

Francesco D'Agostino

Il diritto tra tradizione e contingenza (1)

In clear opposition to values stemmed from tradition or natural law, modern time enhances and cares for the contingent nature of law to the point to embrace any social practise. In this context, contingency refers to the lack of any binding principle which implies that legal norms' change depends only upon limitless and free social mutations. Leaving apart the value of tradition and denying the possibility to found law on the base of natural law, it turns out that the quality of law is not supported by the immanent value of its norms but it is backed up by the mere fact that law can always be changed. Modern law emphasises its quality of being a legal positivism. The production of law as being a legal positivism simply means the selection (among all possible material norms) of those norms that have been retained valid; in other words, norms recognised as such for they are coercive.

1. Distinguo tra tradizione in senso debole e tradizione in senso forte. La prima consiste nell'ordine delle idee, delle convenzioni, delle pratiche sociali trasmesse da una generazione all'altra e prive di una fondazione riconducibile a un progetto deliberato: tali tradizioni non sono dotate, in sé e per sé, di altro valore se non quello psicologico di rassicurazione ai fini della correttezza dell'agire quotidiano. Per tradizione *in senso forte* intendo pratiche, estrinsecamente analoghe alle precedenti, e al limite ad esse del tutto sovrapponibili, dotate però, diversamente da queste, di un fondamento *valoriale*, per lo più ritenuto di carattere assoluto e quindi inviolabile. Gli usi linguistici appartengono alle tradizioni in senso debole e per questa ragione hanno un'intrinseca fragilità (e per questo non ci si deve stupire se gli italo-americani o gli italo-argentini hanno perduto pressoché tutti la conoscenza dell'italiano); quando però un uso linguistico ha un fondamento sacrale (come è il caso dell'arabo coranico) la sua forza è inimmaginabile.

1.1. L'utilità delle tradizioni in senso debole è fuor di discussione: come ha ben spiegato Hayek (*Legge, legislazione e libertà*, tr.it., Il Saggiatore, Milano 1986, pp. 43 e ss.) esse, considerando l'ignoranza umana, minimizzano i costi della vita associata e rappresentano una strategia di massimizzazione, capace di tradurre questa ignoranza in risultati ottimali. Nelle considerazioni che seguono si farà piuttosto riferimento alle tradizioni *in senso forte* e con stretta attinenza alla questione del diritto.

1 Relazione presentata a Milano, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, al *Workshop internazionale di Filosofia*, il 24 ottobre 2012.

2. La *tradizione in senso forte* fornisce al diritto, in specie nell'esperienza degli ordinamenti di limitata complessità e bisognosi di forte coesione sociale, un fondamento potente, *intuitivo, irriflesso* e conseguentemente non dialogico.

3. L'affermarsi e lo sviluppo del pensiero *critico e razionale*, profondamente *ri-flessivo* e da questo punto di vista *anti-intuitivo* (si rilegga nel *Fedro* platonico il dialogo iniziale tra Socrate e il suo giovane allievo) pone all'esperienza e al pensiero basati sulla tradizione difficoltà così rilevanti, da potersi arrivare a qualificare, con Max Weber, ogni pratica sociale basata sulla tradizione come *irrazionale*. Nell'esperienza giuridica classica, il pensiero a fondamento razionale si manifesta nelle diverse forme del pensiero *giusnaturalistico*.

3.1 È noto che per Aristotele la tradizione è criterio e garanzia di verità (*Met.*, XII.8.1074b). Lo studio critico delle tradizioni giuridiche, nella loro varietà, però, sembra indicare il contrario, a meno che non si postuli un'*arché giuridica* andata storicamente appannandosi e non si ritenga possibile farla comunque emergere dal suo attuale stato di dispersione. Questo lavoro, che costituisce la parte più filosofica dell'etnologia, richiede però l'adesione a un apriori storicistico, quello della costante, anche se nascosta, presenza della verità nella storia, o comunque l'adozione di un adeguato metodo giusnaturalistico. In assenza di tale apriori il tradizionalismo giuridico appare debolissimo, se non inconsistente.

4. La contrapposizione tra il modello giuridico *tradizionalistico* e il modello *giusnaturalistico* è antica.

4.1. Il modello tradizionalistico, identificando il diritto con i *mores maiorum*, con le *consuetudini*, con valori che si radicano nel tempo e che emergono dal tempo, o con la volontà normativa di Dio, possiede un'ineliminabile venatura etnico-identitaria, a volte nobilissima, ma inevitabilmente *discriminante*. Il diritto, spiegava Savigny, esprime lo *spirito del popolo*: ma di un popolo, quindi, inevitabilmente determinato e di principio portato a proclamare la propria superiorità su ogni altro (anche se non sempre militarmente): quella dinamica che è stata efficacemente chiamata la *costruzione del nemico* (U. Eco, *La costruzione del nemico*, Bompiani, Milano 2012) si fonda sul *pregiudiziale disprezzo* delle tradizioni altrui, lette come inevitabilmente antagonistiche alle proprie.

4.2. Il modello giusnaturalistico, invece, insistendo sulla valenza universale del diritto naturale, che vale in Atene come in Babilonia e limitando la rilevanza antropologica delle tradizioni, giunge ben presto a sottolineare la valenza anti-discriminatoria del diritto, che garantendo agli uomini una comunicazione transnazionale opera efficacemente per massimizzare il loro *bene* (come dimostra il fatto che lo *jus mercatorum* è tra le esperienze primigenie del diritto).

4.3. La razionalità del modello giusnaturalistico ne spiega il carattere *freddo*, tanto quanto la ristrettezza del suo orizzonte spiega il carattere *caldo* del modello tradizionalistico del diritto.

5. Col paradigma tradizionalistico il cristianesimo ha avuto fin dagli inizi un rapporto complesso: da una parte si colloca la solenne affermazione di Gesù, secondo la quale *nemmeno uno iota* della legge è destinato a tramontare (Mt, 5.-17-18) e che sembra avvalorare il primato universale della legge degli Ebrei, dall'altra però l'universalismo paolino del *Non esiste più né giudeo, né gentile* (*Colossesi*, 3.9.11,

Galati, 6.15) letto in connessione con l'altrettanto ferma affermazione che si legge nell'*Apocalisse* 21.5: *ecco, io faccio nuove tutte le cose*, dimostra che non è la tradizione che va conservata, ma la parola di Dio, che può essere pronunciata all'inizio (dando così ragione al tradizionalismo), così come alla fine della storia (dando così ragione all'antitradizionalismo). Col giusnaturalismo, dottrina ben più filosofica del tradizionalismo, il rapporto del cristianesimo appare invece molto più lineare. Fin dall'età patristica il cristianesimo ha colto la profonda omologia del suo messaggio universalistico di salvezza con la tensione universalistica del modello giusnaturalistico. Il trionfo storico del messaggio cristiano nel bacino mediterraneo prima, nell'Europa continentale poi e in seguito nel resto del mondo che chiamiamo "occidentale" ha depotenziato il modello tradizionalistico del diritto riducendolo a contesti locali e di limitato rilievo civile (si pensi al ruolo, obiettivamente irrisorio, che esercita oggi la consuetudine come fonte del diritto). Invece, in contesti toccati solo limitatamente dal processo di occidentalizzazione, il diritto tradizionale mantiene una perdurante vitalità: il riconoscimento degli *statuti personali*, quasi sempre a fondamento etnico-religioso, ha garantito nel vicino Oriente la sopravvivenza delle minoranze cristiane, ha facilitato nell'epoca della colonizzazione il controllo dei sudditi coloniali da parte dei loro colonizzatori e continua ad esercitare oggi un suo fascino, come possibile strategia per la soluzione dei più gravi problemi che, in un'epoca di globalizzazione e in attesa di quel *meticcio culturale* che è auspicato da molti, sorgono dalle nuove e inedite forme di pluralità delle culture.

6. In ambedue i modelli del diritto, quello tradizionalistico e quello naturalistico, al diritto viene attribuito un fondamento *assoluto* di carattere *valoriale*: un fondamento *storicistico* (nel senso più lato del termine) per il tradizionalismo e *metafisico-religioso* per il giusnaturalismo. In ambedue i casi il discernimento dei valori si presenta come un'esigenza primaria e irrinunciabile.

6.1. Per il tradizionalismo, il problema è quello di discernere la tradizione *autentica e pura* da quella *manipolata o travisata*.

6.2. Per il giusnaturalismo, il problema è quello di leggere in modo filosoficamente e teologicamente corretto la *natura* e di dedurre correttamente da essa i principi a partire dai quali orientare e vincolare le pratiche sociali degli uomini.

7. L'avvento del *moderno*, con la sua caratteristica incapacità di dare consistenza *teoretica* ai valori, sottrae al diritto ogni fondamento *assoluto* e conseguentemente delegittima sia il diritto a fondamento tradizionale che il diritto a fondamento naturale e li accomuna ambedue nella medesima critica.

8. Il moderno ama rivendicare la propria *razionalità*; ma si tratta di una relazionalità ambigua, *funzionale* e non *valoriale*, che si manifesta in genere in una dimensione *tecnocratica*, per la quale il sistema giuridico è assimilabile ad una *macchina normativa*, chiamata a far funzionare in modo ottimale macchine ulteriori, in genere (ma non necessariamente) di carattere *politico* (come quella dello Stato o delle grandi organizzazioni internazionali, con i loro organi multi-livello). A sua volta la dimensione tecnocratica può avere pretese *autoreferenziali* (che sfociano in uno dei miti più caratteristici della nostra epoca, quello della possibilità di progettare macchine *che progettino altre macchine*) o può, più semplicemente, far riferimento a meccanismi funzionali di carattere elementare, ma psicologicamente potenti,

come i meccanismi finalizzati alla raccolta e all'utilizzazione del *consensi*. Il diritto cessa così di essere pensato come manifestazione dello *spirito del popolo* o come vincolo che la natura pone all'agire umano; diviene espressione dello *volontà generale*, la cui individuazione – quando non venga miticamente affidata al *legislatore* di rousseauiana memoria – viene ricavata attraverso il ricorso a diversi possibili sistemi elettorali, ciascuno a suo modo caratterizzato da razionalità funzionale, sempre logicamente imperfetta, ma nel suo formalismo mai logicamente arbitraria.

9. Rifiutando un orientamento valoriale, sia tradizionalistico che giusnaturalistico, il moderno esalta e si compiace del carattere *contingente* del diritto, così come, in chiave più ampia, di qualsiasi altra pratica sociale. *Contingenza* significa, in questo contesto, assenza di presupposti vincolanti, *mutabilità* priva di condizionamenti e di limiti. Abolendo il valore della tradizione e negando la possibilità di poter dare un fondamento giusnaturalistico al diritto ne risulta che la qualità del diritto non sta nel valore immanente delle sue norme, ma nel fatto che esso *può sempre essere cambiato*, quindi nella sua *trasformabilità* e nella possibilità della sua *negazione*. In tal modo il diritto moderno riconosce se stesso solo in quanto *positivizzato*; di conseguenza la produzione del diritto, come diritto positivo, viene a significare semplicemente la *selezione*, nell'ambito di tutte le norme materialmente possibili, di quelle *volute* per essere *valide*, destinate cioè ad essere generalmente *riconosciute per tali* e meritevoli di essere rafforzate da minacce sanzionatorie.

10. I sociologi del diritto insistono nel rilevare che il processo, tutto moderno, di *positivizzazione del diritto* costituisce una risposta necessaria ed adeguata alla crescente complessità sociale del mondo. Non c'è dubbio, infatti, che sia infinitamente più semplice verificare una procedura *formale* di validazione di una norma, che non analizzarne il fondamento tradizionale o razionale; così come è meno controvertibile ridurre la giustizia a criterio regolatore per l'analisi della struttura e per la critica delle strutture che non considerarla il fondamento di norme decisionali direttamente applicabili (così N. Luhmann, *La differenziazione del diritto*, tr.it., Il Mulino, Bologna 1990, p. 332). Ciò non di meno, la positivizzazione moderna degli ordinamenti giuridici e la duplice erosione della matrice tradizionale e della matrice giusnaturalistica del diritto, con la conseguente e inevitabile qualificazione formale e non sostanziale non solo degli illeciti (e in particolare dei reati), ma in generale del *bene umano* (almeno nella sua dimensione socio-politica), rendono *fragilissimo* non solo l'obbligo giuridico, ma anche (il che per alcuni, e non a torto, va ritenuto ancor più preoccupante) l'obbligo politico.

11. Il riaffacciarsi sul palcoscenico internazionale di pretese *tradizionalistiche* a forte matrice identitaria e religiosa non sta trovando una risposta adeguata. Quella cui si fa più comunemente ricorso, la risposta che rinvia alle dichiarazioni dei *diritti umani*, è meritoria, perché rafforza la vocazione universalistica del diritto, umiliata dal tradizionalismo, ma appare debole, se ai diritti umani si dà un fondamento individualistico e si rinuncia a fornire loro un qualsivoglia aggancio giusnaturalistico. La formula: *Voglio, dunque ho dei diritti*, con la quale con cartesiana radicalità, e in anni ormai lontanissimi, R. Saleilles ha riassunto il moderno fondamento di validità dei diritti dell'uomo (*De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris 1922², p. 535) mostra chiaramente come sia del tutto inutile opporre diritti pensati in tal

modo a logiche tradizionalistiche, nelle quali non è l'individuo, ma la comunità, orgogliosamente settaria, ad essere fonte di normatività.

12. Qualsiasi *innovazione* che non voglia essere qualificata come *cieca* richiede quindi procedure che non si limitino a qualificarne le dinamiche formali di realizzabilità, ma anche e soprattutto la valenza *sostanziale*. Schiacciata tra tradizionalismo e contingenza, la teoria moderna del diritto non è in grado di dare risposte esaurienti a questo problema. E proprio a causa di questa sua incapacità la teoria del diritto sta erodendo dal di dentro la teoria e la stessa pratica della democrazia, come dimostrano l'inconsistenza e la vacuità dei dibattiti in merito alla sua esportabilità.

Francesco D'Agostino
Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"
dagostino@lettere.uniroma2.it

Francesco D'Agostino, nato a Roma nel 1946, insegna *Filosofia del diritto* e *Teoria Generale del diritto* nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata e nella Pontificia Università Lateranense. È membro della *Pontificia Accademia pro Vita* e Presidente Onorario del *Comitato Nazionale per la Bioetica* e Presidente dell'*Unione Giuristi Cattolici Italiani*. È inoltre editorialista di *Avvenire* e autore di oltre venti volumi, alcuni dei quali tradotti in francese, spagnolo e portoghese. Tra i più recenti: *Corso breve di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 150; *Un Magistero per i giuristi. Riflessioni sugli insegnamenti di Benedetto XVI*, San Paolo, Cinisello Balsamo 2011, pp. 128. *Bioetica e Biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 241.