

DIRITTO, ETICA E LETTERATURA¹

di

Franca Menichetti

(Università degli Studi di Trieste)

e di

Domenico Corradini H. Broussard

(Università degli Studi di Pisa)

Abstract

The ethics wants an hospitable and mild law, in the prisons too. One of her fundamental principles is, in fact, the solidarity, that widens the fraternité as well as the égalité. The contrary of what happens in the Antigone by Sophocles, in the Merchant of Venice by Shakespeare and in Der Prozess by Kafka.

*La storia non è poi
la devastante ruspa che si dice.
Lascia sottopassaggi, cripte, buche
e nascondigli. C'è chi sopravvive.*

E. Montale, *La storia II*,
in *Satura* (1971)

I. Lily Briscoe.

Dare alle stampe alcuni nostri pensieri sul diritto e l'etica e la letteratura: mette quasi paura. Ma *Las Leys d'Amors*, redatte dapprima a Tolosa nel 1341, mi consolano. Perché uno stesso scopo ci muove: «vivere in gioia e allegria e fuggire ira e tristezza, nemiche del gay saber». E poi una speranza: un giorno qualcuno riprenderà in mano questi pensieri, per lavorarli daccapo come si lavora il legno con la sgorbia. Sul cavalletto, un quadro incompiuto può rimanere anche per dieci anni. Non è

¹ *Alla memoria di Francesco Gentile*. Di Franca Menichetti sono i paragrafi 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 15, 17, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29. Gli altri, di Domenico Corradini H. Broussard. La *Bibliografia essenziale* è di entrambi. [DCHB ringrazia FM anche per prima].

vero, Lily Briscoe?

«Dieci anni prima, sedendo in quel medesimo posto, aveva notato nel damasco della tovaglia il disegno d'un virgulto, d'una foglia in un momento d'illuminazione. Aveva allora da risolvere un problema circa il primo piano d'un quadro. Aveva capito di dover trasportare l'albero verso il centro. Il quadro era rimasto incompiuto. L'idea di esso aveva bussato alla sua mente per tutti quegli anni. L'avrebbe dipinto questa volta».

II. Il silenzio nel sapere.

Sul diritto e l'etica e la letteratura, qui alcuni pensieri pensati in solitudine e tra noi discutendo o a lezione o nei seminari o con amici. Talvolta il modo in cui le cose si pensano e si dicono conta più del modo in cui si scrivono e si riscrivono per la pubblicazione. Talvolta c'è maggiore sofferenza nel pensare e nel dire che nello scrivere e nel riscrivere.

Sulla pagina il «minus dicere» slarga gli spazi della fantasia. E consente a chi scrive di mantenere il silenzio

sulle cose che al momento non ritiene opportuno dire, o perché ancora indicibili o perché ancora chiuse nella capacità di pensare tutto il possibile. E di sognarlo, come il pescatore non giovane, Santiago, che in Hemingway di notte sogna nella sua capanna in cima alla strada del mare: «Il vecchio sognava i leoni».

III. Fonti su fonti.

Sono trascorsi tanti anni da quando abbiamo preso l'abitudine di scrivere basandoci sulle fonti, senza citare nel testo e | o nelle note le metafonti. Che sono citate per esteso solo nella *Bibliografia essenziale*.

Volete un libro su Nietzsche o su Croce, su Vittorio Emanuele Orlando o su Santi Romano? Di buon grado. Ma non chiedetemi, per delicatezza, di riferire le opinioni di coloro che prima di me si sono interessati a Nietzsche o a Croce, a Vittorio Emanuele Orlando o a Santi Romano. Non chiedetemi, per delicatezza, un capitolo sullo «stato della dottrina»: genere letterario ancora in voga.

Fedele al dialogo e all'etica del dialogo, preferisco l'uso delle fonti all'uso delle fonti su fonti. Il succo d'arancia è buono se non è diluito con l'acqua. Una stanza è bella

se i mobili sono pochi. Tra un'allungatoia e una scorciatoia, la seconda.

IV. «Hic Rhodus».

C'è un'arte ben conosciuta da Nietzsche, e di cui Nietzsche era maestro. È l'arte di «danzare in catene».

La danza è la danza. Le catene sono le catene. La danza sta nei liberi movimenti del corpo.

Le catene stringono e costringono. Per danzare in catene ci vuole un'abilità superiore a quella del funambolo. Se non mette un piede in fallo, il funambolo procede sulla corda tesa. Chi danza in catene si trova fin dall'inizio in estrema difficoltà. Fin dall'inizio vive in un contrasto, e solo grazie a questo contrasto vive: il contrasto tra libertà e costrizione. Spesso accade che l'etica contrasti con il diritto e l'economia, che la libertà dell'etica contrasti con la costrizione del diritto e dell'economia.

Chi danza si libera allora dalle catene. E non danza su una corda tesa. Danza su una virgola di cielo. E il cielo è il suo mare.

V. Los, Sol e l'interpretazione delle leggi.

All'origine era il dialogo. Urizen e Los. E Los si capovolge in Sol, nel sole che rischiara e lascia vedere le differenze. Questo si può forse aggiungere alla mitologia in poesia di Blake.

Dire e contra-dire: nella cultura non c'è altro mezzo per vivere. Dire e dire-contro: è l'unico mezzo per non morire di conformismo. Dialogare in modo disuguale: è il rimedio alla pigrizia dell'intelletto, via aspra della liberazione. Anche sulle leggi si dialoga in modo disuguale. Il giurista deve possedere il sentimento della possibilità. Deve rendersi conto che la sua argomentazione, lontana dalle prove dimostrative un tempo in auge tra le scienze ritenute esatte, è una delle tante possibili argomentazioni, uno dei tanti mezzi per interpretare le leggi, con un'opera simile a quella dello storico e dell'aedo. Le leggi non hanno una sola voce. Non sono monofoniche ma polifoniche. Ogni storico le narra e ogni aedo le canta con il proprio timbro.

Se l'inadempimento dipenda da una causa non imputabile al debitore: questo non è

solo un fatto da accertare in termini ontici, ma è anche un fatto da accertare in relazione alla qualifica che ne dà la legge. Ed è appunto tale qualifica che va interpretata.

VI. Il caruso, il fresatore e il lavoro che si compra e si vende.

Complice il diritto, spesso tra la disattenzione dei giuristi che non di rado si danno all'avvocatura per spogliare i vivi come i becchini i morti, vanno poveri che da poveri sorridono.

Codici alla mano, norme innalzate a comandamenti di un feticcio, sepolto il buon senso durante la lunga agonia del diritto naturale, il padrone della solfara siciliana cosa chiedeva di diverso al caruso di quel che chiedesse alla bestia da soma che avrebbe dovuto trascinarli il carico? Il caruso era un caruso e la bestia da soma una bestia. L'uno e l'altra gli servivano per le energie che possedevano. E se non le possedevano, non facevano per lui.

E c'era differenza tra l'esame medico a cui l'imprenditore assoggettava il fresatore prima di assumerlo in servizio e l'esame del veterinario a cui l'acquirente assoggettava il cavallo prima di pagarne il prezzo?

E quando vi sembrò che la *locatio operarum* nascondesse una *locatio hominis*, con delicatezza, Signori, avete provveduto. Con un semplice cambiamento di nome al contratto di lavoro. Non più la locazione, che sa di inquilino muffito e magari è un Kafka o un Gide o un Joyce, bensì la compravendita: e questa è una compravendita di energie muscolari, mangiate e diventate robusti, avrete un miglior salario se più instancabili sarete nel cottimo.

VII. Né Lazzaro né il Principe Amleto.

Il principio fondamentale di ogni processo giusto è il principio del contraddittorio, il «rito» del contraddittorio. Fondamentale, nel senso che ne è il fondamento. E se il fondamento crolla, crolla l'intero edificio. Si tratta di un principio che è prima etico e poi giuridico: giuridico in quanto etico. Come il divieto di uccidere. Come il divieto di non adempiere le obbligazioni. Come il divieto di arricchirsi senza causa, tant'è che la *locupletatio* per questa via conseguita è qualificata *iniusta*.

Solo che il «rito» non basta: è necessario ma non sufficiente. Quale metodo

garantistico di ogni processo giusto, non assicura infatti di per sé che ogni processo si chiuda con una sentenza giusta. Non c'è sentenza che, pur emanata secondo il «rito» del contraddittorio, non possa essere nel «merito» riformata in successivi gradi di giudizio. Non c'è sentenza che non possa rimanere o diventare ingiusta nel «merito» dietro la lastra tombale della «cosa giudicata», da cui nessun Lazzaro è mai risorto per dichiarare e dimostrare la propria innocenza.

Dietro quella lastra tombale non c'è il Lazarus di Eliot: «After the cups, the marmalade, the tea, | Would it have been worth while, | To have bitten off the matter with a smile, | [...] | To say: "I am Lazarus, come from the dead, | Come back to tell you all, I shall tell you all"». Né di Eliot il Prince Hamlet: «Am an attendant lord, one that will do | To swell a progress, start a scene or two, | Advise the prince; no doubt, an easy tool, | Deferential, glad to be of use, | [...] | At times, indeed, almost ridiculous – | Almost, at times, the Fool». Dietro quella lastra tombale, in eterno stordimento e in eterno sonno, a volte è sepolta l'ingiustizia. Il principio del contraddittorio, quale metodo garantistico di ogni processo giusto, non assicura di per sé che ogni processo si chiuda.

VIII. Il processo giusto e la sentenza giusta.

Il principio del contraddittorio, essendo espressione del diritto inviolabile alla difesa, diventa esso stesso un principio inviolabile. Se violato, i diritti dell'uomo sono violati. A sua volta, il diritto inviolabile alla difesa è diritto inviolabile a una sentenza giusta. E quando la sentenza non è giusta, i diritti dell'uomo tornano a soffrire.

Anche al tiranno più spietato, che ha fatto strage dei suoi avversari politici considerandoli nemici personali, non è consentito negare il diritto di difendersi in contraddittorio con chi lo accusa. Anche lui, che pure ha disconosciuto l'altrui umanità e non ha rispettato l'altrui diritto alla vita, ha il diritto umano a un processo giusto e a una sentenza giusta. E solo il processo giusto e la sentenza giusta lo reintegrano nella comunità degli uomini, dalla quale si era allontanato ritenendola *unmenschlich*. Sarà condannato. Ma proprio con la condanna giusta sarà reintegrato.

IX. La pena, dal valoriale in potenza al valoriale in atto.

«Feci al mio canto un mantello | coperto con ricami | di antiche mitologie | dalla

testa ai piedi. | Ma gli sciocchi lo presero | e lo indossarono agli occhi del mondo | come l'avessero cucito loro. | Mio canto, lasciaglielo tenere, | c'è più intraprendenza | nel camminare nudi». Così Yeats.

«Nudi», senza arma alcuna, gli uomini della mitezza. E infatti i *Menschen*, a torto giudicati *Unmenschen*, non possono rispondere al torto con il torto. Non possono giudicare *Unmensch* chi li ha giudicati *Unmenschen*. Altrimenti non restano che il linciaggio di piazza e i roghi sulle piazze e la farsa dei processi sommari. E farsa è ogni processo che non sia a cognizione piena, perché la cognizione abbreviata è una pseudocognizione.

Non c'è reo che non abbia diritto alla sua pena, «un *diritto posto nel delinquente* stesso, cioè entro la sua volontà *essenteci*, entro la sua azione», un diritto per cui «il delinquente viene onorato come essere razionale» e non considerato «come animale nocivo, che sia da rendere innocuo»: insegna Hegel. E il diritto alla pena non è forse, tanto sotto il profilo etico che sotto il profilo giuridico, un diritto umano? Lo è. A tal punto da esigere che la pena non consista nella morte. Lo è. A tal punto da riconfermare l'umanità del reo. Lo è. A tal punto da riconfermare che tra tutti gli *ón*ta l'uomo è l'unico *ón* del quale non è consentito dubitare che abbia *axía*.

L'ontico è *dýnamis*. È valoriale in potenza. L'uomo, anche quando soggiace alla pena e specie perché soggiace alla pena, è valore in atto: nel senso che gli si deve rispetto. È valore che nell'attuarsi non si consuma. È valore che di continuo si attua. È valore che di continuo attuandosi si supera nell'automovimento.

Rivendicare il diritto alla pena è rivendicare il diritto a conoscere il proprio valore e a sollevarlo a grandezze inesplorate. Meritare una pena non sempre vuol dire torturarsi con disistima nel castigo dopo il delitto. Vuol dire che chi sconta una pena sente spesso di meritarsela. E sentendo di meritarsela, riacquista la stima che gli sembrava d'aver perso e si rivela meritevole dell'altrui stima. Purché si renda conto che le ragioni addotte dinanzi al giudice per difendersi, e così sfuggire alla pena, erano ragioni infondate.

X. Congetture e confutazioni.

Contro la congettura contenuta in punto di fatto e di diritto nell'atto di citazione il convenuto, se non contumace, si costituisce con una confutazione in punto di fatto e di diritto. Si costituisce per rispondere. Donde, appunto, l'atto di costituzione e

risposta.

Il processo civile non comincia invero con l'atto di citazione. L'atto di citazione non è che un presupposto perché il processo civile cominci. Il processo civile comincia con l'atto di costituzione e risposta e prosegue nella sua pienezza con la prima udienza e con le successive, quando dinanzi al giudice si instaura il contraddittorio e il giudice è messo in grado di valutare le prove addotte a sostegno delle congetture e delle confutazioni delle parti.

La stessa riflessione, adattandola, vale per il processo penale.

Il processo penale non comincia con l'atto di denuncia-querela e con la conseguente iscrizione nel registro degli indagati del presunto soggetto attivo del reato. Comincia col contraddittorio. Comincia già con l'eventuale controquerela per calunnia presentata dall'indagato, che instaura una forma di contraddittorio. E prosegue nella sua pienezza, nella pienezza del contraddittorio, con il dibattimento.

XI. Quando il diritto processuale viola la Costituzione.

Il decreto ingiuntivo e il decreto penale di condanna, poiché pronunciati *inaudita altera parte*, violano il principio del contraddittorio. Violano la Costituzione che come necessario lo prevede. Ed è solo una *fictio iuris* sostenere che in questi casi il contraddittorio è assicurato da un contraddittorio differito. Il giudice non può differire il contraddittorio. E non può affidare il differimento all'iniziativa delle parti. Deve pronunciarsi sul contraddittorio tra le parti. Non in sua assenza, né in contraddittorio con le parti. Non deve pronunciarsi nel vuoto che le parti lasciano quando non interloquiscono. Se il destinatario del decreto ingiuntivo o del decreto penale di condanna non si oppone, i relativi provvedimenti risulteranno emanati senza contraddittorio.

Il diritto processuale, che è figurazione in *miméseis* e in *mythoi* di un fatto che è sprofondato nell'*eventum* e che rivive come *inventum*, non ha bisogno di immaginazioni.

XII. Sul contratto e sull'atto amministrativo.

Perché un contratto sia valido ed efficace, occorre seguire un determinato procedimento: la proposta, l'accettazione che sia conforme alla proposta, la forma

scritta se richiesta a pena di nullità, la non contrarietà a norme imperative e all'ordine pubblico e al buon costume, l'assenza di vizi del consenso, l'equilibrio del sinallagma tra prestazione e controprestazione, un equilibrio che deve durare dall'origine fino all'attuazione del rapporto obbligatorio.

Perché si ottenga un valido ed efficace provvedimento amministrativo, ancora una volta occorre seguire un determinato procedimento: la richiesta motivata a termini di legge, la concessione emanata a termini di legge dagli organi competenti senza abuso o sviamento di potere.

XIII. A testa alta.

In caso di illecito, il diritto diventa procedimento giudiziario. E l'autore dell'illecito ha un inviolabile diritto soggettivo a comparire nel procedimento giudiziario. L'etica comanda che chi compare nel procedimento giudiziario, vi compaia con dignità e onore, non con il capo chino ma in posizione eretta.

Traduce bene Hegel «in iudicio stare»: stare in giudizio «con i piedi», cioè in piedi o sui piedi, «an den Füße», a testa alta. Chi non sta a testa alta, si umilia fino al disprezzo di sé o è confuso, è in preda al panico o è preda di pulsioni distruttive che non domina.

XIV. Per il geodiritto.

Quando il Cháos uscì di scena, si instaurò il Kósmos. E con il Kósmos, la stella di Díke trafisse i cieli. A Díke appartengono da sempre i diritti dell'uomo. Che giustizia sarebbe mai quella che non riconoscesse i diritti dell'uomo e li schernisse come farfalle innascibili da crisalidi in bozzoli di seta? Díke non è il fondamento su cui Thémis si erge. Díke è fondativa di Thémis nell'istante in cui fonda se stessa.

E perciò merita che le si dica, come nella Pentecoste: «Flecte quod est rigidum, | fove quod est frigidum, rege quod est devium».

Non diritti soggettivi con nessun diritto oggettivo o con un diritto oggettivo che li contiene e tuttavia non li serra in amalgama, ori e argenti da una parte e mercurio dall'altra, mandorle vaganti in malli, sono i diritti dell'uomo. Il geodiritto, non i diritti nazionali né il diritto internazionale e né il diritto cosmopolita con la sua «federazione di popoli» che popoli rimangono in Stati differenti, li stringe in

concordia.

Nei diritti nazionali, soggetti sono i cittadini. Nel diritto internazionale e nel diritto cosmopolita, soggetti sono gli Stati. Nel geodiritto, soggetti sono gli uomini.

XV. Per «i più poveri dei poveri».

Nel giardino delle libertà inviolabili, che l'ordinamento geogiuridico è chiamato a garantire contro l'economia dei potenti, niente cardi e niente rose: solo fiori di campo, solo bacche tra erbe per il diritto alla vita non indigente, per la vita del diritto nella sua etica verità, solo crisantemi per l'economia della globalizzazione, dove per successione ereditaria le generazioni ricche ricevono ricchezze e le povere povertà, dove Tribunali Speciali condannano senza ascoltare gli imputati e li mandano alle galere o ai manicomi giudiziari con le lingue tagliate, con le parole a difesa arrestate su labbra tremanti.

Per «i più poveri dei poveri», come li chiamava Madre Teresa di Calcutta, accolga il diritto l'eticità dei diritti dell'uomo e li renda diritti positivi e li munisca di tutela se violati.

XVI. Il «sentimento della verità».

Si chiede Nietzsche: «Che cos'è dunque la verità?». E risponde: «Un mobile esercito di metafore, metonimie, antropomorfismi, in breve una somma di relazioni che sono state potenziate poeticamente e retoricamente, che sono state trasferite e abbellite, e che dopo un lungo uso sembrano a un popolo solide, canoniche e vincolanti: le verità sono illusioni di cui si è dimenticata la natura illusoria, sono metafore che si sono logorate e hanno perduto ogni forza sensibile, sono monete la cui immagine si è consumata e che vengono prese in considerazione soltanto come metallo, non più come monete».

L'uomo è così costretto a mentire. Mente «incoscientemente e per una abitudine secolare». Ma «proprio attraverso questa incoscienza», giunge al «sentimento della verità». Anzi, alla sua verità.

XVII. Il vento della dimenticanza.

Il monito di Calamandrei nel 1956: «Andiamo [...], lavorando affinché ogni italiano, fino all'ultimo pescatore di Partinico, sia messo in condizione di provare la soddisfatta fierezza di sentirsi una persona umana». E ancora: «la Resistenza non è finita, ma solo ha cambiato volto: da lotta mortale sulle montagne, è diventata legge di ordinata convivenza civile e permanente programma politico».

Prima di questo monito, e prima della Resistenza e della Costituzione, a Melissa la morte colpì per mitragliette umili braccianti in lotta per la terra, sudore di vanga. Morti che ancora parlano. E ci dicono della vita, della loro e della nostra. E ci stringono al patto etico: attuare, prima di trasformare, la Costituzione repubblicana, attuarla per il geodiritto e non per il semplice diritto comunitario che europeo rimane tanto nell'Europa delle Patrie che nella Patria Europea, entrambe *dimidiata opera*.

In quanto «testamento spirituale di centomila morti», la Costituzione ha indicato e ancora indica le vie da percorrere per garantire e rafforzare, contro il capitalismo spesso paradossale, la partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale dello Stato e della società civile.

Dal 1956 a oggi, tanti e tanti anni. E a volte anni non passati senza il vento della dimenticanza. E con la dimenticanza del «pescatore di Partinico».

XVIII. «Hic salta».

Aratri e frumento sulla collina, cultura contadina, anima di falegname che l'ha tenuto in fame, smagrito dalla storia, sulla croce salito, *levantado do chao*, nel guado del dolore che non basta più non toccano i suoi piedi terra guasta, due ladroni a fianco, a Barabba libero le rivoluzioni *contra Romanorum ius*, instanco pianto della madre, lamento di voragine, ultime preghiere, pagato il tributo all'Imperatore *in urbe*, pagato il tributo all'Imperatore *in orbe*, mi hai abbandonato, gli grida, parole sincere, e l'abbandono è un tradimento studiato a tavolino, il disegno si aggrappa alla mappa catastale del sentimento, non se ne vuol fuggire, *quod scripsi scripsi*, l'altro risponde in sonore onde da *dies irae*, e Saramago *escreven o que escreven*: «Allora Gesù capì di essere stato portato all'inganno come si conduce l'agnello al sacrificio, che la sua vita era destinata a questa morte fin dal principio e, ripensando al fiume di sangue e di sofferenza che sarebbe nato spargendosi per tutta la terra, esclamò rivolto al cielo, dove Dio sorrideva, Uomini, perdonatelo, perché non sa quello che ha fatto».

XIX. A Itaca di nuovo.

Non il diritto mite. Non il diritto ospitale. Basta la mitezza. Basta l'ospitalità.

Odisseo vestito di stracci in sembiante di mendico: uno straniero povero. Il porcaro Eumeo: un povero. Odisseo che entra nel recinto di Eumeo. E vieni nella mia capanna, gli disse Eumeo, ti darò da mangiare e da bere. E sul suo letto di foglie secche, Dike onorando, Eumeo fece riposare quelle ossa di legno e quella pelle grinza.

Non l'ospite come persona impersonale, come maschera che copre volti. L'impersonale appiattisce la personalità del singolo. Nemmeno all'ontico rende giustizia. E l'ontoaxia oscura in eclisse di sole e luna e stelle. Né rende giustizia al fenomenico, che dell'ontico è ontica parvenza per gradi maggiori o minori di fedeltà ma non per fedeltà assoluta. Né rende giustizia al metafisico, che dell'ontico e del fenomenico predica l'*esse* e il *fuisse* e il *futurum esse*. Giacché dell'impersonale niente è reale e niente è predicabile.

XX. Uno e centomila.

Non si comprende l'individuo, che è il non-scisso anche per il suo etimo latino *in-divisus*, scindendone le membra una dopo l'altra e tutte le membra riducendo a parti separate per classificarle: *reduzieren und klassifizieren*.

Questo è il procedimento dell'anatomia, che taglia a pezzi un corpo. E quando rimette al loro posto i pezzi tagliati, non ottiene il corpo di prima ma un corpo diverso.

Questo non è il procedimento della filosofia, se all'unicità del singolo tiene e nell'unicità del singolo ne salda la molteplicità: *distinguo minora ne maiora negem, distingo minora ut maiora laudem*.

Questo è il procedimento che il linguaggio del diritto segue nella rappresentazione del lecito e dell'illecito, delle conseguenze giovevoli del lecito e delle conseguenze spiacevoli dell'illecito. Al singolo il linguaggio del diritto impone maschere e così lo espropria della sua singolarità, frammentandolo *per personas distinctas*: il venditore e il compratore, il mutuante e il mutuatario, il locatore e il locatario, l'omicida e l'ucciso, il truffatore e il truffato, il diffamatore e il diffamato.

Manca il «nessuno» del titolo che Pirandello dette a un suo romanzo del 1926.

XXI. Il sole alle sbarre.

Il dolore rende migliore chi sa provarlo, mentre incattivisce chi lo respinge e non lo elegge a suo compagno.

Le carceri insegnano. Ci sono carcerati che nel dolore vissuto si innalzano oltre il reato commesso, oltre i ferri crociati alle finestre, oltre lo sguardo non sempre docile degli agenti di custodia. E ci sono carcerati che non vivendo il dolore progettano rapine o omicidi, se si trovano dentro per furto o lesioni aggravate.

XXII. Uguaglianza, parità e solidarietà.

Il legame più stretto dei diritti dell'uomo è con la dignità, la *Würde* di cui parlano Kant e Hegel. È con quella dignità che rende pari tutti gli uomini. Pari, più di uguali. L'uguaglianza è un concetto economico, giuridico e politico. La parità è un concetto etico. Che innanzitutto vive nel cuore, purché non indurito. E nel cuore vive il *puer aeternus*. Che non sa mentire. Che non sa ferire. Che non vuole ferite dagli altri. E gli altri rispetta e dagli altri pretende rispetto. Come Ofelia e Amleto, la prima diventata folle e il secondo folle fingendosi. Due soli, ma non solidali, nel vivere e nel morire. Rispetto ai diritti dell'uomo, il dovere della solidarietà è un *prins*. La solidarietà non discende dai diritti dell'uomo, né è a loro contemporanea. Sono i diritti dell'uomo a discendere dalla solidarietà. La civiltà dei diritti dell'uomo è una conseguenza del dovere di solidarietà. Non si cada nell'errore del liberalismo: l'errore di dichiarare solo i diritti inviolabili. E si dichiari innanzitutto inderogabile il dovere della solidarietà.

La solidarietà non è una regola tecnica. È un principio. Nei codici e nelle leggi ordinarie molte regole tecniche e pochi principi. Uno scialo di casistica e precettistica. Lo scialo di «triti fatti» di cui dice Montale, e che rende la vita «vana | più che crudele». La casistica e la precettistica che furono di Shylock non meno che di Porzia: entrambi personaggi di dubbia etica.

XXIII. Il metodo deduttivo.

Che il contratto sia un accordo tra parti, che il rapporto contrattuale debba avere un contenuto patrimoniale, che l'errore sia un vizio del consenso, che la relativa azione si prescriva in un determinato numero di anni, che le difformità dell'opera vadano denunciate entro un certo periodo di tempo, che *l'insula in flumine nata* entri nel demanio pubblico, che esistano distanze da osservare nella costruzione di edifici e nell'apertura di luci e finestre, che il mio pesciolino segua la tua pesciolina e si trasferisca nella tua peschiera, e divenga tuo, che il debitore sia responsabile per le obbligazioni non adempiute, che l'imprenditore sia il capo dell'impresa e che da lui dipendano gerarchicamente i suoi collaboratori, che ci siano atti soggetti a trascrizione: non sono che alcuni esempi di regole tecniche.

Quando le regole tecniche discendono da principi, i principi le precedono. Non il metodo induttivo: dalle regole tecniche ai principi. Il metodo deduttivo, invece: dai principi alle regole tecniche. I principi trascendono le regole tecniche. Nel senso che rispetto alle regole tecniche sono trascendentali. Con la conseguenza che dall'immanente non si può inferire il trascendente, né il trascendentale.

Dei principi alcuni giuristi hanno paura. Li considerano incerti.

XXIV. La prescrizione.

Un argomento civilistico a favore del metodo deduttivo: dai principi alle regole tecniche.

L'azione processuale è posta a tutela di un diritto o di un interesse soggettivo sostanziale. Il diritto o l'interesse soggettivo sostanziale è come un soldatino. L'azione processuale è lo scudo del soldatino. Se il tempo porta via lo scudo, perché il tempo manda in rovina anche gli scudi, il soldatino è a rischio di morte. Se l'azione processuale si prescrive, il diritto o l'interesse soggettivo sostanziale si estingue, salvo a resuscitare qualche volta come nel pagamento di un debito per un credito troppo a lungo inerte e non più riscuotibile. Questo è il principio. E da questo principio discendono le regole tecniche sulla prescrizione. Compresa la regola tecnica per cui un diritto non dichiarato prescrivibile dalla legge si prescrive lo stesso se l'azione a sua difesa diventa arma spuntata.

È il caso della proprietà e dell'azione di rivendicazione. La quale non vince sull'usucapione. E allora torni in auge la rima: l'usucapione, per sua essenza attiva, è prescrizione acquisitiva.

XXV. Le norme come forme della vita.

Nel principio della solidarietà il principio che in campo civilistico vieta l'abuso del diritto.

Per le regole tecniche che stabiliscono come un diritto debba essere esercitato, il problema dell'abuso non si pone. Se un diritto viene esercitato in modo diverso da come stabilito dalla regola tecnica, non si ha abuso. Si ha responsabilità per l'uso: il comportamento è in contrasto con la regola tecnica che lo dichiara illecito. Il *falsus procurator* non abusa del suo potere. Esercita un potere che la regola tecnica gli impedisce di esercitare a pena di sanzione.

Il problema dell'abuso si pone quando il comportamento, qualificato lecito da una regola tecnica, contrasta con uno o più principi. O quando il comportamento contrasta con uno o più principi, senza che una regola tecnica lo prenda in considerazione. In questi casi, il comportamento che contrasti con uno o più principi è illecito. E l'uso del diritto soggettivo, o comunque di una prerogativa al diritto soggettivo assimilabile, diventa abuso. Non si tratta di un illecito atipico, perché tipici non sono solo quegli illeciti previsti dalle regole tecniche. Si tratta di un illecito tipico, perché tipici sono anche quegli illeciti che derivano da comportamenti non conformi ai principi.

Tipica la regola tecnica. E tipici i principi. Tipico il dovere di informare l'altro contraente che nel contrattare sta cadendo in errore o che l'*opus* commissionato presenta vizi. E tipico il dovere di agire secondo buona fede. Non esistono norme tipiche, le regole tecniche, e norme atipiche, i principi. Regole tecniche e principi, in quanto norme, dalla tipicità non si scostano.

L'atipicità non sta nella norma. Sta nei comportamenti sussumibili sotto la norma. Come nel contratto, che è pur esso norma: nei contratti che si dicono tipici le parti possono inserire elementi di atipicità, e i contratti che si dicono atipici non possono rinunciare agli elementi di tipicità che caratterizzano ogni contratto, a cominciare dall'accordo e dall'oggetto e dalla causa.

XXVI. Il fondamestismo.

L'uomo con le sue fragilità è una canna esposta al vento dell'incertezza: a quello

stesso vento di cui, dalla sua Nuoro di pietra e erba incolta, scrive Grazia Deledda. Nel nostro mondo, nella *civitas terrena* di Agostino, nello *status civitatis* di tutti i contrattualisti, da Grozio in poi, quando abbiamo acquistato il nietzschiano «Sinn der Erde», quando con Hegel camminiamo «an den Füße», all'ortopedia del camminare eretti essendoci sottoposti, «a única certeza é a incerteza»: come suona un proverbio brasiliano.

Dal destino dell'incertezza, o dall'incertezza come destino, *l'emptio rei speratae* e *l'emptio spei*.

L'*homo ethicus* è un legno storto che aspira a raddrizzarsi. È un albero verde. E solo finché rimane verde, si può raddrizzare. L'*homo ethicus* sa che esistono valori e che per affermarli bisogna soffrire. Ma sa anche praticare la virtù che Locke chiama della «tolleranza» e Mannheim del «prospettivismo». Non è fondamentalista. È fondamentista: riconosce che i valori hanno un loro fondamento nell'Eros dell'inconscio collettivo. Non addottrina. Non impone agli altri i valori in cui crede. È laico, dal greco *laós*: nel senso che umile vive tra la «gente». E se chierico in piccola *res publica*, non tradisce. Il limite estremo a cui spinge il suo linguaggio è quello della persuasione. Il suo modello non è Socrate: cieco obbediente delle leggi, giuste o ingiuste che siano, disposto a subire una condanna che pure considera ingiusta ed è ingiusta. Il suo modello è Antigone contro Creonte.

XXVII. Il rischio.

Quel rischio che non è il pericolo, il pericolo essendo avvertibile e prevedibile. Quel rischio che sta nelle attese deluse, nei sogni non realizzati, nei desideri non appagati, nel rammarico per ciò che avremmo dovuto dire e non abbiamo detto, per ciò che avremmo dovuto fare e non abbiamo fatto. Quel rischio che non è la morte, evento più che previsto, ma è l'avventura della vita o la vita in quanto avventura. Quel rischio che nella *veritas* fa da sfondo al caso fortuito e alla forza maggiore. Quel rischio che nell'etica ci pone dinanzi alla scelta del bene o del male, dinanzi a due strade: la prima percorsa dal *fidus vir*, che *manibus in manibus* dolcezza dona, la seconda percorsa dal *perfidus vir*. Quel rischio che nel mercato, dove trionfano gli interessi particolari, ha l'aspro sapore del conflitto per i beni da vendere e acquistare al miglior prezzo possibile. Quel rischio che nel diritto all'apparenza si attenua. Perché il diritto ha da sempre la vocazione a organizzare il disordine, anche quando

il disordine rimane tale e in cesarismo imperando diventa disordine organizzato.

L'*homo ethicus* ha un debito infinito nei confronti dell'Infinito. Con se stesso e con gli altri ha stipulato un contratto aleatorio. L'*homo ethicus* non teme l'alea dell'esistenza. Azzarda.

Il gioco dei dadi: tra i giochi d'azzardo è il più cieco, il più aperto al destino. La vita è come il gioco dei dadi: chi vince non vince per suo merito, chi perde non perde per suo demerito. E allora ciò che importa è che il vincitore riconosca con umiltà che il destino ha per lui barato. Ciò che importa è che il vincitore non invidi sul vinto, che del vinto riconosca la dignità e l'onore, e che al vinto riconosca la possibilità di nuove partite, la possibilità di riuscire in futuro vittorioso.

XXVIII. De libero arbitrio.

Nessun dio ci ha dato il libero arbitrio, la libertà di fare il bene o il male. Non siamo liberi di fare il male. Dobbiamo sforzarci di farlo, superando connate resistenze, le resistenze di Eros. Il problema non è stabilire quando un'azione è buona. Ma quando è cattiva. Il nostro arbitrio coincide con la libertà di fare il bene. Questa libertà non ha barriere né frontiere. E non hanno barriere né frontiere i diritti dell'uomo, perché sono libertà e non diritti.

Via i passaporti e le dogane. Via le nazionalità e le cittadinanze.

Dalla nazionalità e dalla cittadinanza non si possono desumere le libertà in cui i diritti dell'uomo consistono e trovano la propria universalità, la propria geogiuridicità. Dal particolare è consentito giungere al generale, non all'universale. Il particolare: riguarda una parte. Il generale: riguarda il genere, in quanto categoria che accoglie più parti, *genus* che accoglie più *species*. L'universale: riguarda l'universo, che poi è un *multiversum*.

XXIX. Antigone, Emone ed Euridice.

Il canto di Antigone, mentre si avvia alla sua dimora sotterranea di pietra per morirvi, è un intenso lamento perché contro ogni sua volontà e ogni suo desiderio diventerà la sposa di Acheronte senza alcun imeneo e senza alcuna festa organizzata e condotta dai Tebani. Ha lottato contro Creonte, contro il suo decreto che vietava di rendere onori funebri a Polinice e di seppellirlo. E ha perso. Il diritto dei morti

non ha avuto voce nel diritto dei vivi.

Ma anche Creonte perde. Tiresia, per la sua cecità accompagnato da un fanciullo, gli predice questa perdita in pochi giri del sole veloce. Una predizione che si realizzerà, se Creonte continuerà a colpire col suo decreto Polinice: «è forza un morto riuccidere?». Una predizione che si realizza: Emone, il figlio unico di Creonte, muore accanto alla morta Antigone, e Euridice, la moglie di Creonte, si dà la morte. Il diritto positivo del decreto era morto.

XXX. Dopo Lily Briscoe.

«Arremba su la strinata proda | le navi di cartone»: Montale.

Miliardi di punti luminosi e di soli popolano l'universo, la storia è come quei punti luminosi e come quei soli. Ne sono felice. Smetto di danzare in catene. In attesa di una nuova danza. Smetto di viaggiare. In attesa di un nuovo viaggio. Per questo viaggio nel diritto e nell'etica e nella letteratura avevo solo il biglietto di andata. E non c'era scritto per dove.

Le pagine bianche, ci penseranno altri a riempirle. Purché le mani stecchite che verso di noi si protendono non rimangano dietro di noi e non si spezzino. E abbiano unghie da manicure.

«Somos ainda loucos, jovens, e nunca sensatos»: dicono. Per una virgola di cielo. Danzando su una virgola di cielo.

Bibliografia essenziale

- G. Deledda, *Canne al vento* (1913), Mondadori, Milano 2001.
- P. Calamandrei, *La Costituzione è il programma politico della Resistenza* (1956), in *Scritti e discorsi politici*, vol. I, tomo II, a cura di N. Bobbio, La Nuova Italia, Firenze 1966.
- T.S. Eliot, *The Love Song of J. Alfred Prufrock* (1915), in *Opere 1904-1939*, con testo a fronte, a cura di R. Sanesi e con sua *Introduzione*, Bompiani, Milano 1992.
- G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, a cura di G. Marini, Laterza, Roma-Bari 1987.
- E. Hemingway, *Il vecchio e il mare* (1952), trad., *Postfazione*, di F. Pivano, *Illustrazioni* di U. Marantonio, Mondadori, Milano 2010 (rist.).
- J. Locke, *Lettera sulla tolleranza* (1689), a cura di C.A. Viano, Laterza, Roma-Bari 2016.
- K. Mannheim, *Ideologia e utopia* (1929), Il Mulino, Bologna 1957.
- E. Montale, *Flussi*, in *Ossi di seppia* (1925, 1928), e *La storia*, II, in *Satura* (1971), in *Tutte le poesie*, a cura di G. Zampa e con sua *Introduzione* e sua *Cronologia*, Mondadori, Milano 2013 (rist.).
- F. Nietzsche, *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno* (1883, 1884, 1885), trad. di M. Montinari, Adelphi, Milano 1979 (III ed.).
- Omero, *Odissea*, con testo a fronte, trad. di R. Calzecchi Onesti, *Prefazione* di F. Codino, Einaudi, Torino 1974 (IV ed.).
- L. Pirandello, *Uno, nessuno e centomila*, Bemporad, Firenze, 1926.
- J. Saramago, *Il Vangelo secondo Gesù* (1991), trad. di R. Desti, Bompiani, Milano 1993.
- W. Shakespeare, *Amleto*, con testo a fronte, trad., *Introduzione* e *Note*, di A. Serpieri, Feltrinelli, Milano 1980.
- W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia*, con testo a fronte, trad. di S. Perosa, in *Teatro completo*, vol. II, a cura e con *Presentazione* di G. Melchiori, Mondadori, Milano 1982.
- Sofocle, *Antigone*, con testo a fronte, a cura di G. Greco, Feltrinelli, Milano 2013.
- V. Woolf, *Gita al faro* (1927), trad. di A. Nadotti, *Introduzione* di H. Matar, Einaudi, Torino 2014.
- W.B. Yeats, *Un mantello* (1914), in *Poesie*, a cura di R. Sanesi, con sue *Introduzione*, *Biografia* e *Bibliografia*, Mondadori, Milano 2006 (rist.). Nel testo, trad. con modifiche.