

## “RITORNO AL DIRITTO” ED ERMENEUTICA DELL’EFFETTIVITÀ \*

Di Giuseppe Benedetti

| 3

*SOMMARIO: 1. Transizione e vocazione dello storico. - 2. Tre saggi guidati da un progetto unitario. Impostazione critica del discorso: la fattualità. - 3. La modernità e l’esilio della fattualità. - 4. Intermezzo sul postmoderno. - 5. Postmodernità e diritto. - 6. Una lettura fertile del postmoderno. - 7. Recupero della fattualità e ritorno al diritto. - 8. L’analisi strutturale: diritto-ordinamento e fattualità. - 9. L’eccedenza di contenuto assiologico del fatto e il suo rilievo ontologico. - 10. Fenomenologia della fattualità e indici selettivi. - 11. L’ermeneutica dell’effettività. - 12. Certezza e incertezza del diritto. \*\*\* Epilogo.*

“Ritorno al diritto” ed ermeneutica dell’effettività  
(Giuseppe Benedetti)



\* Il presente contributo sarà pubblicato anche sulla *riv. trim. dir. proc. civ.*

## 1. Transizione e vocazione dello storico.

La nostra età, segnata dalla *transizione* dal moderno al postmoderno, trova nello storico l'interprete più sensibile e attrezzato a disegnare il passaggio. Lo storico "ha nel suo forziere sapienziale la ricchezza di una vita integralmente vissuta" (p. 86). La sua formazione affina la capacità di "riflettere" sul tempo con le sue scansioni, senza negare l'unità. Nella specie, un riflettere volto a "comprendere il diritto nella sua storicità, ordinamento efficace (e pertanto salvataggio) di questo nostro difficile e fertile tempo di transizione" (p. 95).

Il libro di Paolo Grossi traccia un intenso disegno.

Per intenderne appieno il senso, a dispetto dell'elegante chiarezza del dettato, bisogna penetrare nel sottosuolo. Ambizione non tanto facile da realizzare; che comunque va esperita leggendo la pagina scritta in filigrana. Sobrie le citazioni ma tante le letture che la nutrono, aveva già suggerito all'interprete in altro suo scritto l'Autore.

Nel chiosare il libro io vorrei sfuggire al peso della completezza a vantaggio della leggerezza, che tutta si confessa in queste note a margine. Ma, per evitare che possano risultare episodiche o troppo sconnesse, si deve tentare di cogliere il senso generale del libro, individuando il filo conduttore e la sostanza.

A ciò, forse, potrà tornare di qualche utilità porre nel paniere del discorso alcune parole-chiave capaci di evocare, o segnalare, fin dall'inizio, il procedere dei temi essenziali. Le parole prescelte sono: *ritorno*, *moderno* e *postmoderno*, *difficile e fertile tempo di transizione*, *fattualità-effettività del diritto*, *recupero*, *complessità-sistema-vita*, *legge e diritto-ordinamento*, *incertezza del diritto*.

## 2. Tre saggi guidati da un progetto unitario. Impostazione critica del discorso: la fattualità.

Compongono il libro tre saggi "guidati da un progetto unitario e sorretti da un filo conduttore altrettanto unitario" (p. XII) scrive con consapevolezza critica l'Autore: tanto è vero che essi appaiono, anche al lettore più smaliziato, tre capitoli di una monografia addensata in un unico disegno tematico e problematico. "Passato presente e futuro sono posti in reciproco ascolto... che rende più nitido il senso della linea storica" (p. XIV).

A base della ricostruzione assumo il secondo capitolo del libro, intitolato *Sulla odierna fattualità*

del diritto, perché lo considero perno su cui gioca l'intero discorso d'un prima, d'un poi, d'un essere.

Il loro fluire storico si annuncia già nella copertina del libro con la parola *ritorno*.

Vedremo più avanti, dopo aver detto su tanti punti, la sua rilevanza ermeneutica in ordine al disegno complessivo. Ma intanto incominciamo a rifletterci su.

Perché *ritorno*? E, prima ancora, cosa vuol dire *ritorno*?

È il sostantivo deverbale di *ritornare*, un tornare rafforzato, il cui luogo antico di arrivo e di partenza, nella specie, è il diritto.

Si tratta del cammino della memoria verso un luogo già conosciuto in un momento precedente? Non è esattamente così. Solo nell'ampio contesto in cui va inserita, tale parola assumerà, tra i possibili significati, quello giusto. E allora peserà di più.

Il *ritorno*, nell'unità del libro, sorpassa la dimensione della memoria: lontano da certo psicologismo novecentesco, appresta prezioso materiale costruttivo. È lo stesso Autore, in una emersione del suo discorso sotterraneo, a voler chiarire il *rilievo*, posto "bene in evidenza nell'esergo del volume", e il *senso* del passo richiamato: "Que cherches tu? Je cherchais qui j'étais" (André Gide, "Le retour de l'enfant prodigue").

È la "suggestiva trasfigurazione della parabola evangelica del figliol prodigo". "Il suo cammino lontano dal focolare paterno - commenta Paolo Grossi - era essenzialmente una ricerca per meglio fondare la propria identità". E conclude: "è un itinerario che riguarda da vicino anche noi" (p. XIV). Infatti, è la domanda che legittimamente si pone l'uomo contemporaneo nel tempo che lo disorienta.

Ma non credo che l'interprete debba fermarsi qui limitando l'ansia del comprendere alla distanza storica, metodo che serve allo storico a studiare la contemporaneità: educato dalla nota sentenza di Schleiermacher, secondo la quale l'interprete ne sa più dell'autore stesso, e dall'ermeneutica heideggeriana dell'inespresso, egli può spingersi più a fondo annunciando che il ritorno del figliol prodigo è un ritorno *effettivo*. Lo vedremo a suo luogo: questa apertura verso la fattualità vuol anticipare il tratto d'unione tra *ritorno* (che diviene *recupero*) e *odierna fattualità del diritto*, di cui ho già sottolineato il rilievo quale snodo essenziale del libro nella sua unità (per una compiuta riflessione v. il nostro § 11).

## 3. La modernità e l'esilio della fattualità.



Per disegnare la transizione dal moderno al postmoderno il discorso deve muovere proprio dal moderno: ciò consente di individuare fermenti e novità della fase di passaggio. E di più: poiché il postmoderno si presenta con una indicazione di segno negativo (il non più moderno), la sua definizione va data *per differenza*, almeno al primo approccio.

Il discorso aperto al tema della fattualità potrebbe portare un'epigrafe desunta dal dettato del libro: "*sempre più società, sempre meno Stato*" (II, 35). Avverte subito contrapposizione e mutamento indicandone il *che cosa*.

La modernità giuridica da Paolo Grossi è caratterizzata essenzialmente come vigorosa "*ripugnanza verso i fatti*".

Il "*mito*" del "*geometrismo illuministico*" esploso nello "*statalismo giacobino*" esilia il "*magma fattuale*" dal territorio della giuridicità. Il dogma della formalità e astrazione della legge traduce, nel linguaggio giuridico, l'oscuramento del mondo dei fatti ormai soggetto al controllo del potere. La classe borghese vincente trova nella dimensione giuridica la forza coesiva del nuovo Stato in costruzione (II, 3).

Il mutamento nel mondo del diritto si svolge in modo progressivo ma radicale. Per coglierlo va esercitata, dice l'Autore, la capacità di desistere "*dal venerare arcaiche reliquie o dall'imbalsamare creature morte*" (p. 95).

#### 4. Intermezzo sul postmoderno.

A questo punto, seguendo il filo del libro, si dovrebbe trascorrere all'analitica fenomenologica della transizione, entrando a tutto tondo nel pensiero postmoderno, che non si presenta come un'era conclusa, ma nel suo svolgersi.

In questa più ampia prospettiva credo che, dopo i secchi tagli contenuti nella *Introduzione* del libro (p. VII-XIV), forse, non resterà del tutto inutile (ma si vedrà solo alla fine) innalzare lo sguardo oltre l'orizzonte giuridico, indugiando un po'.

Ogni ramo del sapere, umanistico e scientifico, è permeato di postmodernità, come fatto e come modo di pensarlo in una sorta di autoriflessione. Specie il pensiero filosofico, così propinquo a quello giuridico. Non a caso il libro, sperandone i nessi, richiama Gentile, Gadamer, Lopez de Oñate.

Ma è proprio la filosofia a condurre in una plaga di smarrimento. La storia della filosofia avverte che non esiste una teoria unitaria del postmoderno, le posizioni sono tante, e talune radicalmente diverse tra loro: quasi "*un pulviscolo di dottrine privo di un denominatore comune*".

Ebbene, queste dottrine diffuse nell'aria che respiriamo potrebbero creare difficoltà già nell'accesso alle singole aree del sapere, per noi al diritto. Di qui l'utilità, se si vuole didattica, di chiarire preliminarmente come complessità e radicalità della filosofia non creino impedimento sul piano euristico alla comprensione del giurista, che si muove *entro le strutture dell'ordinamento giuridico e della scienza giuridica* con i suoi statuti epistemologici. Insomma, si tratta di evitare una sorta di *precomprensione* non controllata che potrebbe indurre *in limine* il *pregiudizio*, preclusivo d'ogni giusto comprendere.

In realtà, la stessa *Teoria generale dell'interpretazione* non nega, anzi prevede al suo interno una tipologia delle aree culturali scandita in prospettiva teleologica (v. § 5).

Con tali premesse possiamo gettare da un piccolo spiraglio uno sguardo su talune dottrine filosofiche o idee generali: un breve *intermezzo* ordinato a conferire maggiore scioltezza al dialogo tra branche disciplinari, che, se ben condotto, finisce anzi con l'impedire steccati, arricchendo attraverso specifiche e reciproche illuminazioni l'epitome del libro.

In questa prospettiva si può riprendere il discorso sul nome stesso di *postmoderno*.

Si tratta di un termine emerso nella prima metà del novecento, poi entrato nei testi filosofici: ormai codificato dall'uso nella forma sostantivizzata, assommando la situazione epocale e la consapevolezza riflessa, non è concetto che si definisce da solo. È necessario muovere dal *moderno* per dare corpo a quel *post*, che ha avuto fortuna nel designare l'età ma è divenuto tempestoso quando si è trattato di riempirlo di contenuti, che giungono a conclusioni diverse o contrapposte affatto.

Il discorso di solito si fonda su una società che non è più omogenea ma pluralista e pluriculturale, in un mondo mediatico dominato dalla logica del mercato e dal processo tecnologico, destinato a divenire da strumento ordinato a forza ordinante che spinge la sua potenza all'infinito.

In genere si può dire che la postmodernità vuol significare rottura radicale col moderno: ciò significa congedo dal modello fondazionistico, dalla legittimazione assoluta secondo le categorie dell'unità e della totalità con unico orizzonte di senso, cui si contrappone la frantumazione che esalta la pluralità e il diverso.

Il vero non è più inteso come *adeguatio* alla cosa, ma, secondo il pensiero che si muove su etica politica diritto come apertura degli orizzonti entro i quali ogni conformità diventa possibile.



Gli indirizzi sono diversi: da una ragionevole speranza di rinascita (il *ritorno*) si è giunti ad affermare la fine, una volta per tutte, del *logos*, addirittura con la scomparsa della sfera etico-pratica.

Dopo la Scuola dei maestri del sospetto e il rovesciamento positivo dei valori la condizione postmoderna consentirebbe solo pacchetti di informazioni nel fluire dei messaggi nel grande villaggio informatico: opinioni che possono essere, allo stesso tempo, asserite o negate, gratuitamente.

Se non v'è certezza su niente, si gioca su tutto. All'*episthème*, sempre più distanziata, si sostituisce la *doxa*, che apre al relativismo.

Il fallibilismo popperiano dal vaso scientifico trabocca ormai nelle strutture di ogni discorso veritativo, più in genere gnoseologico.

Così si giunge al congedo radicale ove il postmoderno si afferma non come momento provvisorio, di transizione, ma come *specchio della condizione umana permanente*: la *posthistoire* è la fine della storia. Più che avanguardia segnerebbe la fine di ogni avanguardia. Un pensiero senza redenzione che opera una svolta decisa anche rispetto alle dottrine della prima metà del '900: la novità è costituita specie da quelle correnti caratterizzate dalla speranza non-attesa e senza-nostalgia del mondo perduto, riassunte da metafore suggestive, come quella del labirinto.

Forse, proprio di fronte a tale appiattimento storico, va ricordata un'autorevole dottrina che legge il postmoderno non come epoca, ma modo del pensiero, caratteristica metastorica dello spirito.

L'incontro di questo pensiero postmoderno avviene nei luoghi che gli sono congeniali, come la decostruzione, destrutturazione, demistificazione, decanonizzazione, e così via. Nel decostruzionismo le grandi visioni epocali sono ridotte a *topoi* letterari; privati d'ogni fondamento veritativo, divengono *metaracconti*.

Questo pulviscolo di dottrine in genere è colorato di congedo dalla metafisica.

La recente *Nietzsche renaissance* è significativa: all'aforisma 125 della *Gaia Scienza* l'uomo folle annuncia la *morte di Dio*, che oggi si interpreta non tanto come critica delle confessioni religiose, come *fine di ogni certezza*. Cui si aggiunge l'altra sentenza (dagli *Scritti postumi*), *non fatti ma interpretazioni*, complicata dal rilievo che anche questa è un'*interpretazione*.

Con quale violenza abbiano soffiato queste raffiche di vento sul pensiero del novecento ha scritto ampiamente la storia della filosofia. Mi piace ricordare Gianni Vattimo per quanto sto per dire.

Se nella prospettiva apocalittica "*Dio è morto e quindi nulla è davvero giusto*", nel nichilismo

finzionale "*Dio è morto e quindi tutto va*". Nella prima prospettiva l'ermeneutica conduce ad un nichilismo puro, catastrofico sì ma privo di illusioni (infondatezza svelata), nella seconda il diritto è ridotto a mera retorica, menzogna pietosa, affabulazione. Ma, dopo queste analisi, è proprio Vattimo a dettare una terza via, che ben si inserisce nel suo *pensiero debole*: liberato da ogni nostalgia metafisica, vuol recuperare la storia e l'accettazione di sentenze misurate sulla "*riduzione della violenza originaria*" (G. Vattimo, *Nichilismo ed emancipazione. Etica, politica, diritto*, 2003).

Viene meno la speranza di enunciati prescrittivi essenziali di verità e giustizia.

Il discorso così ci riporta al diritto.

## 5. Postmodernità e diritto

Di fronte a questo scenario, parzialmente abbozzato in modo essenzialmente suggestivo con una qualche sintetica condensazione di certe atmosfere pulviscolari, il giurista, in quanto tale, deve chiedersi: *che ne è del diritto?*

La domanda trova precisa risposta nel libro di Paolo Grossi.

Ma allora, perché questo indugiare del discorso lineare che con sobria eleganza sarebbe potuto giungere subito ad essa?

Si può chiarire secondo quanto si è appena detto (v. § 4) sulle condizioni di legittimità (in senso trascendentale) di un discorso specifico dei singoli rami del sapere nell'area o contesto di una teoria generale, che nei limiti della compatibilità non nega anzi prevede o suppone una scandita tipologia che la sorregge, come ha superbamente dimostrato Emilio Betti tipizzando, all'interno della *Teoria generale*, la categoria dell'*interpretazione in funzione normativa*. Il diritto è categoria originaria coesistente all'uomo, caratterizzata da una struttura rigorosa ineludibile affatto.

Sul piano filosofico non si può dimenticare il significativo contributo di Ricoeur alla dottrina ermeneutica nel connettere attraverso la "*via lunga*" ontologia ed epistemologia: egli teorizza l'innesto del problema ermeneutico sul metodo fenomenologico sottolineando il marcato rinnovamento portato dalla dottrina ermeneutica esistenziale, fino ad affermare l'ineludibile apertura del sapere filosofico a quello scientifico, privato del quale il primo sarebbe destinato a morire. Questa posizione, autorevolissima, torna di grande utilità alla teoria dell'interpretazione giuridica perché conferisce significato all'*arte* dell'interpretare, da sempre abitata dal giurista. Proprio su questa idea muove il pensiero che dalla fenomenologia va







all’ontologia ermeneutica. Sulla quale vedremo più avanti (v. § 11).

Paolo Grossi è storico del diritto, va per la sua strada maestra che si chiama diritto: sicuro del metodo, non si abbandona a divagazioni narrative. E lo sottolinea marcatamente, per chi non lo notasse: la parola *diritto* ricorre non solo nel titolo del libro, anche in ognuna delle intitolazioni dei tre capitoli che lo compongono.

Invece, qualche divagazione è ammissibile in chi riflette sulla pagina del libro, nella tensione di appropriarsene appieno per sé traducendola nel proprio gergo. E se è vero che la fatica dell’interprete debba rimanere nascosta, è anche vero che talvolta l’ottimistico desiderio di rendere qualche utilità, innanzitutto a se stessi, possa sfuggire al freno dell’arte.

## 6. Una lettura fertile del postmoderno.

Per riflettere sulla “*fattualità del diritto*”, in consonanza con l’indirizzo dell’Autore, è opportuno seguire il suo itinerario, che può muovere da una locuzione già segnalata (v. § 1), “*difficile e fertile tempo di transizione*”.

Paolo Grossi non si nasconde le difficoltà, i disorientamenti, i pericolosi fondamentalismi, gli eccessi né, d’altro lato, l’insensibilità al deciso mutamento che, in confuso, sono nel crogiolo della transizione; ma non si ferma al disincanto dell’insignificanza dei valori né si lascia travolgere dalla fine della storia: al *difficile* connette subito il *fertile*, che è capacità di produrre frutti (*ferre*). Non è necessario un grande sforzo interpretativo per intendere ciò che l’Autore esprime in tutte lettere con le sue vibrato riflessioni sul significato “*storicamente positivo della crisi (di cui si parla tanto e con tanta inconsapevolezza)*” (p. VII). Perciò senza indugiare “*sugli spasmi emozionali*” di chi annuncia la fine della storia e del diritto, è proprio lo storico del diritto a sottolineare che il ‘900 ha cercato di scrollarsi di dosso il monopolio legislativo, caratterizzato dalla “*predominanza del potere politico sul diritto, riversando su questo l’arbitrarietà di quello*” (p. IX).

Se il tratto che caratterizza il postmoderno nel diritto è la fattualità, e questa è Vita, si deve emarginare la filosofia della catastrofe ad essa ripugnante, e trascorrere ai punti essenziali che esaltano la fertilità.

Lo storico combatte le tante ipoteche culturali dello *statalismo* e *legalismo*, mitologie e immobilismo dogmatico, conducendo sul “*proscenio della storia italiana del secondo novecento*”, “*novità dirompenti*” e svolte radicali:

eventi che recitano in positivo l’*accadere* del *diritto* riassunto nella formula suggestiva “*recupero della fattualità*”.

Oscurata la fattualità, che rimane del diritto nutrito di storia? Solo il comando marchiato di “*potestatività*”. Privata della bilancia, all’immagine della Giustizia resta solo la spada.

Questa metafora, un po’ all’antica, ma con nobili ascendenze, può aiutare a comprendere qualcosa d’essenziale. La definizione postmoderna del diritto che parla di *violenza originaria* non dovrebbe suscitare stupore alcuno se si pensa che costituisce la conclusione ineludibile delle premesse alle quali s’è fatto cenno: la menzogna svelata, la demistificazione *radicale* della storia del diritto svuotato dei valori circolanti nella società civile.

Il mutamento aperto al recupero della fattualità è invece proprio contro certo pensiero postmoderno che annuncia la fine della storia. Questo pensiero, radicalmente negativo, oltretutto, ripugna al giurista: non so quanti, teorici e pratici, riuscirebbero a frequentare il diritto obbedendo con gelido coraggio alla violenza, ormai disvelata.

La notazione, che sembrerebbe far scadere il discorso scientifico, in realtà vorrebbe avere un qualche sapore teoretico sorretto dalla filosofia che ha tematizzato la *situazione emotiva dall’Esserci*. Tra i filosofi del diritto più vicini a noi, Bruno Romano, nel riflettere su *nomos logos e pathos*, ha posto in luce il paradosso d’una *scienza giuridica senza giurista*.

Il diritto-ordinamento ha struttura complessa alla quale non rimane estraneo l’uomo nella società (con-essere) che vive il proprio tempo secondo regole e principi che esso stesso si dà e che si automanifestano.

Proprio nella posizione di equilibrio critico dello storico e del giurista possono cogliersi teoria e metodo di Paolo Grossi, che già ho avuto modo di definire *realismo critico*.

Così è aperta la via maestra per svolgere correttamente i temi della transizione e della fattualità.

## 7. Recupero della fattualità e ritorno al diritto.

L’approdo alla fattualità attende l’*analisi fenomenologica* del suo recupero.

Una transizione che sempre più si distacca dalle certezze della modernità. La fattualità pone in crisi le “*strategie conservative*” cui non rimangono estranee certe impalcature pandettistiche. Più in generale, il metalegale, già escluso dall’area giuridica, entra decisamente in quello spazio che

così “*recupera la sua naturale complessità*” realizzando il ritorno al diritto.

Il libro ne traccia un percorso storico preciso in un ampio orizzonte, dalla Costituzione ai fermenti del diritto europeo, da una giurisprudenza, sempre più incisiva e formativa di diritto, al rilievo della dottrina e degli operatori degli affari.

La Costituzione, fondamento del nuovo assetto democratico, si esprime fissando principi, valori condivisi e riconoscendo rilievo ai fatti della vita sociale, economica, del lavoro con l’idoneità di automanifestare regole di comportamento. Dal rapporto legge-cittadino si giunge alle società intermedie, come i sindacati e i partiti, gelosi, di fronte alla legge, della loro autonoma regolamentazione.

Il mutamento trova un segno anche in ordine al codice civile, che, malgrado “*l’eccellenza della sua orditura tecnica*”, ha richiesto un’attenta e profonda rilettura aperta al nuovo ordine giuridico, secondo il canone dell’attualità dell’intendere orientato a un’interpretazione storica in funzione evolutiva.

Un punto centrale della svolta costituzionale è quello dei principi, poi ampiamente svolto nel capitolo terzo. Proprio in essi Paolo Grossi legge un “*eloquente atto di abdicazione, da parte del legislatore, alla propria - fino a ieri orgogliosa - autosufficienza*” (p. 79 s.). I principi attendono d’essere attentamente interpretati in ragione della loro indeterminatezza ed elasticità, contro le “*geometrie immobili rese possibili dalla legge*” (p. 81).

La significanza ermeneutica ha una struttura aperta, sempre pronta a ricevere nuove determinazioni (v. § 12).

Poi l’evento di assoluto significato politico e giuridico ha indotto a voltare pagina, l’istituzione dell’Unione Europea, che ha esaltato la dimensione fattuale del diritto in una nuova giuridicità.

La globalizzazione avanzante contrappone al riduzionismo ottocentesco l’odierno pluralismo, con la sua dinamica economica caratterizzata da tratti inediti. Il mercato, divenuto egemone, sembra imporre le regole del gioco in un diritto sconfinato. Si tratta, precisa Grossi, di una fattualità “*singularissima*” che finisce col “*mandare in soffitta*” il legalismo formalista.

Il vistoso allargamento delle fonti ha fatto emergere anche nel campo giuridico il paradigma della *complessità*, modo d’essere e di guardare il mondo, che, da solo, meriterebbe un lungo discorso.

Ma, in questa prospettiva mi piace considerare un punto che riguarda da vicino chi scrive di diritto.

L’atmosfera di rinnovamento *recupera* il contributo della giurisprudenza e della dottrina, più in generale degli operatori teorici e pratici legati alla

loro quotidiana fatica di cercatori, *hic et nunc*, d’una precisa dimensione alla cui stregua il giudice possa foggiare esattamente la massima di decisione e il rispondente la regola di condotta da rendere al cittadino in ordine ai casi della vita già accaduti o per orientare le sue intraprese.

In quest’ordine di idee si sta definitivamente consolidando un orientamento della giurisprudenza e della dottrina che ha avuto fortuna: l’indirizzo “*rimediale*”, che sorpassa la fattispecie in cerca di rimedi idonei a tutelare interessi non previsti specificamente, ma anch’essi meritevoli alla stregua di principi e valori. Paolo Grossi parla in modo figurato di “*fucina della pratica*”, popolata da giudici, studi professionali, uomini di scienza, confermando così la sua idea antica secondo la quale nell’interpretazione si incarna il diritto.

Proprio in ordine allo spicco creativo del giurista vorrei ricordare Filippo Vassalli, civilista ma anche storico come Grossi; il richiamo che questi spesso ne fa, per una felice consonanza, trova eco in me: Vassalli fu il mio primo Maestro, ascoltandolo mi orientai al diritto civile, sono stato suo assistente. Mi sarà consentito perciò soffermarmi, che non è un divagare, anzi un arricchire il tema in questione.

Vassalli ha caratterizzato il giurista, non solo come testimone ma *artefice* di diritto; maestro di ragione e giustizia. Una ragione che è pensiero sanguigno sollecitato dagli umani interessi, ben lontano da quello esaltato dal razionalismo metafisico-speculativo. Il diritto da Vassalli è definito quasi modo d’essere della nostra vita di genti civili: *ars boni et aequi*, il giurista *conditor iuris*. A queste sue ferme credenze Vassalli conferisce concretezza storica e costruzione teorica. Concretezza storica, affermando che proprio dal pensiero dei giuristi nacquero il diritto romano, il diritto comune del continente europeo, il diritto francese, il common law inglese; costruzione teorica, col concetto di *extrastatalità del diritto civile*, sorretto da una critica appuntita contro lo statalismo giuridico e gli eccessi del dogmatismo che l’accompagnano. La contrapposizione tra legge e diritto, mai mancipio dello Stato, com’è invece avvenuto nella fase più recente della storia con l’apparire dei codici nazionali, si chiude con l’auspicio esortativo di “*riportare le leggi al diritto*”.

## 8. L’analisi strutturale: diritto-ordinamento e fattualità.

Le ampie conclusioni di ordine storico di Paolo Grossi attendono ora l’analisi *strutturale*.



Tematizzare il ritorno al diritto, specificando il gioco tra fattualità e orizzonte giuridico è questione tra le più complesse. Il libro dà risposte al problema. Il discorso deve svolgersi attraverso passaggi successivi.

Il punto da cui muovere è costituito dall'affermazione della loro *inseparabilità*. Ma questo non basta: stare *con* non dice ancora lo stare *come*. Di qui il gradino successivo, rappresentato da una suggestiva metafora: la "*virulenza dei fatti*". Radicati nella società civile, i fatti *contagiano il diritto*.

Lo svolgimento dell'immagine può impiantarsi con una domanda: *come* e *quando* avviene il *propagarsi* del fatto nel diritto?

Per giungere alla risposta, il libro pone talune premesse, tra cui una fondamentale: per la scienza giuridica la quintessenza del diritto è *ordinamento*, che può attuarsi nella misura in cui i valori riescano a circolare nel magma fattuale di una determinata società, storicamente delimitata.

Smitizzato l'assolutismo della legge, che ha creato l'odioso distacco tra "*diritto legale*" e società, la strada è aperta per dare risposte che possono fondarsi su un passaggio conclusivo: "*Il sottostante ordine, naturale ed economico, diviene per sua natura ordine giuridico, congiungendo e saldando le divisioni per piani - il sociale, l'economico, il giuridico - in una struttura complessa ma assolutamente unitaria*" (p. 34).

Se la quintessenza del diritto è ordinamento, e questo ha struttura complessa, fatti e valori che si muovono nel magma della Vita *entrano* e *si saldano* in tale struttura col nesso di *coessenzialità*.

La svolta operata da questa conclusione è evidente: la dottrina tralatizia, anche autorevolmente rappresentata, riconosce sì rilevanza al fatto sociale, ma come contesto ermeneutico del dettato legislativo. E anche ove è la legge a rinviare alla realtà sociale, questa assume rilevanza giuridica ma non muta natura, rimane quel che è originariamente. Paolo Grossi invece eleva la fattualità a momento costitutivo della struttura del diritto.

### 9. L'eccedenza di contenuto assiologico del fatto e il suo rilievo ontologico.

Così la strada maestra è aperta, ma nel percorrerla l'operatore di diritto, sia giudice o rispondente, soffre più di tutti la fatica quotidiana di *drammatizzare* (direbbe Betti) *hic et nunc* il percorso ermeneutico e il suo esito, domandandosi *quali fatti*, e in che misura, siano meritevoli di assurgere alla dignità di diritto. Il punto è importante perché, specie in questo nostro tempo di

transizione, la brutta fattualità può insinuarsi dappertutto: è nell'esperienza quotidiana assistere a episodi in cui il fatto, abbandonato alla relatività delle scelte soggettive, in quanto tale vorrebbe imporsi con la forza di regola.

Come è possibile raggiungere una soluzione sostanzialmente giusta ed epistemologicamente valida? Quali sono i *criteri discretivi* per operare scelta e decisione secondo gli schemi della tipicità propri del diritto?

Il problema non è solo giuridico, si muove in uno spazio generale del pensiero, quello di risolvere la connessione tra *Vita*, nella sua inesauribile effusione, e *concetto*. Dilthey ne ha dato lezione (v. § 11).

Anche in ordine a questo punto si trova risposta nel libro di Paolo Grossi, ponendo in evidenza dall'ampia citazione dianzi trascritta una parola, *saldare*, e una locuzione, "*per sua intrinseca capacità*". Il *saldare* in una struttura *unitaria* ma complessa, come ho già detto, conferma che le componenti che si saldano nell'ordinamento giuridico sono chiuse tra loro in un rapporto di *coappartenenza*. La locuzione "*per sua intrinseca capacità*" significa che il fatto (che si salda) deve possedere in *se stesso*, e non per imposizione esterna, la capacità di divenire diritto. In conclusione, il fatto deve leggersi come *accadimento* dell'esser diritto.

A mio avviso, prima di chiedersi quali sono i tratti dell'intrinseca capacità del fatto, va posto in luce un presupposto generale ineludibile: riconoscere al fatto una sorta d'*eccedenza di contenuto assiologico* essenziato di verità e giustizia. Se il fatto è sciatto, scialbo, incolore, relegato nella brutta materialità, viene meno la stessa condizione di possibilità d'esprimersi nel senso del diritto.

Illuminante può ritornare il passo evangelico di Giovanni (5, 13-16): "Voi siete il sale della terra; ma se il sale perde il sapore... a null'altro servirà che ad essere gettato via e calpestato dalla gente". E conclude: "il sale che dà sapore si manifesta nelle opere". Le opere, perciò i fatti, devono possedere un senso finale per il diritto, una vocazione ordinamentale.

Ma non basta. La costruzione si regge se si crede nel *fondamento* della regola, che non è regola malavitosa, né regola qualsiasi, ma regola fondata su verità e giustizia. Solo così il fatto può esprimere la *parola giuridica*.

La teoria postmoderna che smitizza fondamento e valori in una radicale insignificanza va messa da parte: addita un sentiero interrotto dall'inestricabile vegetazione nichilista. Si deve continuare a seguire la via percorsa sin qui. Il fatto che si colloca





all’interno della struttura giuridica deve avere già in sé sapore di diritto (*sapore* è imparentato con *sapere*).

Tutte queste considerazioni conducono a una prima conclusione: al fatto che emerge dal magma fattuale segnato dai tratti ora indicati deve riconoscersi valore *ontologico*, come vedremo più ampiamente (v. § 11).

Diversamente sarebbe difficile, se non impossibile, marchiare il fatto che ha sapore di diritto distinguendolo dagli infiniti fatti, che lo inghiottirebbero nel magma dell’indistinto.

Su questa base può muoversi l’analisi *fenomenologica* ordinata a ricercare, per così dire, la *vis* giuridica dei fatti.

Aperta la via della significanza, si deve continuare a interrogare il fatto nell’orizzonte essenzialmente dialogico dell’ermeneutica. Dialogo necessario se si intende condurre più a fondo l’analisi non tanto nell’intento astrattamente teoretico, quanto di arrecare un qualche contributo all’interprete operoso nel procedere in concreto alla fatica del *come* e *in che misura selezionare* i fatti emergenti. Così si può aprire concretamente il confronto con una recente dottrina secondo la quale la selezione e la conformazione del fatto è di esclusiva competenza del legislatore; lasciato, col sorpasso della fattispecie, all’arbitrio dell’interprete, questo ne diverrebbe il padrone, violando la distinzione di funzioni e competenze fermati nella Carta costituzionale.

L’operazione dell’interprete è delicata, né può essere risolta una volta per tutte. Non si tratta di elaborare nuovi canoni interpretativi quanto, ermeneuticamente educati, di individuare *criteri selettivi* (*Kriterín. Krino*).

L’operazione va esperita con la consapevolezza della svolta operata da Heidegger, che, conferita centralità al *comprendere* come momento costitutivo dell’*esistenza*, ne ha fatto emergere, con assoluta novità, il carattere progettuale: oltre l’appropriarsi del passato, l’aprirsi al futuro (*amplius*, v. §§ 10, 11).

### 10. Fenomenologia della fattualità e indici selettivi.

Nella direttiva ora indicata, risulterebbe opportuno provare ad individuare qualche *criterio selettivo del fatto*: esclusa qualunque ambizione anche lontanamente sistematica, vorrei saggiarne in concreto la sperimentazione.

Limitero l’analisi a tre punti, che si muovono su consenso, tramandabilità, ragionevolezza.

**A. Consenso.** Furono le tragiche esperienze del secondo conflitto mondiale a risvegliare i giuristi dal loro sonno dogmatico. Anche i più fasciati di positivismo giuridico, non più in adorazione della legge positiva (*dura lex sed lex*), finiscono con l’affermare, dopo sofferto ripensamento metodologico, che il fatto accompagnato e sorretto dal consenso sociale fa diritto.

Così l’assolutismo legislativo veniva scosso dalle fondamenta e si apriva la strada al “diritto vivente”, alla giurisprudenza, alla dottrina, delle quali s’è detto.

Non si tratta di un canone ermeneutico ma d’un *paradigma* alla cui stregua saggiare il fatto giocando sul consenso dei consociati, così non più *sudditi legum*, ma protagonisti del loro destino, e sull’effettiva validità sociale e giuridica della regola extralegale. Qui il compito consiste nel rilevare una situazione di fatto già esistente, che si dà come regola e si fa diritto.

**B. Tramandabilità.** Il discorso muove dalla giurisprudenza, in specie dal precedente giudiziale, per poi allargarsi. Il precedente ha autorità di “fatto” come è stato autorevolmente affermato. Ma non è *puro* fatto storico; conta per la sua connotazione, e non tanto per il suo valore persuasivo visto che l’esperienza dimostra precedenti privi di motivazioni sufficienti a persuadere, ma essenzialmente per la sua *tramandabilità*. Così dal *caso* si giunge al *precedente* che assume rilievo nell’argomentazione giuridica e trova fondamento in un valore o esso stesso si pone come valore ordinante. È nota l’importanza che la giurisprudenza consolidata o costante assume nella pratica del diritto e degli affari.

Ritorna opportuno uno sguardo allo stato dell’arte. Si afferma la tendenza secondo la quale la tradizionale contrapposizione tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law* vada sempre più attenuandosi per un effettivo, seppur lento, movimento convergente dei due sistemi. L’uno si sposta verso l’apporto operoso della giurisprudenza, l’altro verso la legislazione. In realtà, nell’uno e nell’altro sistema è importante considerare la tendenza storica nel senso della conservazione o del mutamento. L’elasticità del precedente consente anche nel sistema di *common law* il mutamento attraverso la tecnica del “*distinguishing*”.

Il richiamo può servire a dare fondamento teorico al gioco passato-futuro del comprendere: il giurista interprete deve avere tipicamente lo sguardo bifocale.

**C. Ragionevolezza.** Ormai su questo tema si è formata dottrina e giurisprudenza così abbondante da consigliare più che il tentativo di entrarne dentro, l’opportunità di rinviare direttamente ad esse.





Resta ancora da sottolineare che, da questa particolare prospettiva, non siamo di fronte a un *canone gnoseologico* dell’interpretazione, ma, come s’è detto, d’un *principio* alla cui stregua saggiare il fatto che ambisce a divenire diritto. Ha una portata che oltrepassa l’esegesi del testo poiché serve a drammatizzare gli esiti interpretativi valutandoli sul terreno della *pratica*, alla luce della *phronesis* gadameriana che è saggezza prudente.

### 11. L’ermeneutica dell’effettività.

Il discorso sul *Ritorno al diritto* dalla fenomenologia conduce all’*ermeneutica della fattualità*. Ermeneutica, già sempre orizzonte del giurista, che più specificamente e intensamente si colora in questo passaggio conclusivo nel nostro discorso fondato sulla svolta operata da Heidegger nell’*analitica esistenziale* dell’*Esserci*, quel che noi stessi siamo (*Essere e tempo*, al famoso § 31, ma v. anche § 32): da essa emerge il *comprendere* (*Verstehen*), immedesimato nell’essenza esistenziale del soggetto aperto all’essere (*L’Esserci come comprensione*). Così il comprendere da *modo di conoscenza* diviene *modo d’essere* (dell’*Esserci*).

I due diversi orientamenti teoretici, gnoseologico e ontologico, non si escludono a vicenda: Ricoeur si professa d’accordo con Heidegger sull’esito ontologico, ma tiene a sottolineare due modi di arrivarci, e a distanziarsi dalla radicalità dell’*analitica esistenziale* dell’*Esserci*.

Il richiamo di queste posizioni, il cui approfondimento, seppure di notevole interesse teorico e pratico, sarebbe qui del tutto fuori luogo (ma sul quale si tornerà al prossimo § 12), mi è sembrato tuttavia necessario alla conclusione cui intendo giungere: *l’ermeneutica dell’effettività*. A tal fine mi sembra più chiarificante richiamare un libricino di Martin Heidegger con cui dobbiamo fare i conti. Esso, nella traduzione italiana, porta come titolo proprio *Ontologia. Ermeneutica dell’effettività*.

È una piccola opera precedente a *Essere e tempo*, di cui annuncia certi temi fondamentali, che trova tuttavia poca attenzione nella storia della filosofia così ricca sull’autore considerato tra i più prestigiosi del pensiero novecentesco.

Come precisa la *Postfazione* della curatrice del testo tedesco, Käte Bröcker-Oltmanns, si tratta della pubblicazione dell’ultimo corso tenuto da Heidegger (1923) nel suo primo insegnamento freiburghese. In realtà l’edizione tedesca (1988) ha come titolo originale *Ontologia (Hermeneutik der*

*Faktizität*), poiché è quello indicato nell’*Introduzione* del manoscritto.

La *Nota* del traduttore italiano, Gennaro Auletta, rende ragione del suo volgere il termine *Faktizität* in *Effettività*: “*per riproporre al lettore italiano la vicinanza del plesso concettuale di questo corso alle analisi di Essere e tempo, in italiano accessibili nella traduzione di Chiodi, che sul punto propone effettività*”. Chiodi, malgrado i rilievi di Carlo Sini, rimane riferimento per i traduttori dello *sciamano della parola*.

Anch’io, ammaestrato da questo esempio, alla fine (il titolo è l’ultima parola che si scrive) nell’alternativa tra *fattualità* (o *fatticità*, più assonante col tedesco) ed *effettività*, utilizzate ampiamente da Paolo Grossi, ho scelto il secondo termine per richiamare il libretto in parola. Non si tratta di un lusso terminologico, che non muterebbe la sostanza delle cose, ma di sottolineare, facendone eco, il testo heideggeriano, in ragione della sua importanza. Vi si progetta un’ontologia che sbocca nell’ermeneutica della fatticità, e cioè della “*Vita fattuale*”, quel *faktisches Leben* che prenderà il nome di *esistenza*. Prima della teoria viene la storia, i fatti della vita, il loro “apparire in quanto esistenza storica”. Insomma si profila la confluenza del problema dell’essere nel problema della fattualità della vita, che trova la sua compiutezza in *Essere e tempo*.

Il richiamo, sul quale potrebbe aprirsi un’ampia discussione, ma qui fuori luogo, si presenta comunque non privo di interesse teorico.

La perspicuità dell’orizzonte ermeneutico si innesta su quello fenomenologico e lo assorbe: secondo la svolta ermeneutica, già precisata, il comprendere è modo d’essere dell’*esserci*, e cioè già sempre incarnato nell’esistenza.

Possiamo dunque concludere, rivendicata la piena autonomia euristica ed epistemologica del discorso giuridico, che il titolo rimane fermo così come formulato con quella aggiunta ordinata ad esprimere il tessuto di queste notazioni, e il senso finale cui sono giunto interpretando il libro *Ritorno al diritto*.

Mi sembra, infatti, che la mia conclusione consenta di portare a compimento le considerazioni svolte sull’epigrafe del libro, ove si richiama il passo di André Gide. Alla domanda *che cerchi?* il figliol prodigo risponde *cerco chi sono*. La comprensione di sé è questione essenzialmente filosofica, entra lucidamente nel suo vocabolario. Ed è proprio all’autocomprensione che conduce l’ermeneutica ontologica. Così la citazione di Gide acquista il suo più completo significato: il cerco *chi sono* riesce a tracciare l’intero disegno del libro e avviare fino in fondo alla sua comprensione.

## 12. Certezza e incertezza del diritto.

12 Obbediente all'impegno della leggerezza, già formulato all'inizio di queste chiose, intendo chiuderle con brevi notazioni sparse in ordine al terzo e ultimo capitolo del libro *sulla odierna incertezza del diritto*. Il titolo già dice tutto o quasi. D'altro lato, il tema incontra e scontra una parola, *verità*, sfuggente e assieme di totale assolutezza, dal cui fascino vorrei sfuggire. E perciò mi fermerò al poco.

Ma non va taciuta una considerazione preliminare. Questo capitolo non può leggersi come un'aggiunta accidentale, né come qualcosa in più per arricchire il libro: è la conclusione necessaria. Dopo la costruzione della fattualità sui resti dell'assolutismo della legge, una domanda si pone ineludibilmente: su quel vuoto o, che è uguale, su quel pieno, che ne è del principio della *certezza del diritto* tradizionalmente irrinunciabile?

Un "*dogma sostanzialmente immotivato e immotivabile*", "*un mito, ossia una proposizione da credere e rispetto alla quale è indebito un atteggiamento di conoscenza critica*", risponde Paolo Grossi (p. 54 s.). Realisticamente, egli riconosce che il capovolgimento costituisce "*il prezzo naturale da pagare per il recupero di una dimensione giuridica che sia veramente diritto*" (p. 66). Allo specchio della "*legalità legale*" si è sostituita la complessità delle fonti e la fattualità rigenerata alle quali più si avvicina "*l'insopprimibile modello giudiziale*" (p. 66), in tutte le sue innervature, tra le quali fa spicco la Corte Costituzionale, "*tutelatrice di una Costituzione immersa nella fattualità della vita quotidiana*" (p. 73) che ha messo "*in discussione... legalità unicamente legislativa e certezza unicamente formale*" (p. 74 s.).

Lo storico parla d'una rivoluzione copernicana, una svolta epocale perché oltre il contributo di giudici e dottori lungimiranti, il mutamento è entrato nella stessa legislazione ordinaria che legifera sempre più per principi.

La funzione penetrante ed ampia riconosciuta alla giurisprudenza non può indurre però a usare il verbo *creare*, che sarebbe dire un po' troppo: "*il diritto ha inventato, nel senso del latino invenire ossia trovare; va cercato e trovato nelle trame dell'esperienza*" (p. 85), precisa Paolo Grossi. Ben si addice il richiamo alla *Rechtsfindung*, cui si attaglia l'odierno *Juristenrecht*.

Tale compito, oltre filosofi e storici, rimane pesante sulle spalle del giurista di diritto positivo, teorico o pratico, che non riesce a far tacere l'ansia

del quotidiano cercare, *in concreto*, una decisione giudiziale giusta o in genere a rinvenire una regola di condotta, nella sua dimensione di passato presente futuro. Compito che, in quella responsabilità critica di cui s'è detto, lo pone in un più libero dialogo con le leggi, per riportarle al diritto o per trovare tutele di interessi meritevoli, anche in difetto di una precisa fattispecie legale che li preveda. Ma così il dialogo diviene più difficile, scabroso perché, tra l'altro, il problema della certezza, seppure non più geometricamente declinato, continua a riproporsi. Ancorché depurato dal mito, esso si aggira, furtivamente, in tutti gli angoli dell'ordinamento, civile, amministrativo, processuale. Per il diritto penale occorre un discorso specifico affatto.

Comunque, rispondere a questa realtà è compito ineludibile: imposto dalle cose, deve darsi risposta nelle cose. Ma il discorso che si va svolgendo propone una questione generale cui, seppur brevemente, deve farsi cenno nel nuovo orizzonte aperto dall'ermeneutica ontologica, della quale s'è detto.

L'interpretazione non è riproduzione d'un significato oggettivamente preesistente già compiutamente prefissato: non è un pensare il già pensato, è *inventio* prima che *demonstratio*. Questo ha significato l'ingresso dell'interprete da protagonista nel circolo ermeneutico. Il problema della storicità, già limitato al testo, si allarga allo stesso interprete, che, coinvolto nell'operazione dell'intendere, deve collocarsi storicamente (v. § 11).

In tale orizzonte l'ermeneutica si è aperta al pensiero problematico influenzando la metodica tradizionale. La "nuova dogmatica", anche quando ha conservato il nome, si è orientata verso la contemporaneità, sorpassando il sillogismo apodittico, chiuso in un sistema assiomatico puro. In realtà, non si tratta di verità assolute sottratte al dubbio scientifico, ma solo di punti di vista pratici paludati con le insegne di principi logici, soggetti a modifica ed evoluzione. Dal sillogismo apodittico deve volgersi al sillogismo critico, che Aristotele ha costruito e chiamato *entimema*. La storia del sillogismo, con tutte le sue figure, trascorre fino a noi.

Queste idee risvegliate dalla lettura del testo in esame erano già sedimentate in me. Concludevo un recente libro sull'*oggettività esistenziale dell'interpretazione* con l'avverbio "*forse*", che sta al centro della domanda finale di sapore retorico: "Si può, e in che misura, sfuggire al destino esistenziale del forse?". Un forse ontologico deve pur trovare una risposta nel sistema giuridico e nelle esigenze primarie che ne sono fondamento.





La netta contrapposizione, nel senso di incompatibilità tra ermeneutica ontologica ed ermeneutica metodica, va decisamente sorpassata. Essa è più schema scolastico-descrittivo che effettivo. In realtà, taluni protagonisti di questa "polemica", come s'è fatto cenno, hanno essi stessi precisato che si tratta di orientamenti diversi, ma non tra loro escludentisi reciprocamente. Ciò che muta sono i punti di vista e le tecniche dell'analisi, ma l'io che descrive ciò che è è lo stesso che indaga su ciò che deve essere. Ontologia e metodo sono due prospettive che si intrecciano integrandosi reciprocamente nel procedimento ermeneutico avvolto nella soggettività dell'interprete col suo vissuto-vivente. Di questo è bene consapevole il giurista che mai abbandona il principio dell'*oggettività*, senza tradire la sua missione. Egli, forse più di altri, è in grado di rendersene conto; sa bene che l'edificio della giustizia si fonda sulla condizione di possibilità di qualificare con rigore l'esito ermeneutico come giusto o ingiusto, corretto o errato (v. § 10).

Proprio in questo nodo sta l'impasto ermeneutico. I due punti di vista, devono essere accostati non con una disgiuntiva, ma con una congiuntiva.

In questo senso il referente più originale e autorevole nell'area filosofica rimane Ricoeur, già ricordato, con la sua "*via lunga*", che muove dall'analisi strutturale del linguaggio come evento e da "*Le conflit des interpretations*".

La ricerca relativa alla tematizzazione del "*sommo principio*" della certezza giuridica deve impegnare i cultori del diritto positivo sulla strada già aperta, ma ancora da percorrere.

Come già anticipato, svolgere questo problema non rientra nel mio piano; vorrei solo mortificarlo limitandolo a richiamare due figure, come tenue spunto di una ricerca di diritto positivo nel senso ora accennato.

Le due figure sono previste nel codice civile che ci governa: la confessione e la cosa giudicata.

L'art. 2730 detta la *nozione* della prima: "*La confessione è la dichiarazione che una parte fa della VERITÀ di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte*"; l'art. 2733 ne fissa il trattamento: "*Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta*".

Il legislatore non avrebbe potuto lavarsi le mani, omettendo la parola *verità*? La limpida determinazione del trattamento non dà adito a dubbi. Che invece insorgono, almeno a prima vista, proprio su quell'ingombrante presenza nel testo, inducendo la domanda: che ne è della confessione, ove i fatti dichiarati non corrispondano a verità? La confessione, si è visto, fa *piena prova* e cioè non

può "essere liberamente apprezzata dal giudice", e perciò sta. Ma sulla parola *verità*, seppure con la maggiore libertà ermeneutica di cui s'è detto, si deve pur fare luce, non si può eliminare, e cioè cancellare *in limine*.

Il legislatore parla il linguaggio della legge, che è anche linguaggio performativo: di fronte alla legge e ad opera della legge la confessione è verità, e cioè incontestabile. Alla verità storica sopravanza l'interesse generale alla *stabilità*. Il civilista si è affrettato a spiegare e a costruire: alla verità storica si sostituisce il principio di autoresponsabilità del confidente, che ha dichiarato quel fatto come verità. Emerge così una verità creata e non trovata, che si risolve in verità-fermezza-incontestabilità.

Anche lo stesso linguaggio del privato è conformativo: l'atto del dire si presta a determinare ciò che facciamo *nel dire* (una preghiera, un comando) o *col dire*, che induce qualificazione ed effetti giuridici.

La figura non va ulteriormente scandagliata perché addotta qui solo in via esemplificativa, per ribadire la necessità di porre in chiaro i diversi significati che certe parole possono assumere, come la parola *verità* che ricorre nella legge diverse volte.

Ma il discorso non può fermarsi qui. Un filosofo del diritto, Antonio Punzi, ha tracciato con finezza argomentativa e ampiezza di sguardo un disegno illuminante sul diverso atteggiarsi di *certezza*, *sicurezza*, *verità*: "*il potere e la promessa di sicurezza*", "*la legge e la promessa di certezza*", "*il processo e la promessa di verità*".

Le parole *verità* e *certezza* hanno ampia storia nelle diverse discipline e anche nella scienza giuridica.

Crollati i miti, si deve indagare caso per caso cosa esse nascondano, perché sono lì a indicare istituti, figure giuridiche. In realtà le parole rimangono, ma questo non significa immobilismo dogmatico poiché i significati mutano, inesorabilmente soggetti alla temporalità. Anche questa non è una novità per il giurista: la dottrina civilistica ha studiato l'eterogenesi di significato di certe parole che parrebbero metastoriche, come quella di *contratto*: mutamento in verticale, dal diritto romano fino all'art. 1321 c.c., diversità in orizzontale contrapponendo *civil law* a *common law*.

In questo lavoro di incessante ricostruzione concettuale degli istituti giuridici, secondo un'ermeneutica aperta, si può utilizzare l'ampia dottrina generale, specie la filosofia che opera una serie di distinzioni, come certezza soggettiva e oggettiva, evidenza, prevedibilità, e ne traccia il vario loro atteggiarsi nella storia del pensiero, da Aristotele a San Tommaso, da Cartesio a Vico, a

Kant, e si potrebbe continuare fino ai maestri del sospetto, all'ombra dei quali ancora si muove il pensiero contemporaneo.

14 Dovrei far cenno all'altra figura dell'istituto giuridico che s'è indicato, la *cosa giudicata* (art. 2909 c.c.), pura invenzione dell'ordinamento giuridico imposta dall'esigenza primaria della pace sociale: la lite sul *quid iuris* non può durare all'infinito. Eppure anche qui, a mischiare le carte, fa capolino l'ordinamento canonico, orientato diversamente da quello dello Stato; in esso su talune materie la cosa giudicata non si forma mai perché prevale l'affermazione della verità in assoluto.

\* \* \*

Nel congedare queste riflessioni sul *Ritorno al diritto* mi domando fino a che punto sia riuscito ad adempiere il compito di interprete, oggi arricchito da un'ermeneutica matura, che ha pervaso la nostra cultura non solo giuridica. Un interprete che nel comprendere si pone in rapporto col passato, da intendere non come *Vergangen* (passato già chiuso), ma come *gewesen*, meglio come *gelebt*: possibilità aperta d'un interprete capace di donare la propria esperienza interiore d'un vissuto-vivente.

Ontologia e metodica costituiscono due prospettive che si intrecciano, integrandosi reciprocamente nel processo ermeneutico, avvolto (ontologicamente) nella soggettività dell'interprete, ma esigente (epistemologicamente) di oggettività, che può essere assicurata da rigore metodico.

A fronte di questo compito così radicale è veramente difficile rispondere a quella domanda. Ma, nel più ristretto ambito della mia esperienza, una testimonianza posso renderla e dire, oltre il valore scientifico, quanto di cultura e di utilità il libro di Paolo Grossi arricchisca anche chi è piegato nel suo sforzo quotidiano di trovare in concreto la misura per dettare una sentenza giusta o rinvenire nell'ordinamento la regola di condotta, guida sicura nel percorrere con consapevolezza "*questo nostro difficile e fertile tempo di transizione*", nel quale l'uomo contemporaneo, non più garantito da assoluta certezza, deve farsi carico di vibrato impegno etico accompagnato da lucida responsabilità.

La sfida sull'effettività attende un diffuso mutamento di mentalità; ma non basta, è necessaria anche la *passione* del riscatto, dalla ingenuità del rimpianto, dal ricatto della nostalgia.

