



ISLL Papers

**The Online Collection of the
Italian Society for Law and Literature**

Vol. 16 / 2023

ISLL Papers

The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature

<http://www.lawandliterature.org/index.php?channel=PAPERS>



ISSN 2035-553X

Vol. 16 /2023

Ed. by ISLL Coordinators
C. Faralli & M.P. Mittica

ISBN - 9788854971066

DOI - 10.6092/unibo/amsacta/7215



Humanities e l'interrogativo di cosa si intenda per diritto. L'orizzonte del giurista oltre la 'parzialità' del diritto positivo

Orlando Roselli *

Abstract

[*Humanities and the question of what is meant by law. The horizon of the jurist beyond the "partiality" of positive law*] The meritorious IX National Conference of ISLL, through the specific view of narrative dimensions, stimulates a reflection on what should be understood by "law": such a not surprisingly "recurring" question (Hart) is constantly reiterated with reference to various historical periods and different latitudes. In its "different perspectives", the *Law and Humanities* binomial goes far beyond a mere cultural exercise: it compels us to reflect on the multifaceted variability and mutability of the constitutive factors of the "legal dimension" (syntagma dear to Paolo Grossi), which go beyond the sole provisions' implementation. The varied artistic and narrative manifestations represent instruments to understand the human condition with which the law must relate. Multidisciplinarity and attention to artistic expression are a must for a contemporary jurist. The jurist can only be a Siddhartha, a seeker (Hesse) who is not afraid to discover uncharted lands and can sail bravely through the sea storm of unsatisfied orderly needs.

Key words: Law and Humanities – Legal dimension – Role of legal culture

1. Considerazioni preliminari

Innanzitutto, complimenti ai promotori di questa culturalmente e scientificamente importante iniziativa ed in particolare al vulcanico Alberto Vespaziani. Il meritorio Convegno dell'ISLL, attraverso la particolare visuale delle dimensioni della narratività, sollecita la riflessione su cosa debba intendersi per "diritto": su di un quesito che, non a caso, è "persistente"¹, si ripropone continuamente con riferimento alle varie epoche storiche ed alle diverse latitudini. Il binomio *Law and Humanities*, nelle sue "diverse

* Già professore ordinario di Istituzione di diritto pubblico nell'Università di Firenze – orlando.roselli@unifi.it. Mantengo il tono colloquiale della relazione tenuta il 30 giugno 2022 al IX Convegno nazionale dell'ISLL, con l'aggiunta di rinvii bibliografici essenziali. .

¹ A. Simoncini, *Cos'è il diritto? Una domanda "persistente"*, in V. Ventorino, P. Barcellona, A. Simoncini, *La lotta tra diritto e giustizia*, Marietti, Genova-Milano, 2008, 147 ss. che, tra l'altro, riporta le considerazioni svolte da H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 2^a ed., 2.

prospettive”, va ben oltre ad un mero esercizio culturale: da un lato, obbliga a riflettere sulla poliedricità variabilità e mutabilità dei fattori costitutivi della dimensione giuridica, che vanno oltre la sola statuizione delle disposizioni; dall'altro, assurge a necessaria implementazione della formazione del giurista.

Le variegate manifestazioni artistiche e narrative non sono solo momenti di “ispirazioni” per il giurista [lo sono certamente, si pensi al rilievo che ha “l'immaginazione” nello svolgimento della propria funzione ordinamentale² o alla più ampia percezione del “possibile”³], ma parte dello strumentario del giurista. Non esibizione di erudizione, ma attenzione alla contestualizzazione degli ordinamenti giuridici; contestualizzazione che include tali manifestazioni nelle complessive dinamiche culturali, religiose, sociali, politiche, economiche, scientifiche e tecnologiche.

La multidisciplinarietà e l'attenzione per le espressioni artistiche è una scelta obbligata per il giurista contemporaneo⁴, multidisciplinarietà ed attenzione che non significano vacuo eclettismo ma portare ad emersione e consapevolezza fattori tradizionalmente considerati metagiuridici, ma condizionanti (anche quando pretendiamo di negarlo) ciò che definiamo “diritto”, fenomeno ideologicamente ridotto tendenzialmente alle sole statuizioni dal positivismo giuridico ma che attiene ad una “dimensione” molto più articolata della determinazione dei processi ordinamentali⁵. Viviamo in un'epoca di transizione, tra un vecchio che stenta a morire ed un nuovo che ha difficoltà ad immaginarsi, e questo rende la nostra funzione di giuristi ancora più affascinante e densa di responsabilità.

Non è in crisi l'idea di diritto, ma un'idea storicamente datata di diritto. Stanno mutando (e c'è la necessità ordinamentale del mutamento) non solo istituti categorie principi giuridici, ma i caratteri della giuridicità. Il giurista non può che essere un Siddharta, colui che cerca⁶, non deve essere timoroso di spingersi in terreni inesplorati; deve navigare coraggioso nel mare in tempesta delle esigenze ordinamentali insoddisfatte. Ampliare lo strumentario del navigatore giurista non significa un apodittico autodafé di ogni profilo delle tradizioni giuridiche.⁷

A chi paventa il rischio di un ingovernabile eclettismo, nell'integrazione ed ampliamento dello strumentario di un giurista che si interroga su cosa sia ‘giuridico’ oltre la mera statuizione delle disposizioni, rispondo non negando il pericolo, ma che questo non può condurre alla rinuncia ad affrontare le (nuove) sfide ordinamentali che necessitano del ruolo sempre più rilevante della cultura giuridica e delle giurisprudenze nella determinazione dei processi di strutturazione di ciò che definiamo “diritto”⁸.

² P. Costa, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 1995, n. 1, 1 ss.

³ M.P. Mittica, *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁴ Sia consentito rinviare a O. Roselli, *Un problema di natura costituzionalistica: la ricerca di cos'è diritto oltre le sole disposizioni. Il contributo di scienze ed arti*, in *Rivista AIC*, 2022, n.2, 129 ss. (il contributo è consultabile anche in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2021, Scienza costituzionalistica e scienze umane*, Atti del XXXVI Convegno annuale, Napoli 3-4 dicembre 2021, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 227 ss.).

⁵ Come sottolinea il fondatore del *Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno* e dei *Quaderni fiorentini* Paolo Grossi in una molteplicità di profondissimi contributi. Sul pensiero dell'intellettuale fiorentino, anche per questi profili, si v., tra i tanti: P. Grossi, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, il Mulino, Bologna, 2018, *passim*.

⁶ H. Hesse (1922), Siddharta. *Poema indiano*, Frassinelli, Torino, 1945 ed in tantissime ulteriori pubblicazioni.

⁷ Come ha sottolineato, in diversi contributi, Maria Rosaria Ferrarese.

⁸ O. Roselli, *Un problema di natura costituzionalistica: la ricerca di cos'è diritto oltre le sole disposizioni. Il contributo di scienze ed arti*, cit., in part. 137 ss.

Del resto, ogni interpretazione, in misura maggiore o minore, consapevole o inconsapevole, è attività ermeneutica: tanto più ne ignoriamo le dinamiche tanto più ne siamo condizionati. Prendo a prestito le riflessioni delle grandi Scuole psicanalitiche da Freud a Jung ad Adler a Hillman: occorre portare ad emersione ‘l’inconsapevole giuridico’ per costruire le risposte ordinamentali coscienti di cui necessitano le nostre società.

2. L’idea di ‘diritto’ tra scienza o/e ideologia

Esiste uno iato tra il modo dominante di concepire il diritto e le esigenze ordinamentali delle società postmoderne. Ciò che definiamo “scienza giuridica” per poter svolgere la propria funzione ha necessità di rivoluzionare parte almeno dei paradigmi di riferimento, che si sono determinati (e sono non a caso mutati nel tempo) per ragioni storiche. La cultura giuridica non è sempre propensa (ed è comunque in difficoltà) a rimettere in discussione antiche certezze, anche quando palesano inadeguatezza rispetto alla propria funzione ordinamentale. Ma il fondamento del giuridico risiede proprio nella capacità di costruire un circuito ordinamentale che gli altri sottosistemi sociali non sono in grado di determinare. La cultura giuridica deve coltivare questa attitudine e per farlo deve aprirsi alle altre scienze ed alle *humanities*.

Le grandi teorie generali del diritto hanno sovente la struttura delle ideologie: predefiniscono ciò che è diritto ed espungono dal giuridico tutto ciò che non rientra nella definizione in un approccio apoditticamente dicotomico. Il rischio è di depotenziare il diritto della propria funzione ordinamentale, di dotarsi di uno strumentario giuridico obsoleto rispetto alle esigenze della società. Il ragionamento giuridico tende così ad avere il consolante ma infruttifero sclerotico schema dicotomico: la definizione di diritto viene presupposta come fosse ontologicamente predefinibile a prescindere dalla sua “carnalità”⁹ e tutto ciò che non rientra nella predefinizione viene semplicisticamente espunto dal giuridico. Si tratta di un procedere che nelle ricostruzioni più raffinate può apparire forse coerente, ma che finisce per essere smentito dai processi storici, dall’emergere di forme originarie di diritto, come è, ad esempio quella *lex mercatoria*, frutto di processi economici sociali e culturali, riconosciuta applicabile dalle Corti di Cassazione italiana e francese sin dagli anni ‘80 in quanto proprio ordinamento originario¹⁰.

Il diritto in quanto fenomeno sociale è un processo in divenire, che muta pelle nel fiume della storia dove disposizioni e dinamiche metagiuridiche si mescolano in un rapporto sempre nuovo che la cultura giuridica ed i giuristi devono continuamente ricomporre in ordinamento.

Significativamente, la stessa nostra Corte costituzionale, come noto, ha finito per distinguere tra disposizione e norma elaborando un articolato complesso di sentenze interpretative. Ma la “lotta per il diritto”¹¹ è stata, in epoca moderna, intesa dalla cultura giuridica dominante come lotta per il predominio esclusivo delle statuizioni del potere politico nei processi ordinamentali (quello che Paolo Grossi ha definito con un sintagma

⁹ Il sintagma “carnalità del diritto” è ricorrente nella riflessione di Paolo Grossi. Considerazioni interessanti in tal senso sono anche in J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e ed., LGDJ, Paris, 2013, *passim*.

¹⁰ F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna, 2005, 60/61.

¹¹ Riprendo l’espressione usata per titolare il proprio famoso libro del 1872 da Rudolf von Jhering: *Der Kampf um’s Recht*.

suggestivo del riduzionistico “assolutismo giuridico”¹²). Il diritto ha coinciso con il ‘dover essere’ stabilito dalla volontà del legislatore, relegando l’interprete a mero esegeta, nutrendosi di “mitologie”¹³ costruite sulla finzione che categorie ed istituti giuridici a ciò funzionali fossero un dato ontologico astorico del diritto. A porre in crisi tale concezione non sono tanto o solo le pur serrate critiche di una parte della dottrina, quanto l’essere inadeguata a dare soluzione alle vecchie e nuove esigenze ordinamentali della società. Tanto è vero che l’asse ordinamentale si è orientato verso un rafforzamento del momento interpretativo/applicativo¹⁴.

Il diritto per poter svolgere la propria funzione, in un’epoca in cui muta il rapporto delle norme nel tempo e nello spazio¹⁵, in cui gli stessi circuiti ordinamentali non giuridici vivono crisi valoriali e relazionali e le nostre società conoscono metamorfosi strutturali, deve recuperare quella parte sempre più significativa del proprio strutturarsi che trova origine in fenomeni metagiuridici (sociali, culturali, tecnologici, scientifici, etici e religiosi) che concorrono a fare del diritto un fenomeno ben più ampio e poliedrico di quelli (ovviamente essenziali) di derivazione politica. Il diritto ha necessità di uscire dal consolante fortitizio del ‘dover essere’, per divenire, parafrasando Heidegger, un “esserci” ordinamentale.

Esserci ordinamentale che ha a che fare al contempo con il dato di diritto positivo e con le dinamiche dei vissuti e dei fatti che hanno una valenza nella strutturazione delle nostre società.

3. Humanities e costruzione di un ordinamento della convivenza

In questa prospettiva riflettere sul rapporto tra *humanities* e diritto, tra *humanities* e costruzione di un ordinamento della convivenza (il mio orizzonte è quello valoriale del costituzionalismo contemporaneo) è non solo significativo, ma indispensabile. Indispensabile, perché le disposizioni sono solo parte della giuridicità, e pertanto la comprensione di cosa sia diritto richiede fare i conti con le difficoltà della condizione umana e quella che Ulrich Beck ha definito “metamorfosi del mondo”¹⁶. Ma questa comprensione il diritto la deve attingere anche da fuori, perché non tutto gli può pervenire dal pur necessario utilizzo di sillogismi. C’è un di più che è indispensabile al giurista, allo svolgimento della propria funzione di costruzione degli strumenti ordinamentali, che richiede alla scienza giuridica di non arroccarsi in una pretesa autosufficienza. Si badi bene, non è il venir meno del suo carattere di scientificità è, all’opposto, individuarne caratteri, specificità, idoneità rispetto alla propria funzione ordinamentale.

In questo contesto, caratterizzato da crescente complessità, il ruolo della cultura giuridica e del giurista diventano sempre più fondamentali. Caratteri, specificità, idoneità, funzione ordinamentale non sono concetti asettici, sono in funzione del portato valoriale

¹² Tema affrontato in molti scritti con sempre maggiore profondità dallo straordinario studioso, si v. almeno: P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998.

¹³ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

¹⁴ Come hanno in molteplici occasioni sottolineato molti studiosi, tra cui Paolo Grossi.

¹⁵ Si v., per tutti, M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2002 e Id., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

¹⁶ U. Beck, *La metamorfosi del mondo*, Laterza, Bari-Roma, 2017.

che ogni ordinamento esprime. Affermare, come ho sostenuto¹⁷, che nei processi di strutturazione della dimensione giuridica fattori metagiuridici sono parte interna e non esterna alla giuridicità non significa dunque aderire al realismo *hard* nordamericano: il diritto non è riducibile ad un affastellamento disordinato di fatti, se non è in grado di ordinarli non adempie alla propria funzione. Significa portare a consapevolezza tutti i fattori strutturanti la giuridicità, fondare il ragionamento giuridico sulla trasparenza dei suoi processi costitutivi.

Le *humanities* possono avere un ruolo fondamentale per il giurista e la persona non giurista (importante è anche il modo in cui viene percepito il diritto nella società¹⁸). In altre occasioni¹⁹ ho provato a dimostrare, ad esempio, che il fondamento dei diritti inviolabili dell'uomo e della loro ineludibile necessità è comprensibile più con l'ausilio delle arti che non di una asettica logica giuridica: attraverso l'empatia con le sofferenze delle vittime fatte rivivere dalla cinematografia, dalla letteratura, dal teatro, con la forza dirompente delle parole, dei suoni e delle immagini. Spesso sono proprio grazie a tali espressioni artistiche che la cultura della inviolabilità dei diritti umani è divenuta patrimonio di massa.

4. Le dimensioni della narratività

Ma la narrazione della condizione umana e sociale non procede secondo percezioni univoche, non è una dimensione totalizzante, ma consegue alle plurali, contraddittorie e controverse, sensibilità che attraversano le nostre società. Questo fenomeno accomuna anche le arti: del resto, come noto, bello e buono non sono concetti coincidenti. Ecco che sia la scelta delle narrazioni che il confronto-scontro sul loro prevalere fanno parte di quella elaborazione culturale e di quel confronto valoriale il cui esito incide nella stessa strutturazione della dimensione giuridica.

Il diritto è sempre più, con evidenza, *ars combinatoria*, fenomeno peraltro tutt'altro che nuovo, che accompagna, per esempio, nell'antica Grecia la nascita del diritto rispetto a miti a cui era devoluta anche una funzione di ordine sociale²⁰.

Il Comitato scientifico del Convegno, nella traccia proposta, nel trattare “le fonti di ispirazione” del giurista tocca molti di questi temi/problemi: dalla scelta tra “opzioni” interpretative “giuridicamente valide”, scelta condizionata anche da fattori metagiuridici; alla continua costituzione e ridefinizione dei “significati”; alla “circolarità tra linguaggio e metalinguaggio, tra opera d'arte e critica, tra diritto positivo e dottrina” e “le forme della narratività che nutrono le precomprensioni del discorso giuridico”. Ed il tutto viene proposto ponendosi l'obiettivo di una valutazione operosa di questo procedere che si ponga il problema di valutare “benefici e pericoli” nell'integrare la formazione del giurista con le *humanities*.

¹⁷ O. Roselli, *Un problema di natura costituzionalistica: la ricerca di cos'è diritto oltre le sole disposizioni. Il contributo di scienze ed arti*, cit., *passim*.

¹⁸ M. Zanichelli, *Il diritto visto da fuori. Scienziati, intellettuali, artisti si interrogano sul senso della giuridicità oggi*, FrancoAngeli, Milano, 2020.

¹⁹ O. Roselli, *Il volto disumano della realtà senza un 'diritto umano'*, in F. Casucci (a cura di), *Il volto umano del diritto*, ESI, Napoli, 2019, 177 ss., in cui ho redatto le conclusioni sul fondamento epistemologico dei diritti fondamentali utilizzando il genere della novella: 194-196.

²⁰ M.P. Mittica, *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, cit., *passim*. Importanti sono, tra gli altri, i contributi della stessa M.P. Mittica, *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, Giuffrè, Milano, 1996; E. Cantarella, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Feltrinelli, Milano, V ed., 2009; M. Cartabia, L. Violante, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone, Creonte*, il Mulino, Bologna, 2018.

Vengono così investiti i temi della “legittimazione” e “della risignificazione del discorso giuridico”.

Il densissimo programma che ci viene proposto offre intuizioni e pone quesiti, nell'aerosità culturale delle relazioni, di concretissima utilità per il giurista contemporaneo, portando ad emersione molti di questi quesiti e sviluppando intuizioni (cioè elementi ulteriori di comprensione) preziosi per il nostro operare di giuristi nelle sfide della contemporaneità.

Per questo dobbiamo essere grati a Faralli, Heritier, Mittica e Vespaziani.

Riferimenti bibliografici

- Beck U., 2017. *La metamorfosi del mondo*, Bari-Roma: Laterza.
- Cantarella, E. 2009. *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, 5[^] ed., Milano: Feltrinelli.
- Carbonnier J., 2013. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10[^] ed., Paris: LGDJ.
- Cartabia, M. e L. Violante, 2018. *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone, Creonte*, Bologna: il Mulino.
- Costa P., 1995. *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 1: 1 ss.
- Ferrarese M.R., 2002. *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna: il Mulino.
- _____, 2006. *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari: Laterza.
- Galgano F., 2005. *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna: il Mulino.
- Grossi P., 1998. *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano: Giuffrè.
- _____, 2007. *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano: Giuffrè.
- _____, 2018. *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna: il Mulino.
- Hart H.L.A., 1994. *The Concept of Law*, 2[^] ed., Oxford: Clarendon.
- Hesse H., 1945. *Siddharta. Poema indiano*, Torino: Frassinelli.
- Jhering R. von, 1872. *Der Kampf um's Recht*, Vienna.
- Mittica M.P., 1996. *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, Milano: Giuffrè.
- _____, 2006. *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, Milano: Giuffrè.
- Roselli O., 2019. *Il volto disumano della realtà senza un 'diritto umano'*, in F. Casucci (a cura di), *Il volto umano del diritto*, Napoli: ESI, 177 ss.

- _____, 2022. *Un problema di natura costituzionalistica: la ricerca di cos'è diritto oltre le sole disposizioni. Il contributo di scienze ed arti*, in *Rivista AIC*, 2022, 2: 129 ss. (il contributo è consultabile anche in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2021, Scienza costituzionalistica e scienze umane*, Atti del XXXVI Convegno annuale, Napoli 3-4 dicembre 2021, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 227 ss.).
- Simoncini A., 2008. *Cos'è il diritto? Una domanda "persistente"*, in V. Ventorino, P. Barcellona, A. Simoncini, *La lotta tra diritto e giustizia*, Marietti, Genova-Milano, 147 ss.
- Zanichelli M., 2020. *Il diritto visto da fuori. Scienziati, intellettuali, artisti si interrogano sul senso della giuridicità oggi*, Milano: FrancoAngeli.

