



# ORDINES

*Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2022

DOMENICO BILOTTI

## **Il diritto, o della felicità degli infelici**

M. LA TORRE, *Pretesa di progresso. Sull'evoluzione nel diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021

DOMENICO BILOTTI\*

**Il diritto, o della felicità degli infelici**

M. LA TORRE, *Pretesa di progresso. Sull'evoluzione nel diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021

Su una nozione si interrogano da tempo, in fondo avendone fatto base della loro stessa deontologia, la politica, come scienza delle amministrazioni e delle istituzioni, il diritto e l'antropologia: quella di "progresso". Sono ovviamente numerose le declinazioni e proiezioni che ne originano. La teologia politica ne ha fatto una sorta di soteriologia laica, per cui il progresso è la direzione impressa alla consecuzione delle decisioni, nella sfera pubblica. Ne deriva però un paradossale cortocircuito nichilista, che contraddistingue le interpretazioni decisionistiche: il *dispositivo* si pensa in sé autosufficiente, ciò che è decisione si dà quale speciale decisione contemporaneamente giusta, necessaria e vincolativamente efficace a ogni effetto. Per parte propria, il diritto positivo – in particolar modo, in questi tempi in cui il diritto in quanto regolazione e l'economia come fattore selettivo dei concreti rapporti sociali interagiscono sempre più spesso – ha assunto in sé la accezione di progresso in modo ambiguo o, almeno, non sempre lineare, oscillando tra l'attribuzione delle libertà politiche, il riconoscimento di quelle civili, la redistribuzione dei beni materiali e immateriali che governano l'effettivo esercizio di quelle sociali. Anche l'antropologia si è interessata del "progresso", non smarcandosi fino in fondo dalle categorie dell'evoluzionismo, ché anzi quelle, nate empiricamente e sulla base di processi osservazionali precisi e materiali, sono oggi ricondotte a un'assiologia obbligatoria, per cui ogni cambiamento determina, secondo una accezione invalsa e quanto mai abusata, un presunto mutamento di paradigma. Siamo, insomma, a dover ammettere che la politica, il diritto e l'antropologia sono ancora imbrigliati sulla tela di Gauguin, lì a chiedersi "Da dove veniamo? Chi siamo? Dove andiamo?".

Su quella tela troviamo oggi vergate le linee di La Torre, con un recente volume che non si limita a dar veste organica a studi, ricerche e saggi precedenti, piuttosto collocandosi in una specifica direzione dell'analisi: il diritto come progresso, come categoria del ragionamento

---

\* Ricercatore di Diritto ecclesiastico e canonico presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro.

che fonda la propria dogmatica sul dovere di migliorare e migliorarsi. L’A. lo mette *in apicibus* alla propria trattazione. Si afferma una chiarissima ontologia del diritto, per cui “*v’è intrinseca, come condizione performativa di “felicità” [...], la pretesa ch’essa, la decisione, produca uno stato normativo migliore*”. A ben vedere, nulla di sovrapponibile alle elaborazioni sorte, a partire dal lascito di Adam Smith, in Autori come Hayek e von Mises, che, innanzitutto, non interpretano l’evoluzione per forza come progressione e che questa evoluzione non fanno dipendere da fattori intenzionali, generando piuttosto quella spontanea dinamica di adattamento involontario *ex se* il *migliore dei mondi possibili*, che sia la mano invisibile del mercato o l’ordine della catallassi.

Che il progresso e il diritto abbiano necessariamente uno stipite in comune sembra per tali ragioni del tutto innegabile, anche perché quello stipite, ancora una volta come su una tela celebre quale “Le tre età della donna” di Klimt, risulta la *sostanza* immateriale in cui è immersa la vita: il tempo. Fuller ha intuito prima d’altri che fossero le consuetudini e gli usi a risultare in quanto norme sedimentatesi *al passato* e nel passato, attraverso l’*opinio iuris ac necessitatis* che ne ha favorito la diffusione. Le norme di legge devono per loro propria natura proiettarsi invece al futuro, alla regolazione del “non ancora”. La Torre tuttavia non assume acriticamente nemmeno questo punto di vista, se pure gli è giustamente invisibile la carica di atemporalità inscritta nelle metaetiche rivelazionistiche – anche quelle, soprattutto quelle, che del comando divino hanno fatto un argomento per l’uso della forza, e non della misericordia. Non tutte le “evoluzioni” migliorano, non tutte le istituzioni “progrediscono”. Esiste anche un progresso peggiorativo, declinante, che segue il suo moto senza curarsi se l’andatura intrapresa sia effettivamente condizione di realtà per il principio di giustizia sostanziale o strumento di mantenimento dello stato di cose presente – lo annotarono, nella loro formidabile analisi sull’ascesa della borghesia, Marx ed Engels.

Se, sul piano della soluzione politica, i due restano convinti assertori del modello di azione socialista che rivendicano e plasmano, nell’ottica dell’analisi di sistema in fondo danno forma a una premessa necessaria tanto alla produzione originaria della norma giuridica quanto alla sua dinamica attuativa contenziosa. La situazione sostanziale nella quale ci si trova è sempre emendabile: per i teorici marxisti questo abbrivio va condotto attraverso l’avanguardia del partito a uno sbocco rivoluzionario. Il giurista più modestamente – o, forse, nemmeno così modestamente – concepisce la sua azione in quanto attività che interviene su uno status per

apportare un miglioramento. La giurisdizione esprime e ricomponde un conflitto, e così ad esempio emerge nelle acute osservazioni che La Torre dedica al tema della giurisdizione in Kelsen, in Hart e Dworkin (pp. 39-42). Il legislatore, anche quello immerso nella strumentalità politica del suo consenso, propone e addita una trasformazione evolutiva segnata dal buon uso del suo potere di legiferare. Lo dimostra una ricca tradizione teorica dall'Illuminismo ad oggi, introiettata in particolar modo dal repubblicanesimo meridionale italiano tra la fine del XVIII secolo e la seconda metà di quello successivo. E tuttavia anche lo studioso di dottrina, lo studioso *puro* per la sua narrazione vacuamente aulica e lo studioso *improduttivo*, ad avviso dell'ingannevole costruzione culturale del *finanzmarkt-kapitalismus*, partecipa alla pratica del diritto, così convinto di apportarvi un miglioramento. La sua ricerca, la sua proposta *de iure condendo* o la sua critica *de iure condito*, non dovrebbero mai essere la vanità di una presenza colta nella discussione pubblica, ma quell'attività ermeneutica che ambisce a fare *jus quia iustum*, e non *jus quia iussum*.

La Torre osserva come questa rappresentazione dell'esegesi giuridica sia invero interna a parte della cultura continentale, ma, ad esempio, ridottissima breccia riesca a fare nel realismo giuridico statunitense. Nelle sue peggiori declinazioni, esso concepisce in fondo il diritto come sotterfugio predittivo, come autoconservazione del peggio a danno delle categorie sociali che non trovano *cittadinanza* nel diritto e che ad esso indirizzano non riuscite né accolte istanze di riconoscimento. Questo concetto del diritto, quale La Torre contesta ai giusrealisti americani, non sembra però riuscire a rimuovere il nesso ontologico tra il diritto e la modificazione evolutiva di ciò che precedeva la produzione e l'interpretazione del diritto stesso. Anche il diritto del *bad man* ragiona al futuro, cerca di prevedere limiti e intralci alla legge del più forte, se conserva il male, ambisce a conservarlo con continuità. Non postula, certo, miglioramenti universali: fa manutenzione all'iniqua, assodata, mai emendata, distribuzione delle risorse e dei diritti. È, in verità, il progresso deteriore, quello che avalla e aggrava le sperequazioni. La natura deteriore insita in questo modo di intendere il diritto consente, tuttavia, di lumeggiare *a contrario* il possibile corollario della tesi di La Torre, sul diritto come progresso: il diritto è progressivo se favorisce l'eguaglianza e l'eguale libertà; il diritto (come dottrina e come produzione normativa) è regressivo se riduce le libertà e non realizza condizioni di equità.

Non si può ragionare in termini assoluti, se persino Radbruch, pur affermando il primato della certezza della legge sulla sua giustizia, quel

primato concepisce come generale, ma non universale, da preferire piuttosto sol finché sia tollerabile. Si può forse ritenere che l'angolo visuale sia compiaciutamente distante dalle questioni tecnico-specialistiche, ma in realtà esse sono certamente e immancabilmente premesse al discorso di La Torre sull'evoluzione nel diritto. La questione sulla pretesa di giustizia del diritto medesimo – una giustizia che il diritto intende dare costitutivamente a danno di un preteso, previo, ordine ingiusto – necessariamente richiama la nozione più inevitabilmente legata ai compiti e alle attribuzioni degli operatori pratici del diritto: la questione sulla validità della norma. Ciò si afferma perché la definizione della validità esprime in ultima analisi una pari determinazione di cosa intender per diritto. Laddove il diritto non si proietti alla giustizia lungo la dimensione temporale, c'è il rischio che la validità sia costantemente presupposta senza soluzione di continuità, bandendo le evenienze tutte della caducità del diritto (ad esempio, la disapplicazione, la disobbedienza, la riforma e l'abrogazione). E sarebbe tuttavia sbagliato credere che all'origine del fenomeno giuridico ci sia un diritto oggettivo contro un altro diritto oggettivo, un ordine contro l'altro e ogni statuizione altro non sia che soppiantare il vecchio diritto invalido col nuovo diritto valido. Le due definizioni della validità devono piuttosto rassegnarsi a vivere democraticamente una situazione di alchimia turbolenta, per cui il diritto può e deve stratificarsi, ma non può e non deve rinunciare a migliorarsi.

Quali sono le caratteristiche, perciò, di un diritto progressivo, che evolve in direzione della giustizia e che consente la giuridificazione della speranza come *sentimento di aspettazione fiduciosa* all'oggi e all'avvenire?

Nel nono e forse più suggestivo saggio dell'opera (pp. 71-76), comprendiamo la centralità non tanto del linguaggio morfologicamente inteso, ma della pariteticità delle pratiche linguistiche, nella proposta teoretica di La Torre: non è una deviazione dal filo conduttore dello studio, ne è anzi la virtuosa parte integrante. Dove non c'è comunicazione ordinata sulla eguale libertà e sulla comprensione intersoggettiva, il diritto non esiste. Le regole, pur vigenti in comunità che si ordinano in assenza di quelle caratteristiche, rappresentano una normatività antigiuridica, contraria allo svolgimento pacifico di una vita comune, orientata alla massimizzazione della felicità individuale e collettiva. La Torre riprende il saggio di Kant in cui il grande filosofo tedesco tratta dei quattro paradigmi di aggregazione sociale che destinano la persona all'infelicità: la casa di correzione, il manicomio, il caravanserraglio e la cloaca. Kant associa a queste forme elementari quanto disdicevoli di organizzazione

umana dei precisi emblemi spregiativi: la costrizione violenta, l'incomunicabilità alienante, la confusione del mercimonio per via, il putridume inaffidabile. Un Kant che fosse avvezzo alle dottrine che cercano di implementare i diritti umani nel nuovo incedere interculturale della giuridicità, probabilmente, direbbe che queste comunità sono destinate all'infelicità dei singoli che le compongono perché vi negano ogni forma di dignità. È per più versi presumibile che La Torre segua il ragionamento kantiano in modo antifrastico, persino etimologicamente *apotropaico*, per allontanare, cioè, quei paradigmi antiggiuridici di vita sociale dal vissuto quotidiano contemporaneo, in cui loro frammenti storicamente rischiano di riprodursi: nell'autoritarismo, nel populismo, più prosaicamente nelle *favelas*, nelle carceri, in quei tortuosi corridoi che aprono a grigi stanzoni nell'opera di Kafka.

Con gli strumenti di una propensione dialogica certo più evoluta di un tempo, "Pretesa di progresso" indica, pur senza richiamarla espressamente, la genesi del costituzionalismo occidentale delle rivoluzioni settecentesche. Quello, ancor tutto imbevuto di riferimenti culturali alle pur depredate istituzioni privatistiche e pubblicistiche di *ancien régime*, che per farla davvero finita col male del *vecchio ordine* intendeva intestarsi come scopo e fine la felicità dell'essere umano. In conclusione, il diritto come progresso, in quanto evoluzione migliorativa che si realizza performativamente all'atto di esistenza del diritto *giusto*, è la straordinaria felicità degli infelici – si tratta, sarà lecito concludere, di un genitivo di vantaggio.

Quel diritto si propone con speranzosa e peculiare efficacia costitutiva sapendo guardare alle esasperanti fatiche e difficoltà del mondo in cui nasce, con la precisa intenzione di modificarlo *in meglio*. Senza aderire a inappropriate proiezioni utopistiche e consolatorie, persino nella loro rassegnazione, è tuttavia certo che la felicità universale che sublima la felicità di tutti ecceda le istituzioni del diritto. È pur inevitabile che il diritto, per continuare a esistere oltre la propria narrazione, non possa che puntare a quell'orizzonte, compiendo tutti gli sforzi necessari per avvicinarsi, senza davvero mai raggiungerlo a fondo.

Il giurista di La Torre ci esorta di nuovo a immaginare, secondo l'insegnamento di Albert Camus, Sisifo felice? Crediamo di sì e, ciò credendo, crediamo soprattutto di non allontanarci dalle ipotesi di ricerca in "Pretesa di progresso" proposte dall'Autore.