamiche della lotta politica (e civile) che appartengono alle comunità ospitanti. Il paradosso che ne scaturisce è il seguente: si utilizzano elementi culturali estranei per difendere un'identità (o, omogeneità nei cui confronti ci si sente in dovere di battersi) culturale.

¹⁷ Altrimenti non si avrebbe avuto la costituzione nel XIX sec., da una costola dell'*evoluzionismo*, dell'*antropologia culturale*.

¹⁸ Scarpelli 1965 e 1982.

¹⁹ Tant'è vero che non è sufficiente parlare di diritto così *in abstracto*, ma lo si cala sempre dentro *ordinamenti* particolari, che sono poi il modo culturale di vivere quel diritto, e che si differenzia da società a società.

*universale e necessaria*²⁰, ignorando che, invece, tale legge potrebbe valere solo (al massimo) per la comunità che ospita chi l'ha pensata²¹.

La collocazione spazio – temporale dei diritti esprime tutta la difficoltà a far valere le *dichiarazioni dei diritti dell'uomo e del cittadino*, per esempio, dal momento che possono andare bene (sia pure sulla carta, senza concretizzazione alcuna) solo per certe culture, e non per la globalità del pianeta, ove cambia la concezione di uomo, ove manca accordo sugli scopi, le finalità, i mezzi del diritto²². Anche ove si sostenga un'origine naturale del diritto, quest'ultimo (a dispetto delle attese) viene posto dagli uomini, è *diritto positivo*, convenzione umana (sia pure a precise condizioni) alla confluenza tra cultura di sfondo e piano dell'azione umana.

Il contemporaneo problema della *cittadinanza* prende le mosse proprio dalla considerazione della disomogeneità delle culture (insieme all'aumentata richiesta da parte della società civile di diritti)²³, in special modo occidentali, e dalla situazionalità del diritto corrispondente, che non va bene anche per comunità ospiti le quali, per difendere la propria identità, fanno ostilità culturale, presentandosi come fortemente aggregati e culturalmente (secondo la cultura di origine loro propria) “puri” (laddove, invece, al contrario, sono tutt'altro che privi di *ibridazione*)²⁴. Il problema delle società multietniche è dato dalla difficoltà di adattare il diritto ad una comunità meticciasca, ove il diritto va bene per una parte, sia pure considerevole, della comunità, ma non per tutta. Anzi, spesso questi gruppi fanno valere in maniera categorica (non mediata) la loro differenza, producendo sovente incomprensioni²⁵. Una tendenza che, per molti aspetti, sembra confermare l'idea sostenuta negli ultimi decenni di una crisi dello *stato nazionale*²⁶, intendendolo come cornice statutaria di una (sostanziale) omogeneità culturale.

D'altra parte, a dispetto della sua tendenza all'immobilismo (e di chi la vorrebbe far valere quale monolitica nella sua differenza da quella dominante), la cultura non è asettica, ma sempre aperta agli scambi, alla contaminazione, all'ibridazione.

²⁰ Capostipite di questa idea è Kant 1788 § 7 52 - 54 (vers. It. 1997 p. 65). In realtà, anche Kant è debitore di quella cultura entro la quale prende le mosse e senso il progetto illuministico, cui si lega l'idea stessa di *critica*, fondato sulla nozione di *ragione* universale, comune, cioè, a tutti gli abitanti della Terra. A quel tempo, infatti, ancora non era stata fondata l'antropologia culturale.

²¹ In ciò si potrebbe dire consista l'errore kantiano: la massima dell'azione può valere quale legislazione universale solo se tutti gli abitanti della terra la pensassero allo stesso modo, solo se condividessero la medesima tavola valoriale, solo se avessero lo stesso apparato simbolico.

²² Questo è uno dei limiti principali del progetto politico della cd. *esportazione della democrazia*: tutte le culture umane condividono il medesimo concetto di *governo del popolo*? Eppure, sembrerebbe che una idea simile, ma forse non nei medesimi termini entro i quali l'intendiamo noi, sia posseduta anche dalle altre culture. V. Sen 2005.

²³ Zolo 1999² e Habermas 2001.

²⁴ Questa constatazione prende le mosse dalla tensione, che è oramai osservabile presso qualsiasi società occidentale, espressa da Habermas 2001 p. 106 nella maniera seguente: «si acuisce così il contrasto tra i principi *universalistici* dello stato di diritto democratico, da un lato, e le *particolaristiche* pretese miranti a salvaguardare l'integrità delle proprie «forme di vita» consolidate, dall'altro».

²⁵ Infatti, scrive Pastore 2004 p. 189: «può la società odierna, complessa, differenziata, pluralistica, vieppiù multiculturale, coltivare il senso di un destino comune, assumere un orizzonte di valori condivisi, perseguire il bene comune? L'inevitabilità, per le democrazie contemporanee, della convivenza tra individui e gruppi che richiedono il riconoscimento delle loro identità specifiche, entro una dinamica spesso segnata da una visione strumentale delle istituzioni e dell'ordine sociale, funzionalizzati alla realizzazione dei vari fini particolari ed esclusivi, rende saliente la domanda».

²⁶ Per dirle à la Habermas 2001 p. 107: «oggi la forma classica dello stato nazionale appare in via d'estinzione».

In altri termini, il problema del nostro vivere associato non è dato dalla mancanza di un *lessico civile*²⁷, ma dal fatto che in misura maggiore rispetto al passato vale l'opposizione (non mediata, non sciolta) tra *comunità (Gemeinschaft)* e *società civile (Gesellschaft)*²⁸. Infatti, molto spesso i problemi sociali nascono dalla (o dalla mancata) non identità tra le due componenti della vita sociale, quando, cioè, le esigenze di una comunità vengono fatte valere, senza concedere alcuna mediazione o alcuno sconto, contro l'interesse della società, ovvero di una parte considerevolmente maggiore di uomini rispetto al numero degli stessi nella comunità²⁹ (questo è anche il caso delle *lobbies*, che influenzano la vita politica indirizzandone la regia verso esiti in gran parte estranei agli interessi comuni).

La stessa fonte comune dei due tipi principali di sistemi giuridici rende conto della natura (entro certi limiti) spontanea, perché culturale, del diritto: il costituirsi, da parte delle società, di accordi reciproci, di azioni che vengono portate a termine congiuntamente, il costituirsi di associazioni ed istituzioni, spesso in autonomia rispetto alla fonte legale del diritto che il Giuspositivismo vede nel primato della legge. Il modello del *case law* più che quello del *civil law* (ma anche quest'ultimo, sia pure in parte assai minore) rinvia al caso particolare della fonte del diritto negli *usi* che socialmente s'impongono, raggiungendo un grado di stabilità e ripetizione nel tempo, tale che da queste esperienze (più note durante il Medioevo, in assenza di legge statale, e di suo relativo primato³⁰) nel momento applicativo del diritto non si può prescindere³¹.

Ma la dinamica della fonti, evocata dal riferimento al "caso" (o precedente) che i *costumi (mores)* elevano a dignità normativa, impone il ravvisare la presenza di influenza culturale, quando non di *omogeneità*, di *continuità*, tra le pratiche di una data società e la sua cultura (vista come l'astrazione delle componenti comuni e caratterizzate da ripetizione costante nel tempo di una data comunità) di appartenenza (e di distinzione rispetto ad altre comunità/culture): infatti, innanzitutto e per lo più, le società occidentali, indi i correlativi diritti, distinguono, in ordine gerarchico, le fonti del diritto, tenendo debitamente conto del principio (culturale) del *governo delle leggi [Rules of Law]* e della distinzione, nella equiparazione, pur nelle differenti competenze, nel controllo reciproco, di poteri statali (*esecutivo; giudiziario; legislativo*).

La stessa costruzione per gradi gerarchici dell'ordinamento pensata da Kelsen (lo *Stufenbau*) esprime la cultura (non solamente giuridica³²) dell'illustre giurista; è, quindi, riprova del rapporto reciproco tra diritto e cultura (che raggiunge il suo culmine nell'idea di identità tra ordinamento giuridico e cornice statale). Se poi

²⁷ Zagrebelsky 1995.

²⁸ L'insistenza sulla caratteristica comunitaria della vita comune rinvia ad un'altra immagine antropologica di uomo nella quale prevale il concetto di *amicizia*, in luogo dell'attuale primato del *lavoro produttivistico*. Almeno così sembra affermare Lombardi Vallauri 1981 p. 431.

²⁹ Questo fenomeno assume caratteri inusitati, e ancora da valutare, nel caso delle *communities* che si formano su Internet.

³⁰ Tant'è che esisteva uno *ius commune*, in alcun modo scritto, convenzionale e tacito tra gli uomini.

³¹ La differenza tra ordinamenti di *common law* e di *civil law* risiede, rispettivamente, nella minore o maggiore influenza esercitata da parte della tradizione romanista (altra prova della connessione cultura – diritto rispetto all'azione).

³² Viola – Urso 1989.

s'intende il primo quale (un) tipo (particolarissimo) di *pratica sociale*³³ (*tecnica sociale coattiva*, in Kelsen) l'equiparazione è completa sotto il profilo teorico, ma lascia molto a desiderare sotto l'aspetto della concreta pratica dei giuristi.

La distinzione dei poteri, e delle rispettive competenze, in seno all'organizzazione del potere pubblico complessivo (Stato), esprime la cultura occidentale per la quale vigono i seguenti principi: (1) distribuzione equa dei poteri; (2) distribuzione equa dei diritti (*benefits*); (3) distribuzione equa dei pesi necessari al sostentamento della *res publica* (*costs*); (4) salvaguardia di un insieme coerente ed esaustivo di *libertà fondamentali*³⁴. Questi principi, grossolanamente indicati, rinviano, a loro volta, ad altri che sono rispetto ai primi delle particolari specificazioni onde rendere certe le loro esistenze (per Kelsen la validità di una norma non è cosa diversa dal suo fattuale esistere in un ordinamento), ma rendono visibile l'origine culturale dei principi dei nostri ordinamenti. Infatti, porre il diritto vuol dire intenderlo quale *medium* per conseguire certi effetti (p.e. i principi su indicati), vuol dire concepire il diritto metafora dell'organizzazione³⁵ che una società assume per tutelare una (data) immagine di uomo. Non il nichilismo, non lo statalismo, non l'individualismo sfrenato, ma un umanesimo della legge (meglio: delle leggi)³⁶.

Il diritto è positivo perché parte della cultura umana, perché una parte (forse la meno considerata, ma non la meno degna) del *tutto* della dimensione umana (la cui azione, quindi, non è possibile al di fuori del diritto³⁷; ragion per cui, ad esempio, è mal posta la questione *classica* della completezza dell'ordinamento³⁸).

3. Il diritto come produttivo di regole per l'azione.

Un atto, secondo la comune comprensione umana, è il risultato della pratica di un agente (supposto razionale). Un atto è giuridico nella misura in cui esiste una norma preesistente che lo rende possibile (*tanto* in positivo *quanto* in negativo). Non esiste un atto che sia giuridico in assenza di una norma cronologicamente già esistente. Il rapporto è, cioè, di produzione della fattispecie astratta da parte della norma. A seguito dell'interpretazione³⁹, la norma diviene una *regola* prescrivente un dato comportamento per un insieme (astratto, non personale) di destinatari⁴⁰, e comunque per tutti gli uomini (*erga omnes*) posti all'interno di un dato territorio (*territorialità*

³³ Viola 1990.

³⁴ Parliamo di *distribuzione* in quanto reputiamo modello di *giustizia* del sistema pubblico quello *distributivo*: Bobbio 1995.

³⁵ Ross 1994 pp. 119-134. anche: Mio, *Una possibile spiegazione di «normativo»*. *Lettura a partire dalla spiegazione di Ross*, articolo on – line su <http://mondodomani.org/dialegesthai/ap01.htm>; inserito su “Dialegesthai” 7 luglio 2005, ISSN 1128-5478.

³⁶ Viola- Zaccaria 1999 e Lombardi Vallauri 1981.

³⁷ Cotta 1979 e Ferrajoli 1970 p. 130.

³⁸ Ferrajoli 1970 p. 132.

³⁹ Guastini 1989; Betti 1990; Frosini 1990.

⁴⁰ Von Wright 1989 e Kelsen 1985.

giuridica), per i quali viene così previsto come *possibile* l'atto prefigurato nella norma (la cui esistenza è, dunque, subordinata a quest'ultima)⁴¹.

Agire vuol dire allora comportarsi in una data maniera prevista (in qualche modo) dalla regola. Infatti, non per forza l'azione umana deve essere corrispondente alla regola, ma può anche qualificarsi come *illecita* rispetto alla norma. Diciamo, allora, che l'opzione culturale del diritto fa sì che si possa parlare di *azione* (o *atti*) solo se esista una norma che predisponga il comportamento *così e così* (sia in positivo – *come è permesso agire* – sia in negativo – *come non è permesso agire* -). Circostanza questa nota ai giuristi del passato per i quali valeva la massima *nulla poena sine lege*.

Non, dunque, solo un comportamento previsto dalla volontà legislativa, ma un comportamento istituito dalla cultura della società in virtù della quale nozione l'azione è possibile perché parte delle pratiche rese possibili (volute; auspicate; desiderata; imposte; conciliabili con) dalla cultura. Predisporre regole per l'azione è, in altri termini, rendere possibile il comportamento umano (in una qualunque delle direzioni possibili: permesso o vietato). Ma la regola è opinabile. Infatti, la circostanza che sia *scritta*, tanto nei nostri codici quanto sulle XII tavole, non toglie che per essere effettiva (e, quindi, per esplicare i suoi effetti giuridici) vada interpretata⁴². Ma le norme sono vaghe⁴³, il diritto ha una *trama aperta* [*open texture*]⁴⁴, è soggetto alla produzione di sempre nuovo diritto (oppure all'integrazione, fenomeno più comune nella dottrina anglosassone).

Anche le regole, benché colte principalmente nella distinzione *constitutive* – *regolative*⁴⁵, sono a struttura aperta⁴⁶. In ragione di ciò, assurge a livello di diritto solo la regola la cui interpretazione goda di una certa regolarità, di una ripetizione osservabile nel tempo⁴⁷.

4. Cultura e azione: l'immagine antropologica.

Una cultura è anche produttrice di valori, di principi che poi s'intende, con più o meno successo, trasferire nella regolamentazione della vita sociale per via del diritto. Tali principi s'intendono quali schemi qualificanti di come dovrebbe andare la vita associata, di come ci si dovrebbe comportare, di quali scopi, fini, e, conseguentemente, quali azioni, realizzare⁴⁸. Se la cultura, come abbiamo già detto, è anche ripetizione dell'immagine di uomo elaborata, vissuta, da una data cultura, la regolazione dell'azione, da parte, del diritto, non fa altro che svolgere questa funzione

⁴¹ Ferrajoli 1970 pp. 125 – 130. problematico è, invece, la natura culturale di fenomeni, quali il *cyberspace*, privi di confini spaziali e per i quali viene meno l'assunto dell'equiparazione kelseniana territorio statale – diritto. V. Mangiameli 2000.

⁴² Guastini 1992.

⁴³ Azzoni 1990.

⁴⁴ Hart 1965.

⁴⁵ Leonardi 1983.

⁴⁶ Schauer 2000 p. 70.

⁴⁷ Che è il senso attribuito da von Wright 1989 pp. 38 - 53 al significato vago ed impreciso di «norma».

⁴⁸ Aspetto reso visibile nella dinamica di diritti *rights based*, ove s'intende tutelare i diritti *soggettivi* degli individui tramite il diritto *oggettivo*. Sulla distinzione tra forma e contenuto particolare degli ordinamenti v. Comanducci 1992. Invece, sull'aspetto principale delle nostre culture (giuridiche), per le quali vige l'assunto *lex sine iustitia*, v. Zagrebelsky 1992.

antropologica: perpetuare un senso ben preciso, che accomuna una globalità di uomini, dato alla domanda “perché l’uomo?”.

Ciò vuol dire anche che, rovesciando il malinteso principio alla base del giuspositivismo, il diritto non è tale in virtù del mero processo normativo, ma perché basato su ben precisi valori, su ben precisi ideali, su ben precise opzioni assiologiche, su una ben determinata cultura (benché, ovviamente, il prodotto culturale, perché prodotto, assuma in seguito una sua autonomia rispetto alla fonte e rispetto all’uso che simbolicamente di esso una comunità compie⁴⁹). I principi, cioè, vanno oltre i voti (la Costituzione, ad esempio, fissa un volta per tutte i principi di libertà e giustizia, elaborati dalla nostra cultura, sia pure dopo la tragica esperienza fascista, in modo tale che le sue garanzie non appartengano alla politica pur avendo funzione politica⁵⁰), non è la politica delle somme elettorali (o parlamentari), né l’idea di maggioranza depositaria dei principi, ma la cultura che li elabora.

Dar conto alle mutevolezze dell’opinione, ai mutamenti delle alleanze politiche, ai conflitti delle volontà, vuol dire realizzare quella *forma mentis*, o anche di azione, che è stata chiamata talvolta *crisi della ragione*⁵¹, talaltra *pensiero debole*⁵², e ancora *nichilismo*⁵³, specie nella sua variante giuridica⁵⁴. Affidarsi alla corrente non culturale, ma solamente volitiva, vuol dire dare corso alla teoria del *caos*, quella secondo la quale ogni realtà fisica, naturale o umana, tende al massimo del disordine. Inutile dire, invece, che la società umana non è una massa entropica ma un luogo di elaborazione simbolica. D’altra parte, la stessa invenzione di queste nozioni, nonché il loro utilizzo, rientra nel gran novero delle costruzioni che una società ad un dato momento storico mette in campo, per rispondere a date esigenze simboliche.

Infatti, nel dopoguerra, con la ripresa di una forte idealità, dopo i vari totalitarismi della «razza», del «sangue», del *Volk*, le culture occidentali hanno elaborato parecchi modelli relativi all’azione umana, con la pretesa, consapevole in alcuni e inconsapevole in altri, di spiegarne il senso⁵⁵, non cogliendo, però, il grosso delle volte, che l’istanza di senso si pone all’interno di una data rete simbolica la quale, ad un certo istante, avverte l’esigenza di dovere render conto di qualcosa che sfuggiva alla presa culturale.

Immaginare un diritto *rights based*, ad esempio, vuol dire soddisfare un’attesa simbolica di conferimento di maggior valore (e, dunque, senso) alle azioni umane. Come a dire: il diritto deve perseguire certi valori, e non limitarsi a garantire le procedure, sia pure di un sistema di *benessere* [*Welfare*]. Non è sufficiente, cioè, un diritto basato su un’idea (meccanica) di giustizia, ma si richiede, e perché è la cultura, non immobile ma in divenire, che lo stabilisce, un diritto basato su principi⁵⁶. Inutile

⁴⁹ Al riguardo, ad esempio, Caracaterra 1979 p. 109 parla dell’uomo nei termini di *animal symbolicum*.

⁵⁰ Zagrebelsky 2005.

⁵¹ Gargani 1979.

⁵² Rovatti – Vattimo 1995¹⁰.

⁵³ D’Agostini 2000.

⁵⁴ Irti 2004.

⁵⁵ Von Wright 1977 e Manninen – Tuomela 1976. Anche: Dancy 2000 e Tuomela 2000.

⁵⁶ Questa è, forse, la principale obiezione che il sapere filosofico rivolge al tentativo di *automatizzare* il meccanismo giuridico tramite l’informatica: il diritto non è solo procedure cieche (realizzabili anche da automi o macchine prive di

esplicitare che i termini della contesa qui sono Rawls e Dworkin, l'idea di una teoria (procedurale) di giustizia, bastevole (previa giustificazione e, quindi, argomentazione razionale) alle attese simboliche delle società occidentali, e l'idea di un primato dei principi, tali da dover esser *presi sul serio*, sui quali s'incentra la prospettiva antropologica delle nostre società.

Stabilire, *a monte*, il fondamento antropologico del diritto corrisponde, *a valle*, a determinare con esattezza il senso, nonché il modello o gli scopi, dell'azione per come viene prevista dal complesso delle norme del diritto.

BIBLIOGRAFIA

- G. M. Azzoni, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano, 1990.
- M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2003.
- E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, Milano, voll. I – II, 1990.
- N. Bobbio, *Giusnaturalismo*, Comunità, Torino, 1961.
- N. Bobbio, *Stato, governo società. Frammenti per un dizionario politico*, Einaudi, Torino, 1995¹⁵.
- J. Dancy, *Normativity*, Blackwell, London, 2000.
- G. Di Bernardo, *Le regole dell'azione sociale*, Il Saggiatore, Milano, 1983.
- G. Carcaterra, *Filosofia del diritto*, Bulzoni, Roma, 1996.
- G. Carcaterra, *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979.
- P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992.
- A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962.
- S. Cotta, *Perché il diritto*, La Scuola, Brescia, 1980.
- F. D'Agostini, *Logica del nichilismo*, Laterza, Roma – Bari, 2000.
- P. Di Lucia (eds.), *Normografia*, Giuffrè, Milano, 1995.
- R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1989.
- U. Fabietti – R. Malighetti – V. Matera, *Dal tribale al globale. Introduzione all'antropologia*, Bruno Mondadori, Milano, 2002.
- L. Ferrajoli, *Teoria assiomatizzata del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970.
- V. Frosini, *Lezioni di teoria dell'interpretazione*, Bulzoni, Roma, 1990.
- A. Gargani (eds.), *Crisi della ragione*, Einaudi, Torino, 1979.
- C. Geertz (1987), *L'interpretazione di culture*, Il Mulino, Bologna, 1994.
- R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992.
- R. Guastini, *Enunciato normativo, interpretazione, norma. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in A. A. Martino (eds.), *Sistemi esperti nel diritto*, CEDAM, Padova, 1989, pp. 759 – 771.
- J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, Comunità, Torino, 2001.
- H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965.
- I. Kant, *Critica della ragion pratica*, Laterza, Roma – Bari, 1997.
- N. Irti, *Il nichilismo giuridico*, Laterza, Roma – Bari, 2004.
- S. Legarre, *La semantica dello Stato*, in F. Viola (eds.), *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 277 – 304.
- L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova, 1981.
- P. Leonardi, *Sulle regole*, Libreria Universitaria Editrice, Verona, 1983.
- A. C. A. Mangiameli, *Diritto e Cyberspazio. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.
- J. Manninen – R. Tuomela, *Essay on Explanation and Understanding*, Reidel, Dordrecht, 1976.

- B. Pastore, *Fiducia, comunità politica, Stato di diritto*, in F. Viola (eds.), *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 189 – 227.
- J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1982.
- A. Ross, *Tû – Tû*, in P. Di Lucia – U. Scarpelli (eds.), *Il linguaggio del diritto*, Led, Milano, 1994, pp. 119-134.
- U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982.
- U. Scarpelli, *Cos'è il Positivismo giuridico?*, Comunità, Milano, 1965.
- F. Schauer, *Le regole del gioco*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- A. Sen, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'Occidente*, Mondadori, Milano, 2005.
- R. Tuomela, *Ccooperation*, Kluwer, Dordrecht, 2000.
- G. Vattimo – P. A. Rovatti (eds.), *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano, 1995¹⁰.
- F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.
- F. Viola (eds.), *La cooperazione*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- F. Viola – M. Urso, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Giappichelli, Torino, 1989.
- F. Viola – G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma – Bari, 1999.
- G. H. von Wright, *Norma e azione. Un'analisi logica*, Il Mulino, Bologna, 1989.
- G. H. von Wright, *Spiegazione e comprensione*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
- G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005.
- G. Zagrebelsky, *Un lessico civile*, Introduzione a: P. Scoppola, *25 Aprile. Liberazione*, Einaudi, Torino, 1995.
- D. Zolo (eds.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma – Bari, 1999².