

Accessibilità del diritto

Osservazioni su un tema non solo storiografico

gasparini@giuri.unipd.it

PAOLO GROSSI a Padova, Archivio Antico

Forme e realtà dell'esperienza giuridica

26 novembre 2004

La società umana aspira all'ordine dei rapporti intersoggettivi: ordine come prevedibilità delle conseguenze degli atti che coinvolgono i consociati. Ordine come lo intende Gabriel Syme in *L'Uomo che fu Giovedì* di G.K. Chesterton: prendere il treno per la tale destinazione, e raggiungerla.

Il diritto oggi non è in grado di svolgere questa funzione. Ma non ne era in grado nemmeno il diritto medievale e moderno.

Nel migliore dei casi, il diritto è una possibile mappa di un territorio complesso e mutevole, e il giurista è il navigatore che indirizza su una delle possibili strade percorribili il viandante che si trova a doversi avventurare fuori dall'area che conosce.

Non mi piace l'idea che, in virtù della sua conoscenza della mappa, il giurista si ponga come monopolista della mappa stessa, espropriandone i consociati. Si tratta di una immagine corporativa e antisolidaristica, e per di più di una posizione che il sequestro dei corpi da parte della classe medica negli ultimi centocinquanta anni ha già smascherato come insostenibile.

La missione dello storico del diritto è quella di spiegare ai giuristi e ai consociati come abbiamo fatto a cacciarci nei guai in cui ci troviamo, e di elencare le soluzioni che sono state sperimentate in passato e che hanno fallito. Per lo meno si eviterà di ripeterle.

Un passo ulteriore è rappresentato dalla progettazione di nuove forme giuridiche quali risposte a nuove esigenze. Si sente dire in proposito "sono i pratici di rango che fanno il diritto" (e non i legislatori); ma in che cosa consiste il rango? Se viene inteso come il livello di efficacia che riescono a riscuotere le soluzioni proposte, deve tenersi presente che tale efficacia non dipende soltanto dal livello tecnico intrinseco, ma anche da elementi diversi, tra cui l'impatto psicologico e il potere non giuridico esplicato da chi le adotta. La tastiera QWERTY non è affatto la più ergonomica, ma soltanto quella usata dal vincitore di un famoso concorso di dattilografia veloce. Di auto ecologiche ne sono state progettate tante, ma il mondo continua a comprare benzina. Eccetera...

Qualcuno afferma che il nesso tra diritto e potere si è creato soltanto con lo Stato contemporaneo, monopolista dei poteri di governo e ipostatizzato come assoluto titolare dell'ambito giuridico. Da parte mia non riesco a non vedere un nesso tra diritto e potere nel sistema feudale, in quello corporativo (es. disciplina del monopsonio), in quello statutario (socializzazione dei costi d'impresa), nelle norme suntuarie, nella disciplina di istituti successivi come mascolinità, primogenitura, manomorta... Non è mica un caso se prima si è fatta la rivoluzione francese, e ben dopo il codice civile. Ho forti dubbi che fronteggiare una pluralità di poteri sia meglio che fronteggiarne uno solo. Peggio ancora se nel caso di molti di questi poteri (che si tratti di istituzioni medievali o di multinazionali contemporanee) non posso nemmeno votare per contribuire a scegliere chi li gestisce.

L'ipertrofia normativa dello Stato contemporaneo è un problema, ma non un problema irrisolvibile; l'Europa ha convissuto in qualche modo per secoli con livelli di confusione anche più diversificati di quelli che minaccia la devolution. Il problema non è neppure la presenza di uno Stato troppo strapotente e ingombrante nella vita del diritto, bensì l'opposto: l'indebolimento dello Stato, a fronte del rafforzamento di centri di potere non giuridico (economico, religioso, mafioso, terroristico...). Ben prima di scontrarsi col problema rappresentato dalla proliferazione e confusione delle norme imperative, il singolo nella vita quotidiana si trova a dover fare i conti con i monopoli di fatto, i contratti di adesione, l'uso e consumo delle risorse di tutti per il guadagno economico di alcune lobbies...

Il diritto non è più in rapporto con la giustizia? non mi stupisce: il rapporto tra diritto e giustizia consiste nel fatto che le forme di comportamento prescritte o proposte dal diritto per la prevenzione o la soluzione dei conflitti sociali devono essere considerate conformi al senso di giustizia da parte della maggioranza dei consociati, ed è ben difficile ottenere un tale risultato entro società culturalmente disomogenee.

Nel frattempo, il diritto internazionale è morto e putrefatto, come Lazzaro; ma non si può dire al giurista “Se tu fossi stato qui, egli non sarebbe morto”, perchè il giurista era al suo capezzale al momento del trapasso, argomentativo e inefficace come un medico salernitano alle prese con la peste.

CARLA FARALLI, *Il giudice e il diritto. Ermeneutica e realismo a confronto*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 34, 2, 2004, 531-537

“La sentenza è per (Jerome) Frank frutto di intuizioni, per le quali il giudice giunge alle proprie decisioni, prima ancora di aver cercato di spiegarle, sotto la spinta di inclinazioni e gusti prettamente individuali (...). Conseguenza di tale atteggiamento è la negazione della certezza del diritto: essa non sarebbe altro che il perdurare, negli adulti immaturi, della tendenza del bambino a cercare sicurezza nella forza e nella sapienza del padre”.

Questa ricostruzione da partedi Frank della fisiologia della giurisdizione è espressione di una posizione più estrema, ma comunque sulla linea di quella di Grossi: purtroppo, la Faralli non sembra fronteggiarne le aporie (o peggio) logiche e fenomenologiche, e si limita a esprimere la possibilità di formulare riserve “quantitative”, come fa A. Kaufmann.

Secondo me, invece, sia Grossi che Frank (e altri) si incagliano su punti molto fondamentali dell’assetto sociale post-moderno (post 1789) nella nostra area del mondo. *As follows*:

1. E’ davvero curioso come proprio negli US venga formulato (e per di più con tono descrittivo, non prescrittivo!) un concetto tanto antidemocratico di autorità costituita. Il giudice è un mio eguale, un cittadino come me, che guarda caso per mestiere svolge la funzione di sostituire all’arbitrio paterno (e materno, tengo a sottolineare) regole non arbitrarie, perchè frutto di consenso tra coloro cui verranno applicate.

2. Se poi si viene a dire con Kaufmann che l’interprete e la norma da interpretare sono legati da un (virtuoso) “circolo ermeneutico” “in base al quale “chi comprende e chi è compreso sono integrati nella situazione ermeneutica”, allora io chiedo: *chi è* l’interprete?

Se si restringe il ruolo solo ai giudici, o anche ai giuristi (a qualsiasi titolo), escludendo gli altri cittadini, ecco che si esce dall’arbitrio solo per cadere nel monopolio sul diritto da parte di un ceto, cioè sulle regole che io (cittadina) devo osservare.

E la situazione non mi ispira improvvisamente fiducia per il fatto che mi sento menzionare “il consenso possibile tra chi agisce nell’ambito di una autocomprensione nella tradizione”: così agivano anche coloro che nell’Ottocento sparavano sugli scioperanti...