

Fragilità della Costituzione e nichilismo giuridico

MASSIMO VOGLIOTTI

1. *Nichilismo alle porte*

All'alba del nuovo millennio, quando le ragioni del costituzionalismo – calpestate dalla tragedia dei totalitarismi – si erano pienamente affermate sulla scena giuridica delle democrazie occidentali, e tutto faceva presumere nella loro futura diffusione nei paesi dell'Europa orientale che si erano da poco liberati dal giogo sovietico, il «più inquietante fra tutti gli ospiti»¹ bussava alla porta della comunità giuridica italiana.

Ad evocare lo spettro del nichilismo è stato, in un intervento del 2002² e poi in numerosi altri scritti – ora proposti in una ricca silloge anche al lettore francese³ – uno dei protagonisti della cultura giuridica italiana, Natalino Irti. Per la statura dell'Autore ed essendo questi, come sottolinea Giuseppe Zaccaria in una recente lettura critica del nichilismo irtiano, «uno dei pochissimi giuristi in grado di cogliere tempestivamente, e talora anticipatamente, processi e sviluppi del diritto contempora-

neo»⁴, sarebbe un errore intendere la visione di Irti semplicemente come l'ultimo bagliore di una modernità positivista e formalistica al tramonto o, peggio, come un *divertissement* di un giurista ricco di cultura umanistica che, nella fase avanzata della sua vita, abbia subito il fascino del pensiero di Nietzsche e dei suoi epigoni. Nonostante la sua visione nichilistica non abbia fatto proseliti nella comunità giuridica italiana e sia stata, anzi, osteggiata dai più⁵ e sebbene, come vedremo, l'attuale esperienza giuridica sia difforme da quella visione, il nichilismo di Irti va preso sul serio. Dopo la fortunata diagnosi dell'«età della decodificazione»⁶, non vorremmo che la visione di Irti – oggi smentita dalla realtà – si rivelasse domani la profezia di una futura e inquietante età della “decostituzionalizzazione”. A quindici anni dalla pubblicazione del volume *Nichilismo giuridico*, non mancano, infatti, i motivi di preoccupazione: sono numerosi e allarmanti, nell'arena politica e nella società, i sintomi di un indebolimento della cultura costituzionale e ciò non solo

in quei paesi da poco integrati nel progetto europeo, dove si sperimenta una "democrazia illiberale", ma anche nel cuore della vecchia Europa e nella nostra penisola in particolare.

Il nichilismo di Irti rappresenta, infatti, la radicale negazione della tradizione europea del costituzionalismo, tradizione che ha percorso, seppur come un fiume carsico, tutta la modernità giuridica⁷. Il costituzionalismo, con la sua vocazione a porre limiti al potere, è l'antitesi del nichilismo, il quale, nelle pagine di Irti, significa totale riduzione del diritto a potere, *rectius*, a «volontà di potenza», secondo la formula nietzschiana spesso richiamata dal giurista abruzzese.

2. *Il diritto a una dimensione e la fine del «grande stile»*

Ma vediamo come Irti giunge a quest'esito così radicale.

Il punto di partenza decisivo da cui muove è la perdita di ogni fondamento esterno al diritto, perdita che coincide con la fine della tradizione giusnaturalistica, colpita, prima, nella versione antica e medievale del "diritto" naturale, dalla rivoluzione scientifica e antropologica e, poi, nella versione moderna dei "diritti" naturali, dal positivismo, dallo storicismo e dalle scienze sociali.

La crisi del giusnaturalismo – il quale trovò breve ed effimera rinascita dopo gli orrori della seconda guerra mondiale – è stata crisi dei fondamenti immutabili del diritto positivo. Che è così caduto nella necessità di auto-fondarsi, di rinvenire in se stesso il principio della propria giustificazione⁸.

Prima di allora, il diritto era sempre stato concepito in modo dualistico.

Il diritto positivo, cioè posto dagli uomini nella storia degli uomini, non era mai lasciato solo. Contro di esso veniva sempre sollevato un *altro* diritto: non la volontà di un diritto diverso [...] (si sarebbe trattato allora di lotta tra umane energie e forze storiche), ma un *diritto "altro" per fonte e per rango*⁹.

Questo diritto "altro" ha abitato, storicamente, luoghi diversi: dapprima quello riservato alla divinità, poi, quello della natura, «concepita di fronte o di contro alla *storia*: questa, caduca e provvisoria; quella, eterna e immutabile». Dopo, però, che «filosofia e scienze fisiche» hanno «dissolto la natura, l'estrinseca datità, in una trama di prospettive e relazioni umane», viene meno la possibilità di vedere «nella natura la fonte di altro diritto, che si sollevi a criterio orientativo del diritto storicamente stabilito»¹⁰. All'uomo non rimane, allora, che cercare nella sua natura specifica, che è natura razionale, la fonte di quest'altro diritto cui la legge positiva deve conformarsi. Con il giusrazionalismo secentesco e settecentesco, si attribuisce, dunque, alla ragione il compito e la capacità di *scoprire* le norme universalmente valide che regolano la condotta degli uomini, consentendo così di salvare l'antico dualismo, che viene ora presentato come «antitesi fra diritto positivo e diritto di ragione». Ma questo nuovo dualismo, che «non rinvia più a un "al di là", a un piano sovra-sensibile e sovra-storico»¹¹ e che ha bisogno della volontà di un'autorità – la volontà è la facoltà protagonista della modernità – per tradursi in valido e coercibile diritto, apre la strada al futuro positivismo, che finisce per ridurre tutto il diritto alla sola dimensione potestativa, consegnandolo «alla solitudine della volontà umana»¹².

L'esito positivistico della modernità giuridica, già contenuto *in nuce* nella sua fase giusnaturalistica¹³, determina, dunque, la «fine di ogni dualismo»¹⁴. Per Irti, «modernità giuridica» significa, infatti, che «la posizione di norme è consegnata, sempre e soltanto, alla volontà dell'uomo; e che nessun criterio esterno è legittimato a guidare e valutare le scelte così compiute»¹⁵. Ma questa riduzione del diritto ad una sola dimensione, questa consegna di tutto il diritto alla volontà dell'uomo, che non incontra, all'interno del diritto, nessun vincolo contenutistico, è precisamente ciò che Irti intende per *nichilismo giuridico*. Donde l'intima «connessione», denunciata da Nietzsche e ripresa da Irti, «tra nichilismo e modernità»¹⁶.

Sciolto ogni legame con la teologia [...] e cadute le garanzie di natura o di ragione, il diritto si aggrappa a *principi intra-mondani*: spirito del popolo, unità dei codici, Stato nazionale, ideologie politiche, e via seguitando. Ma essi si rivelano per ciò che sono: criteri storici ed effimeri, proiezioni della volontà che ha bisogno di appoggiarsi a qualcosa di «vero» e di stabile. E dopo, allorché queste unità e totalità si disgregano e dissolvono, la volontà rimane ancora solitaria. [...] Questa smarrita solitudine, questa perdita di ogni centro che non sia l'energia della volontà, apre le porte del diritto al «più sinistro fra tutti gli ospiti», il *nichilismo*¹⁷.

Dopo il crollo dei «surrogati mondani della divinità», che «non ci lasciavano soli ed inermi; ci rassicuravano e difendevano»¹⁸, la scienza giuridica tardo ottocentesca, priva di quelle garanzie di stabilità e di solidità, cerca di costruire un ultimo argine per tentare di assicurare una qualche oggettività e unità nel diritto. È la via seducente del Metodo, termine che, per Irti, designa il metodo per antonomasia, quello del concettualismo, forgiato dalla dogmati-

ca tedesca e poi esportato con grande successo e praticato diffusamente fino a tutti gli anni Cinquanta del secolo scorso, segno che quell'esigenza di razionalità sistematica e di astrazione dai contesti storici, politici e sociali era profondamente avvertita dalla cultura giuridica dell'epoca.

Il metodo giunge dal passato, ci precede, costruito dalla tradizione e dall'autorità delle scuole, e noi, dinanzi a qualsiasi norma, lo prendiamo ed applichiamo: e qualsiasi norma, sottoposta al trattamento del metodo, si purifica ed entra nella dignità logica del diritto. Come un detersivo chimico, che lavi tutte le macchie, il metodo sarebbe capace di pulire le norme, di renderle nette e decorose, e infine di raccogliercle in qualche unità superiore. [Esso] esprime l'estremo sforzo di salvare, sotto veste di neutrale tecnicismo, un mondo ormai perduto. [...] Il mondo non c'è più; ma resta il metodo, e il giurista può così attingervi ancora il proprio valore e la dignità scientifica della propria fatica. Egli, in certo senso, vuole quel metodo, perché non è più in grado di volere quel mondo. [...] Ma l'illusione non dura a lungo¹⁹.

1968: anno spartiacque che segna, nella biografia della civilistica italiana, «una stagione di inquietudine e ricerca», dopo che «già da alcuni anni il purismo del metodo tecnico era fatto segno a critiche di principio, o abbandonato nel quotidiano e concreto lavoro». In seguito alla «scoperta» della Costituzione, che imponeva «di ripensare alla luce di essa istituti e categorie del passato», e spinta dalle nuove esigenze di una società in trasformazione e dalle istanze di rinnovamento culturale che da essa si levavano, la dottrina civilistica «aveva finito per aprire, o per socchiudere, le porte già serrate contro l'influenza della ricerca storico-politica e dell'indagine sociologica»²⁰. Sul terreno della normazione, una delle conseguenze più destabilizzanti di quei rivolgimenti, è il fenomeno

della proliferazione delle leggi speciali che Irti, come già si è ricordato, scolpisce prontamente con la formula, fortunatissima, dell'*età della decodificazione*.

Accanto al codice civile, e rannodandosi direttamente ai principi costituzionali, si costruiscono nuclei organici di disciplina, corpi di norme che modificano la fisionomia di interi istituti, o consolidano criteri emersi nelle frammentarie leggi speciali, o provvedono alla tutela di interessi di specifici ceti e gruppi economici. [...] La legge speciale (non attuatrice di principi del codice, ma decodificante) non può essere trattata con gli stessi strumenti: né mortificata come effimera e labile parentesi, né ricondotta, come semplice deroga, alla logica totalitaria del codice civile²¹.

Il fenomeno della decodificazione, precisa Irti, non è ridicibile a «un estrinseco mutamento di tecnica legislativa». Esso segna «il tramonto di una totalità, di una maestosa e solenne specie di monismo»²². Con la frantumazione dell'ultimo «corpo solido»²³ della modernità, viene meno la pretesa del metodo di purificare e sistematizzare il suo oggetto, di riscattarlo – grazie al suo «apparato tecnico-linguistico, fermo e neutrale»²⁴ – dalla sua temporalità e occasionalità per sollevarlo nel cielo di concetti sovrastorici. Di più. Esso comincia ad apparire come uno strumento mistificante: «serve a nascondere la realtà, ed *esprime soltanto l'intima paura del caos*»²⁵.

Ben presto ci accorgiamo che l'a-temporalità del metodo genera in noi disagio e malessere, che i contenuti normativi non si lasciano manipolare, che deroghe eccezioni rettifiche devastano i vecchi concetti²⁶. [...] Il giurista non può recare, *dai fuori e dall'esterno*, una razionalità sistematica, a cui le norme già non obbediscano nel loro proprio contenuto, nella loro trama linguistica. Il disordine del mondo è assai più forte e impetuoso delle finzze metodologiche del giurista. [...] Un diritto arbitrario non può generare una scienza assoluta; un diritto fortuito e variabile non può

esprimere dottrine generali²⁷. [...] Il tempo non è propizio alle grandi opere di diritto: non più trattati né teorie generali; soltanto saggi su singoli temi, monografie, lavori collettanei, spiegazioni esegetiche, commenti divulgativi. Le vaste sintesi di dottrina presuppongono un *centro*, un criterio o principio di unità, capace di stringere il molteplice e di trovare un senso complessivo²⁸.

Dopo il crollo dei fondamenti e la fine delle totalità organiche e artificiali, il giurista si vede costretto a rinunciare anche all'ultimo presidio di razionalità e di unità: il «grande stile»²⁹ del Metodo. Le leggi non appaiono più ispirate a un disegno unitario, a un senso complessivo e coerente che ne assicuri una direzione e una durata: interamente consegnate «al volere umano ed alla casualità del divenire», le norme sono gettate «in un indefinito movimento, in un quotidiano nascere e morire» che impedisce le grandi sintesi teoriche del passato e genera «un sentimento di fredda delusione»³⁰.

Tutto ciò che garantiva unità e verità nel diritto è ormai tramontato. [...] L'età moderna ha esteso al diritto la parola più audace e crudele: "produrre". Le norme giuridiche, al pari di qualsiasi bene di mercato, sono "prodotte": vengono dal nulla e possono esser ricacciate nel nulla. La forza che le "produce", ossia le chiama innanzi o le rifiuta, le costruisce o le distrugge, è soltanto il volere degli uomini. [...] Non c'è un "dove", a cui si diriga la macchina produttrice di norme: basta che essa funzioni. [...] Insomma, un diritto senza destinazione: che va e va, ma non sa "perché" e "verso dove" muova³¹.

3. *Il salvagente della forma e la via della neo-esegesi*

Costretto da quest'orizzonte nichilistico – «il fortuito occasionalismo» e il «fram-

mentismo legislativo» ci consegnerebbero un diritto ridotto a una pura dimensione procedurale, a nuda forma «attraversabile da tutte le volontà, disponibile per tutti gli scopi»³² – al giurista non resterebbero che due vie da percorrere.

La prima è quella del *formalismo*, che per Irti non è solo l'inevitabile approdo dell'indifferenza contenutistica del positivismo moderno, ma è anche una via di salvezza, l'ultimo «salvagente» con cui affrontare i marosi del nulla in cui il diritto sarebbe sprofondata. Alla «morte di Dio» non resta che il «culto della forma» e la pratica di una «razionalità tecnica», che assicuri il «regolare funzionamento delle procedure»³³.

Se gli dei si sono ritirati, se natura e ragione si fanno silenziosi, se l'unità di senso gli è ormai negata, all'uomo non resta che costruire forme, capaci di accogliere e trattare qualsiasi contenuto. Rifugio estremo, la forma svolge una *funzione redentrice*; essa può riempire di sé il vuoto dell'universo. Nichilismo e formalismo sono stretti da un'intima fraternità: l'uno conduce all'altro³⁴.

Come già al Metodo – ormai non più proponibile in un ambiente giuridico destrutturato e dominato dalla casualità del divenire e dall'arbitrio delle volontà – alla forma si attribuisce la funzione, essenziale in tutto l'itinerario scientifico di Irti, di *purificare* il diritto e la scienza giuridica³⁵, di metterli al riparo dall'incandescenza dei fatti e della storia, dal soggettivismo dei giudizi di valore, dal ribollire delle ideologie, delle passioni politiche e degli interessi economici. Sorrette da una razionalità di «carattere tecnico» che «sta nella coerenza reciproca degli scopi e nella precisione strumentale dei mezzi»³⁶, forme e procedure appaiono ad Irti «l'estrema via di salvezza» perché sembrano assicurare, a un diritto in balia delle volontà di potenza

(*in primis* quella della tecno-economia che detta sempre di più gli scopi e il lessico al diritto e alla politica)³⁷, un qualche ordine e una residuale sicurezza, oggettività e calcolabilità del diritto.

Le vibrazioni emotive della volontà, l'asprezza dei conflitti politici ed economici, l'urto delle ideologie; tutto ciò, insomma, che precede ed accompagna la posizione di norme d'improvviso si tace e spegne. L'oggettiva funzionalità delle procedure purifica, e risolve in sé, le rudi passioni degli uomini³⁸. [La forma] non può né illudere né deludere, né svegliare attese né spegnere speranze, poiché tutto è in grado di accogliere e tutto, nel mondo giuridico, tramutare in norme. [...] La forma mette al sicuro. Mentre le volontà lottano senza tregua, irrompono nel tempo e nello spazio, e determinano nuovi e diversi corsi della storia, la forma gode di un'oggettiva insensibilità. Il caos vi trova vincoli e ordine³⁹.

L'altra via che il nichilismo dischiude al giurista è quella della *neo-esegesi*. Il ritorno all'«antico esercizio dell'*esegesi*», che si era spento «con l'impetuoso affermarsi della scuola sistematica», a «quell'umile e modesta lettura delle norme che, in tempi di unità legislativa, si sollevava a teorie di istituti e a dogmatiche generali, e che oggi può restare *conclusa in sé*, incapace di svolgersi oltre»⁴⁰, non andrebbe semplicemente ricollegato alla scelta metodologica di una «scuola» o al «gusto di singoli studiosi», ma si imporrebbe come «una *necessità storica*»⁴¹ dovuta al fenomeno della decodificazione e alla conseguente impossibilità di «recare, *dal di fuori e dall'esterno*, una razionalità sistematica a cui le norme già non obbediscano nel lor proprio contenuto». Il giurista

non ha unità teleologica, ma frammenti, sorretti da specifiche volontà e miranti a dati scopi. E dunque il suo lavoro sarà necessariamente vagante e frammentario: aperto con l'*esegesi* delle

singole norme, si concluderà, nel più felice e fortunato dei casi, con la scoperta di angusti nuclei di significato (che denominai *micro-sistemi*: piccoli sistemi o sistemi del piccolo). Il nichilismo normativo si fa *nichilismo scientifico*⁴².

Venute meno le totalità di senso (teologiche, naturali, spirituali o artificiali) ed esauritosi il «grande stile» del metodo dogmatico – ed evitate le «malattie della "décadence"», ossia la sterile nostalgia e il «doloroso rimpianto»⁴³ del mondo di ieri – Irti si rifugia nel «positivismo dei fatti»⁴⁴ dicendo di «sì alla disperante temporalità» e facendo propri il «dovere di sincerità e di adesione all'oggetto»⁴⁵.

Il metodo, abbandonando la pretesa di determinare e produrre il proprio oggetto, si fa tutto adeguato all'oggetto; non si sovrappone, ma si sottopone alla temporale datità delle norme. [...] Le fonti ci offrono la datità delle norme, cioè le norme come insuperabile orizzonte del nostro lavoro. [...] Il giurista non può *apportare*, ossia portare dall'esterno, quello che nel diritto non c'è o più di quello che in esso già c'è⁴⁶.

Abbandonato il metodo a-storico del concettualismo, non più praticabile in un ambiente giuridico che ha perso definitivamente ogni «unità teleologica», Irti sembra voler imboccare la salutare via dello storicismo quando dice di non voler «sovrapporre le norme con disegni di unità», non più proponibili oggi, e di volersi aprire al «molteplice», accettando il «frammentismo normativo» conseguente alla destrutturazione del sistema delle fonti⁴⁷. Quando dice, insomma, di riconoscere e di rispettare la condizione del diritto del tempo presente che impedisce le grandi costruzioni dogmatiche del passato. E tuttavia il suo storicismo, che non si spinge fino a superare il descrittivismo epistemologico che accomunava la vecchia esegesi e

il concettualismo (le costruzioni della dogmatica muovevano sempre da dati giuridici positivi che si assumevano conosciuti nella loro oggettività), rimane ancora invischiato nel fraintendimento metodologico in cui è incorso il giurista moderno, fraintendimento che ha determinato la fine di ogni forma di dualismo del diritto e, quindi, l'esito nichilistico della modernità giuridica⁴⁸. Quando afferma, infatti, che il nuovo metodo *imposto* dalle trasformazioni della realtà giuridica «si sottopone alla temporale datità delle norme», che costituirebbero «l'insuperabile orizzonte» della scienza giuridica, e quando sostiene che «il giurista non può *apportare* [...] quello che nel diritto non c'è o più di quello che in esso già c'è», Irti ripropone, in fondo, e seppur con la veste nuova del «*nichilismo scientifico*», il vecchio metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle aristoteliche scienze teoretiche.

Già nel Cinquecento, con la *nova methodus* degli umanisti, e poi con il giusrazionalismo dei due secoli successivi, il giurista moderno abbandona l'insegnamento bimillenario di Aristotele, secondo cui i saperi che hanno come oggetto l'azione dell'uomo (la politica, l'etica, il diritto) non possono darsi il metodo proprio di quelle scienze che hanno per oggetto la natura. Il sapere giuridico, in quanto sapere *pratico*, non può rispecchiare il proprio oggetto, non può farsi «tutto adeguato all'oggetto». L'oggetto delle scienze pratiche non è un *dato* di fronte al quale il giurista deve piegarsi e ad esso sottoporsi, ma una *pratica*, un *progetto* in cui il soggetto conoscente è personalmente e inesorabilmente coinvolto. Come ha finito per riconoscere lo stesso Bobbio, che aveva a lungo aderito al descrittivismo metodologico imperan-

te (aggiornato con il canone dell'*avalutatività*), il sapere giuridico non è un sapere descrittivo e oggettivante, il suo fine non è la verità intesa aristotelicamente come *adaequatio mentis et rei*, ma un sapere produttivo teleologicamente orientato⁴⁹. Il giurista, pertanto, non può evitare di «*apportare* [...] quello che nel diritto non c'è», perché l'azione (in ciò, lo ripetiamo, consiste il diritto in quanto oggetto delle scienze pratiche) è sempre determinata dal *contesto* spazio-temporale in cui si compie (si agisce, infatti, sempre qui ed ora) e dal *fine* verso cui tende (che per l'agire giuridico è la giustizia). Le norme non possono quindi costituire «l'insuperabile orizzonte» del giurista che, al contrario, nel suo lavoro di comprensione del diritto, deve necessariamente attingere alle categorie di senso e di valore presenti nella società in cui vive⁵⁰.

Eppure, per evitare di cadere dal cielo del concettualismo a-storico, che aveva sedotto il giovane Irti, alla terra del positivismo acritico dei fatti bastava seguire fino in fondo l'itinerario filosofico di Nietzsche. Come osserva Franco Volpi, in seguito al «vuoto filosofico spalancatosi nel "dopo Hegel"» (il riconoscimento dell'impraticabilità della «sintesi dialettica, minata alle fondamenta dallo sviluppo dell'immagine scientifica del mondo»), al pensiero di Nietzsche ci si richiamò «per evitare entrambe le insidie in cui era fin troppo facile cadere: la nostalgia per la totalità dialettica perduta, da un lato, oppure la piatta adesione al positivismo dei fatti, dall'altro»⁵¹. Una delle vie proposte da Nietzsche per uscire da questa *impasse*, che dà la stura al nichilismo, è tracciata nel frammento 431, pubblicato postumo: «*prospettivismo*». Figlia di un'epistemologia costruttivistica, essa consiste nell'accettare l'assenza di un

senso metafisico delle cose e l'inesistenza di «valori supremi» senza però arrendersi al piatto e acritico positivismo dei fatti, che conduce alla diagnosi nichilistica dell'insensatezza del mondo. I significati e i valori, pur non esistendo come strutture metafisiche date, e quindi come assoluti, esistono come prodotti della volontà e dell'attività interpretativa dell'uomo che si assume la fatica e la responsabilità di attribuire sensi e valori alle cose.

Contro il positivismo, che si ferma ai fenomeni dicendo "ci sono soltanto i fatti", io direi: no, appunto i fatti non esistono, esistono solo interpretazioni. Non possiamo stabilire nessun fatto "in sé": forse è assurdo il volere qualcosa del genere. [...] Nella misura in cui la parola "conoscenza" ha in genere un senso, il mondo è conoscibile; ma lo si può *interpretare* in altro modo: esso non ha un senso dietro di sé, ma innumerevoli sensi. "Prospettivismo"⁵².

È vero, Irti rifiuta la tesi dell'insensatezza del mondo – se non c'è *un* senso, ci sono *i* sensi: «la perdita di senso (di un senso unitario e totale) [dischiude] l'indefinita pluralità dei sensi» – ma pone le volontà di potenza che lottano per imporre i loro sensi al diritto all'esterno della cittadella giuridica, pensando così di proteggere il giurista – cui lancia il salvagente della forma – dalle «vibrazioni emotive della volontà», dall'«asprezza dei conflitti politici ed economici», dall'«urto delle ideologie»⁵³. La forma del diritto, dice Irti, «è a disposizione del vincitore»: chi «conquista e manovra» le forme e le procedure «è signore del diritto e vi esprime la propria volontà di potenza. [...] Il dominio sulla forma è dominio sul diritto»⁵⁴. La produzione dei sensi del diritto avviene all'*esterno* del diritto, nel campo di battaglia dove si affrontano le ideologie, le passioni e gli interessi della po-

litica e della tecno-economia. Quando una delle volontà di potenza in campo risulta vincitrice e trasfonde il proprio contenuto di senso nelle forme del diritto, quel fragore delle ideologie, delle passioni e degli interessi cessa; e il giurista «china il capo e tace».

Questo ribollire, questa efflorescenza, che spesso dà l'immagine di tenebre e caos, non soggiace ad alcun tribunale, e non ad altro si piega che all'effettività del corso storico. Qui il giurista – poiché non possiede alcun criterio che si sollevi oltre il temporale accadere di norme – non ha nulla da dire: egli, al pari di qualsiasi uomo, prende partito tra ideologie e passioni e visioni del mondo, ma, tosto che la norma sia prodotta secondo le convenute forme, china il capo e tace. L'alternativa è di rifiutare quelle forme e di *uscire* da un diritto storicamente dato: eroica decisione di ribelli ed esuli, di *réfugiés* e cospiratori, spesso capaci di istituire nuovo e diverso diritto⁵⁵.

Così facendo, Irti ripropone la vecchia tesi positivista della separazione del diritto dalla politica e della scienza del diritto dalla politica del diritto. Come osserva Nader Hakim nella sua introduzione alla silloge francese del nichilismo irtiano, i valori sono collocati «hors du travail du juriste»⁵⁶. Questi, se vuole partecipare al confronto sui valori, deve dismettere la sua veste e assumere quella di qualsiasi altro cittadino che si impegni nella lotta politica.

Sa logique positiviste et formaliste le conduit finalement à déporter le regard du juriste vers la cité et le citoyen, vers les territoires impurs des modes de création, vers les choix politiques qui font émerger la règle de droit. Si toutes les valeurs sont susceptibles d'entrer dans le jeu, si le droit n'en répudie aucune par avance, il faut qu'au moment fatidique *le juriste cède sa place au citoyen*⁵⁷.

Il «gioco delle perle di vetro», cui Irti finisce per ridurre il diritto, non consente

di giocare, con i suoi pezzi e le sue mosse, la partita dei valori. Non è dato nessun «criterio» *giuridico* capace di operare una scelta ragionevole tra valori in conflitto, nessun «tribunale» cui appellarsi per la difesa dei diritti. L'unica soluzione per far prevalere un valore su un altro è di *uscire* da quel gioco e concepirne un altro. Non facendo proprio l'invito nietzschiano al «prospettivismo», e quindi non attribuendo al giurista il compito e la responsabilità di *costruire il proprio oggetto muovendo da precise e responsabili scelte di valore*, ma anzi, sottoponendolo completamente alla «temporale datità delle norme» e condannandolo, sempre e comunque, ad «adottare il "punto di vista" della legge, l'arbitraria e artificiale trama con cui essa avvolge uomini e cose»⁵⁸, Irti si preclude la via per traghettare il diritto e la scienza giuridica fuori delle secche del nichilismo. Via che, come vedremo, è stata invece percorsa dalla cultura giuridica del secondo dopoguerra e che consiste nel recupero del metodo *costruttivo e valutativo* delle scienze pratiche, condizione necessaria per ristabilire, dopo la parentesi positivista, il dualismo del diritto.

4. *Il nichilismo come destino: una lettura positivista della Costituzione*

Abbiamo visto come la modernità, nel consegnare il diritto interamente nelle mani della nuova figura antropologica che si vuole soggetto libero e autonomo, abbia posto fine al tradizionale dualismo del diritto: la volontà dell'uomo non incontra più limiti esterni, divini o naturali. Sul versante politico e giuridico, il protagonismo della volontà – la più autonoma, auto-referenziale,

delle facoltà⁵⁹ – si traduce nella costruzione della categoria inedita della “sovranità”, intesa come potere originario e indivisibile, «che per sua natura sfugge alla dimensione costituzionale del *controllo* e del *bilanciamento* da parte di altri poteri»⁶⁰.

Fino all’esperienza del Terrore, l’«armonia prestabilita»⁶¹ tra sovranità, legge e diritti – diritti che il primo segmento della modernità era riuscito a non consegnare integralmente al dominio della volontà, ancorandoli alla ragione naturale – celava l’aporia della modernità: l’inconciliabilità dell’idea di un potere sovrano (che Rousseau e il pensiero democratico moderno attribuiscono al popolo come soggetto unitario) con quella del limite al potere, propria del costituzionalismo antico e moderno. Con il passaggio alla fase positivista della modernità – che ne accoglie pienamente l’anima volontaristica, dando origine a quello che Paolo Grossi ha definito «assolutismo giuridico»⁶² – l’anima del costituzionalismo, che aveva generato la dottrina dei diritti naturali come limite al potere dello Stato e sua giustificazione, viene soffocata, sciogliendo l’aporia a vantaggio di uno dei due poli dialettici della modernità. E tuttavia, se il giurista moderno, venuta meno la narrazione giusnaturalistica, vive, nell’Europa continentale, in un ambiente giuridico “assolutistico”, non si rassegna, però, all’idea di un potere che non incontra limiti.

Sul vecchio continente, il tentativo più rilevante di proteggere i diritti dal potere si è avuto con la dottrina dello “Stato di diritto”, elaborata in Germania e poi recepita in Francia e in Italia. Non potendo rinunciare all’assioma dell’assoluta sovranità dello Stato – presupposto della dottrina giuridica ottocentesca, che sottrae al popo-

lo «il potere costituente, e con esso la qualità di soggetto sovrano originario»⁶³ – la giuspubblicistica tedesca fece ricorso alla teoria dell’*autolimitazione* dello Stato: è lo Stato che, nel perseguire il suo fine proprio – l’interesse generale – decide liberamente di vincolarsi al diritto, sottoponendo i suoi atti al controllo giurisdizionale. Questa soluzione, tuttavia, formulata da Jhering e da Jellinek, consentiva di sottoporre al diritto non lo Stato in quanto tale, lo Stato-persona titolare della sovranità – cardine della «costituzione dei moderni»⁶⁴ – ma solo una sua funzione: la funzione amministrativa. Era questa, del resto, l’attività dello Stato che, alla fine dell’Ottocento, veniva percepita dal pensiero liberale come la minaccia più concreta nei confronti dell’autonomia dei soggetti. Sulla base di queste premesse teoriche, la protezione dei diritti (che, nello Stato liberale ottocentesco, si riassumevano nel binomio libertà-proprietà) dall’attività legislativa dello Stato – in cui si esprimeva la sua assoluta sovranità – non poteva venire dal diritto, ma dalla politica, attraverso la resistenza all’introduzione del suffragio universale, e dalla cultura liberale che ispirava lo Stato monoclasse⁶⁵. Ci penserà, poi, la «catastrofe» dei totalitarismi a rivelare – «con la efficacia che solo la storia dà alle dimostrazioni» – la «contraddizione» della modernità giuridica: la contraddizione, cioè, tra «il principio centrale di tutto l’ordinamento, la libertà, e questo ridurre il diritto a volontà dello Stato»⁶⁶.

Diversamente dalla cultura giuridica moderna che, pur vivendo in un ambiente giuridico assolutistico, mantiene viva l’esigenza del limite al potere e riuscirà infine a ritrovarlo – oltrepasando se stessa – nel secondo dopoguerra, per Irti non è più concepibile, dopo la fine degli antichi dua-



Ultime elezioni formalmente libere nella Repubblica di Weimar, marzo 1933

lismi, un limite *giuridico* alle volontà di potenza: «dal nichilismo normativo il giurista non può uscire»⁶⁷. La «totale disponibilità nei confronti del testo normativo», in cui confluisce, senza alcuna resistenza, il contenuto della vittoriosa volontà di potenza, «l'accettazione del fortuito e dell'occasionale» sono «la sola risposta dinanzi al tramonto di antiche o false unità»⁶⁸. Uomini, «stanchi di storia e di fedi, riparano nelle forme procedurali e non altro ne chiedono che il regolare e produttivo funzionamento». Formalismo e proceduralismo sono «quanto basta al giurista di oggi»⁶⁹. Il nichilismo – questo è il messaggio definitivo di Irti – è «il destino del diritto nel nostro tempo»⁷⁰.

Questo destino, secondo Irti, va accettato, non solo come una dolorosa necessità, ma anche come una benefica, seppur amara, medicina. L'annuncio del nichilismo, infatti, nel rivelare che dietro il diritto positivo non c'è un *altro* diritto, ma solo

– per riprendere una celebre immagine di Kelsen, uno dei giuristi di riferimento di Irti – «la testa di Gorgone della forza»⁷¹, da un lato, come si è visto, spinge il giurista a valorizzare la funzione salvifica della forma, che, nel dare veste giuridica alle vittoriose volontà di potenza, le contiene, sottoponendole alla regolarità delle procedure, e, dall'altro lato, funge da «medicina nei confronti di antichi e nuovi morbi: unità, totalità, globalità, universalità ecc. ecc. Il nichilismo ci salva e protegge; smaschera falsi idoli da cui pensavamo di trarre il nostro "valore"»⁷².

E tuttavia, il nichilismo di Irti, se libera il giurista dal giogo unificante e totalizzante del «grande stile», che impedisce alla realtà di accedere al mondo del diritto in tutta la sua ricchezza, molteplicità e differenza (di soggetti, di culture, di valori, di interessi), lo consegna a una nuova servitù, quella di dover «chinarsi»⁷³, inerme, davanti a qualsiasi norma imposta dalle volontà di

potenza in lotta per la conquista delle forme del diritto. Perché la diagnosi del nichilismo sia davvero liberatrice occorre trovare una terza via tra le mistificanti e violente totalità del «grande stile» e il supino positivismo dell'*ita lex* che conduce al «nichilismo scientifico».

Come si è già accennato, le premesse teoriche di Irti – che abbandona il metodo a-storico del concettualismo senza rinunciare, tuttavia, al descrittivismo epistemologico delle scienze teoretiche e ad una nozione troppo “forte” ed esigente del sapere giuridico – gli impediscono di intraprendere questa via, l’unica davvero feconda e salvifica. Per Irti, infatti, «la critica del nichilismo è persuasiva ed efficace soltanto se scopre l’“uscita di sicurezza”, il varco che permetta di raggiungere l’assoluto e l’immutabile»⁷⁴. Se «nichilismo giuridico indica che tutti i contenuti normativi sono possibili, e nessuno necessario; e che essi provengono dal nulla e ritornano nel nulla; allora la critica *deve* opporre un contenuto fermo e immutabile, così forte da resistere a qualsiasi tentativo di nientificazione». Insomma, Irti pone, coerentemente, il suo interlocutore critico di fronte a un «duro e schietto *aut-aut*: o la radicale *immanenza* nella storia, nella finitudine, nella temporalità del divenire; o l'*uscita verso altro*, che sia divinità, o eterna natura, o stabilità ontologica delle “cose”»⁷⁵.

Irti non può scorgere l’«uscita di sicurezza» – e finisce, quindi, per «scivolare in una nuova metafisica della necessità»⁷⁶ – perché continua a guardare l’oggetto “diritto” con gli occhiali del giurista moderno. Questi, alla ricerca di una fondazione solida per il nuovo ordine che stava nascendo sulle ceneri del mondo medievale e non potendo più contare sulle tradizionali garanzie di Dio

e della Natura (che, anzi, per varie ragioni, gli appare ora ostile: il *bellum omnium contra omnes* del moderno “stato di natura”), si rivolge al metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle scienze della natura, che tanti successi stavano ottenendo, illudendosi che quel metodo potesse valere anche per un oggetto, il diritto, così diverso dalla natura: l’uno assiologicamente connotato, l’altra, dopo la rivoluzione scientifica moderna, ridotta a pura materia priva di qualsiasi ordine finalistico. Per uscire dall'*impasse* e superare il nichilismo cui conduce il paradigma giuridico moderno, occorre rivalutare l’uso pratico della ragione, ricollocando il sapere giuridico nell’alveo delle aristoteliche scienze pratiche⁷⁷. Come osserva Norberto Bobbio nella prefazione alla traduzione italiana del *Trattato dell’argomentazione* di Perelman e Olbrechts-Tyteca – quello stesso Bobbio che ancora l’anno precedente, il 1965, confermava la sua adesione al positivismo come *approach* valutativo al diritto⁷⁸ – questa via, imboccata da giuristi come Perelman alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, «si contrappone alle due posizioni estreme del razionalismo etico, il cui ideale fu la costruzione di un’etica dimostrata da sostituire all’etica rivelata, e dell’emotivismo contemporaneo che reagisce al fallimento del razionalismo (e dello scientismo positivistic) col sottrarre i giudizi morali e in genere i giudizi di valore ad ogni forma di controllo razionale: s’inserisce quindi nell’indirizzo forse più fecondo dei recenti studi di etica, miranti a colmare l’abisso tra i due estremismi, in favore di un “razionalismo critico”, in cui trovi un posto centrale il problema della “giustificazione” delle azioni»⁷⁹.

In particolar modo, gli occhiali di Irti gli impediscono di vedere nelle Costituzioni

pluralistiche del secondo dopoguerra la via, l'unica via possibile, allora e oggi, per il ristabilimento del dualismo del diritto dopo la fine della tradizione giusnaturalistica e lo strappo dei totalitarismi.

Quando si osserva darsi pur limiti e vincoli, derivanti da norme costituzionali o da norme internazionali, si rinvia da uno ad altro ordine o livello di norme, ma *non si esce* dal mondo di norme poste da volontà umane. Soltanto l'uscita verso un immutabile e fermo fondamento sarebbe in grado di rompere la positività del diritto⁸⁰ [...] Carte costituzionali ed altre solenni dichiarazioni sempre contengono norme, poste dalla volontà umana, e quindi trasgredibili modificabili revocabili⁸¹.

La logica ferrea dell'*aut-aut* – cui lo spingono le sue premesse epistemologiche "forti" e la sua totale adesione al monismo della «costituzione dei moderni», che fa ruotare l'intero diritto intorno al perno della sovranità (incarnata dal popolo la cui volontà deve rimanere libera, pena la violazione della «logica del regime democratico»⁸²) – gli impedisce di vedere nella Costituzione il tentativo di recuperare, in forme necessariamente diverse, la seconda dimensione del diritto, ristabilendo la tensione tra *ratio* e *voluntas*, fondamentale – come già ci ammoniva Sofocle nell'*Antigone* – per la salvezza della *polis*.

La costituzione è una legge; anch'essa appartiene al diritto positivo, ed è fatta da uomini per altri uomini, e può tramontare e cadere nel nulla. La volontà umana come l'ha istituita così è in grado di destituirlo⁸³.

Ovvio che, in questa prospettiva, nemmeno l'istituto del «controllo di legittimità costituzionale» delle leggi consente di ripristinare «la distinzione o antitesi fra legittimità e legalità, o, se si vuole, fra diritto e legge, fra *nómos* e *lex*». Il controllo costi-

tuzionale è infatti, «a ben vedere, controllo di validità, giudizio circa l'osservanza di limiti e vincoli, che una legge detta ad altra legge»⁸⁴.

Né varrebbe – come si tenta, in esempio, da Jürgen Habermas e da altri filosofi o giuristi – di invocare, per limite o rimedio, il "patriottismo della Costituzione", che è sempre "patriottismo" di una o più norme, appartenenti a un dato diritto positivo e perciò suscettibili di essere abrogate o modificate. Così *non si esce dal diritto positivo*, non si trova un criterio sovra-storico, ma piuttosto si radicalizza un dato contenuto di norme, assumendolo, in schietta contraddizione con la logica del regime democratico, come fermo e statico⁸⁵.

Ma la svalutazione della Costituzione – ridotta a puro atto di volontà, a legge (nella sua accezione moderna), seppur collocata su un gradino superiore della piramide delle fonti – non si arresta qui, mostrando chiaramente l'estraneità di Irti alla tradizione del costituzionalismo. Ridando fiato a voci che, fino alla prima sentenza della Corte costituzionale, avevano messo in dubbio la natura autenticamente giuridica della Costituzione, Irti addebita a questa, in quanto intessuta di principi, ossia di «norme senza fattispecie, enunciatrici di scopi e programmi, descrittive non tanto dell'oggi quando di un remoto domani», la colpa di «indebolire o abbandonare il concetto di fattispecie», facendo precipitare il diritto nell'«assoluto intuizionismo e volontarismo del giudicante»⁸⁶, con il conseguente naufragio di ogni prevedibilità e calcolabilità delle decisioni. La Costituzione, in altre parole, non solo non si distingue, per natura, dalla legge, ma è, per giunta, una legge scritta male.

Diversamente dai sostenitori della vecchia dottrina delle norme programmatiche, che, in linea con la cultura giuridica dell'epoca, vedevano nella Costituzione un

documento politico rivolto essenzialmente al legislatore, Irti non nega natura giuridica alla Costituzione («le norme costituzionali appartengono bensì al diritto positivo»⁸⁷), ma continua ad osservarla da quella prospettiva culturale che riduceva il diritto a norma dotata di fattispecie (da cui eventualmente il giurista può ricavare principi generali, ma sempre rigorosamente fondati su dati normativi e ad essi sempre riconducibili) e attribuisce al legislatore un ruolo assolutamente protagonista, in quanto direttamente collegato alla fonte della sovranità e perciò dotato, come puntualizzava Carré de Malberg negli anni Trenta del secolo scorso, di «una qualità infinitamente superiore a quella dell'esecutivo e dei giudici»⁸⁸.

Il diritto è tutto e solo nella prosa del legislatore, e fuori di esso è frutto di arbitraria o oscura volontà. Principi, indipendenti dai testi legislativi, e dunque né espliciti né impliciti nelle norme, sono entità misteriose, non diversi da valori trascendenti o diritti naturali⁸⁹.

La colpa della Costituzione, in quanto documento che pretende di presentarsi con le forme del diritto, consiste, come si è accennato, nel rivolgersi direttamente al giudice con il linguaggio vago e incerto dei principi e dei valori.

L'«applicazione» dei valori non è autentica applicazione, al modo in cui se ne discorre per la legge, ma immediata e dispotica realizzazione. Sprovvisto di fattispecie, il giudicante si trova, in una nudità coperta di «valori», dinanzi alla «vita», cioè al groviglio di interessi e bisogni e passioni, che segnano da sempre la storia degli uomini. La sua decisione è risposta del valore alla «situazione di vita». [...] L'asse si sposta, per così dire, dalla legge al giudizio. [...] Ma un giudizio senza legge, dalla quale si traggano i criteri di distinzione fra ragione e torto, colpevolezza o innocenza, è piuttosto pura e nuda *decisione*, che ha fondamento

in se stessa. [...] Dove non c'è fattispecie, dove essa sia aperta e indeterminata, il giudice si trova solo dinanzi a *situazioni di vita*, alle quali dà risposta in base a principi e valori soggettivamente intuitsi⁹⁰.

Per «argina[re] o raffrena[re] [...] la vena di irrazionalità» dovuta al decidere secondo principi, Irti ripropone la vecchia ricetta diretta a disinnescare le norme «programmatiche», ossia che «norme e principi, generali o universali, si cal[ino] in leggi ordinarie dotate di fattispecie». Solo «la mediazione delle leggi ordinarie impedisce la immediatezza del confronto tra principi (o valori) e fatto concreto». La ferrea (e semplificante) logica dell'*aut-aut* è di nuovo all'opera: «la scelta è fra un *volere creativo di calcolabile oggettività* e un *volere immerso nell'immediato soggettivismo*». Mentre, infatti, «il «pensare (e decidere) *per fattispecie*» è, in sua indole, sobrio oggettivo impersonale», «il «pensare (e decidere) *per valori*» è [...] altezzoso soggettivo concreto»⁹¹.

La logica di Irti è semplificante – e per questo smentita dalla concreta esperienza della giurisdizione che ci mostra una realtà molto più complessa e sfumata – perché, da un lato, il giudice non è solo di fronte ai principi e alle situazioni della vita, ma è parte di una comunità interpretativa, con cui deve necessariamente confrontarsi e che lo controlla, ed è avvolto da una fitta rete di materiali di diversa origine e natura (regole provenienti da svariate fonti – nazionali, sovranazionali, internazionali e transnazionali – precedenti giudiziari, categorie e opinioni dottrinali...) che lo vincolano e lo costringono a fornire convincenti *ragioni* a sostegno della decisione, che non è mai, quindi «pura e nuda»⁹²; dall'altro lato, la logica di Irti è semplificante perché neppure il decidere per fattispecie, che ci vie-

ne presentato secondo il modello – sempre più screditato – della sussunzione, è «oggettivo» e «impersonale»: linee teoriche diverse – e, tra queste, con particolare efficacia, quella ermeneutica – hanno da tempo mostrato come l'applicazione del diritto – quale che sia la sua veste lessicale – alla particolare situazione della vita non è un'attività meramente riproduttiva di un significato preesistente, ma un'attività produttiva orientata dal fatto, influenzata dalle categorie di senso e di valore della comunità cui appartiene e si rivolge il giudice e guidata dalla precomprensione dell'interprete⁹³.

L'ingresso dei principi nella vita quotidiana del diritto e il conseguente mutamento del ruolo del giudice non possono che essere giudicati negativamente da Irti. Egli, infatti, osserva l'attuale mondo del diritto con lo sguardo di ieri, di quando il giurista viveva ancora nello stato legislativo di diritto e il giudice guardava alla Costituzione non direttamente, «ma sempre e solo attraverso una legge che la integra, la interpreta, la realizza»⁹⁴: «il giudice deve applicare le leggi ordinarie, e non la Costituzione»⁹⁵, scriveva Carré de Malberg, dando voce alla *communis opinio* dei giuristi del suo tempo che, secondo Maurizio Fioravanti, sarà ancora, in larghissima misura, «il pensiero dominante tra i Costituenti nel progettare il profilo e le modalità di accesso e di funzionamento del controllo di costituzionalità»⁹⁶. Con quello sguardo antico, Irti non può cogliere il significato autentico della «trasformazione costituzionale» in atto, avviata dalle prime pronunce della Corte costituzionale e dalla nuova figura di giudice che si definisce negli anni Sessanta del secolo scorso, nel serrato e quotidiano dialogo con il giudice delle leggi. Questa trasformazione, che ha posto «la legislazio-

ne e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra ed entrambe di fronte alla Costituzione»⁹⁷, è il segno evidente del recupero, attraverso la Costituzione, di quella seconda dimensione del diritto che era andata perduta nel corso della modernità giuridica e che ritorna nella veste linguistica che le è propria e, cioè, in forma di principi necessariamente indeterminati come lo erano i contenuti fondamentali del vecchio diritto naturale. Tali principi – che Irti coglie solo nel loro aspetto negativo di norme senza fattispecie e che proprio per questo, invece, sono preziosi e inevitabili per un diritto che ha ristabilito, in forme nuove, l'antico dualismo e vive in un ambiente sociale pluralistico – danno un *sensu* alle forme del diritto e imprimono una *direzione* all'agire giuridico che, grazie alla struttura semantica aperta dei principi, li aggiorna alla luce dei nuovi significati che essi assumono nella società.

Solo ponendo il giudice davanti alla Costituzione e a fianco del legislatore nell'attuazione del progetto costituzionale e avviando, così, una stagione nuova caratterizzata dalla tensione fisiologica e positiva tra legislazione e giurisdizione, si potevano far valere pienamente le ragioni del costituzionalismo.

5. Un modo diverso di guardare alla Costituzione

Prospettivismo, si diceva poc'anzi ricordando il celebre frammento 431 di Nietzsche.

A questa logica, come si è visto, neppure Irti sfugge. Quando il Nostro sostiene che «la costituzione è una legge», seppur di rango superiore; quando la presenta come il prodotto della volontà umana che,

«come l'ha *istituita*, così è in grado di *destituir*la»⁹⁸, essendo le sue norme sempre «trasgredibili modificabili revocabili»⁹⁹, non ci dice cos'è la Costituzione, nella sua *oggettività*, ma ci fornisce una *lettura* delle Costituzioni del secondo dopoguerra che è il risultato di una determinata prospettiva teorica influenzata da precise premesse assiologiche. Come ammoniva Nicola Matteucci in un noto saggio del 1963, quando il dogma dell'avalutatività della scienza giuridica, della «neutralità etica», era ancora ben saldo nella comunità giuridica italiana, «dietro ad ogni scienza, [...] per quanto aspiri all'autonomia, al rigore, alla specializzazione, resta sempre, più o meno celata, una premessa etico-politica». Questa premessa, che orienta la lettura irrtiana delle Costituzioni del secondo dopoguerra, affonda le sue radici nel positivismo statualistico e legalistico dell'Ottocento i cui elementi essenziali sono i seguenti:

l'affermazione del primato della legge su tutte le altre fonti, la negazione di limiti giuridici al potere sovrano, la riduzione del giudice a una macchina capace di compiere perfetti sillogismi: questa è la vera legalità, la sola certezza¹⁰⁰.

La lettura di Irti, che vede nello Stato costituzionale una mera «prosecuzione o completamento dello Stato di diritto legislativo»¹⁰¹, non solo non ci rivela (non ci può rivelare) la natura della Costituzione, la sua *verità* – il sapere giuridico, come già si è avuto modo di dire, non è un sapere descrittivo e veritativo, ma costruttivo e progettuale – ma non corrisponde neppure alla realtà dell'attuale Stato costituzionale di diritto, *rectius*, alla lettura che si è alla fine imposta della Costituzione del 1947.

Si è già ricordato come, a partire dall'istituzione della Corte costituzionale e poi nel corso degli anni Sessanta, cominci a

mutare la prospettiva da cui si guardava inizialmente alla Costituzione: da programma politico la cui attuazione era essenzialmente affidata al legislatore a documento integralmente e pienamente giuridico rivolto anche ai giudici che, riuniti a Gardone nel 1965, rifiutano la concezione «formalistica» dell'interpretazione, «indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese», attribuendo anche alla giurisdizione il compito di realizzare «l'indirizzo politico» della Costituzione¹⁰². È quindi un «grave errore sul piano storico»¹⁰³, osserva Maurizio Fioravanti, considerare l'attuale Stato costituzionale come un mero perfezionamento dello Stato di diritto della tradizione e non invece come «una nuova *forma politica*»¹⁰⁴, «un vero e proprio nuovo assetto dei poteri» in cui il legislatore «non è più solo, e dunque in posizione di monopolio, di fronte alla Costituzione. Accanto a lui si pone in posizione ormai sostanzialmente equiordinata il giudice, che è ben altra figura rispetto a quanto voleva il modello della tradizione»¹⁰⁵.

Ma il «riorientamento gestaltico» nei confronti della Costituzione repubblicana non si arresta qui. Nel decennio successivo matura un'altra svolta epocale che verrà sancita *expressis verbis* dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1146 del 1988 che *istituisce* la nuova categoria dei «principi supremi», già evocata in diverse pronunce degli anni Settanta. Questi principi, osserva la Corte, appartenendo «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» (§ 2.1). Non corrisponde, dunque, alla con-

creta esperienza giuridica l'affermazione di Irti secondo cui le Costituzioni del secondo dopoguerra sarebbero sempre «trasgredibili modificabili revocabili»¹⁰⁶: al contrario, nel loro nucleo essenziale, che dà *sensu* e *direzione* alla pratica giuridica, queste Costituzioni non sono trasgredibili da nessuna *auctoritas*, né nazionale né sovranazionale (la c.d. «dottrina dei controlimiti» è stata elaborata dalla Corte già con la sentenza n. 183 del 1973).

Con questo «performativo» – la cui «felicità»¹⁰⁷ (noi giuristi diremmo “validità”) non dipende da una qualche *Grundnorm* (che, non costretti dalla moderna ipotesi della *purezza*, non è necessario presupporre) o da una volontà di potenza che si appropria della forma costituzionale, ma dal *consenso della cultura giuridica*, fondato su evidenti *ragioni* etico-politiche – la Corte ristabilisce, nell'unico modo oggi possibile, il salvifico dualismo tra *ius* e *lex*.

Dopo la fine degli antichi dualismi, la scienza giuridica non poteva più ricorrere ad un argomento forte com'era quello del diritto naturale per ristabilire la seconda dimensione del diritto; quel tipo di argomento, cioè, che Irti esige dai critici del nichilismo giuridico e che questi non sono più in grado di dare. Dopo la rivoluzione scientifica moderna che separa il fatto dal valore e la concomitante rivoluzione antropologica che fonda la piena autonomia morale dell'individuo, libero artefice della propria sorte, la seconda dimensione del diritto non poteva più essere *concepita* come un *dato oggettivo*, come un ordine che preesiste all'uomo e che da questi deve essere semplicemente *scoperto*. Un tentativo in tal senso fu fatto nell'immediato dopoguerra con l'appello alla categoria del «diritto naturale vigente»¹⁰⁸; tentativo che si è subito rivela-

to impraticabile. Anche la via della *tradizione* – mai abbandonata dall'Inghilterra, che, pur aprendosi alla modernità, aveva conservato l'antico dualismo nella forma *common law/statute law*, rappresentandosi la Costituzione con la categoria antica del diritto non scritto – non era più disponibile: dopo la positivistica riduzione del diritto a una sola dimensione, la via della tradizione – che affondava le sue radici nel paradigma giuridico medievale – era stata interrotta e poi definitivamente preclusa dalla lacerazione dei totalitarismi. Irti ha quindi sostanzialmente ragione quando, a chi tenta di ricavare «da “esperienza”, “società” o consimili laboratori» un'entità «*ulteriore*, un sostrato fermo e profondo» cui ancorare «un “diritto” diverso o avverso alla legge» e sfuggire così «all'accidentalità del nichilismo normativo», risponde che

“esperienza” e “società” dei nostri tempi – esse *prima delle norme* – appaiono vuote di centro e di unità. Non sono un tutto, come forse seguiva nel Medioevo cristiano o in altre epoche storiche, ma scenari di rovine e di frammenti. E se un tutto vuole trovarsi, esso è nella potenza planetaria della tecno-economia; schivato il nichilismo normativo, si cadrebbe nel gelido nichilismo del mercato¹⁰⁹.

Come afferma Norberto Bobbio recensendo il saggio di Pietro Piovani *Giusnaturalismo ed etica moderna*, «l'individuo, una volta entrato in scena colla sua pretesa di essere lui solo il responsabile delle proprie azioni», ha «le norme non dietro di sé come un freno o un limite, ma davanti a sé come una aspirazione o un'esigenza». L'antico dualismo del diritto, infranto definitivamente dalla modernità, che libera l'uomo dalla «cattiva etica»¹¹⁰ del giusnaturalismo – tra le varie forme che assume il diritto, nota Gustavo Zagrebelsky, quello

naturale è il più intriso di «violenza» perché «mette in campo valori, principi, regole che si vorrebbero sottrarre alla libera discussione ponendoli sotto l'egida di un feticcio che chiunque disponga del potere può brandire per i suoi fini»¹¹¹ – può essere ricostituito soltanto attraverso l'etica moderna della libertà.

Ci sono momenti tragici della storia in cui l'uomo ritrova «dentro di sé, inaspettata, una lucida chiaroveggenza»¹¹² che gli rivela la fragilità della sua condizione, spingendolo a porre un limite alla propria libertà affinché quelle tragedie non capitino mai più. Uno di quei momenti di lucidità si è avuto con l'esperienza dei totalitarismi e della Resistenza che, insieme con il Risorgimento, costituisce il «mito fondativo»¹¹³ della nostra Costituzione e la premessa etico-politica che sta dietro il performativo della Corte costituzionale. La Resistenza, ci ricorda Piero Calamandrei, è stata «riacquistato della fede nell'uomo e in quei valori razionali e morali coi quali l'uomo si è reso capace nei millenni di dominare la stolta crudeltà della belva che sta in agguato dentro di lui»¹¹⁴.

La Costituzione del 1947 non è «figlia di un "potere", o di un "soggetto", che esprima una "volontà", come il popolo sovrano della tradizione rousseauviana»¹¹⁵, ma il risultato di un momento costituente in cui forze politiche e spirituali ispirate a tradizioni culturali diverse (cattoliche, liberali, socialiste, comuniste), ma unite dalla comune lotta contro il fascismo, riuscirono a convergere intorno a un nucleo di valori condivisi.

Con le Costituenti del Novecento l'ordine politico nasce in modo trasparente dalla pattuizione, dalla convergenza di più volontà distinte, non in un punto in cui la volontà si produce ed esplosa,

ma entro un processo che quella volontà forma, progressivamente determina¹¹⁶.

Diversamente dalle Costituzioni dell'Ottocento, le Costituzioni pluralistiche del Novecento sono «senza autore, e dunque protette dal pericolo che qualcuno possa considerarle come cosa propria, di cui poter liberamente disporre»¹¹⁷. E tuttavia, non potendo esse presentarsi come ricognizioni di un ordine già dato (divino, naturale, sociale...), e perciò sottratte, per loro natura propria, al potere dispositivo di qualsivoglia *auctoritas*, essendo il prodotto artificiale delle *volontà* e delle *ragioni* di uomini, seppur concepite in un momento della storia particolarmente denso com'è quello costituente, quelle Costituzioni possono davvero soddisfare l'esigenza del costituzionalismo di porre un limite al potere, ristabilendo l'antico dualismo del diritto, solo se riescono a vincere una scommessa che «sta tutta qui: nella capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *ius*»¹¹⁸. Perché questo accada, non è sufficiente il performativo dei "principi supremi", per quanto fondamentale, e il relativo consenso della cultura giuridica che quel performativo ha preparato e avallato. La Costituzione, nei suoi principi fondamentali, può diventare effettivamente *ius* solo se «si incarna nella storia viva di un popolo e diventa parte costitutiva della sua cultura»¹¹⁹.

La Costituzione nasce e si regge a partire dalle stesse forze che essa deve regolare, organizzare, disciplinare e non può fare affidamento su nessuna forza *a priori*¹²⁰. [...] Le democrazie costituzionali odierne non hanno risorse costituzionali precostituite e concentrate. Le loro risorse devono darsene da se stesse e sono risorse non della forza ma della convinzione diffusa¹²¹.

Come per la consuetudine, così per le Costituzioni – quando *sono viste* come rein-

carnazioni della seconda dimensione del diritto – la validità coincide con l'*effettività* e con la *legittimità*: entrambe si fondono sul *fatto normativo* dell'*adesione spontanea*. Ecco perché la Costituzione come *ius* può ben indossare le vesti più dimesse della consuetudine: così è accaduto nel mondo medievale, che ha voluto radicarla nella natura delle cose, e così accade ancora in Inghilterra che ha saputo resistere ai venti del Continente che hanno spazzato via l'antica concezione dualistica del diritto.

6. La distopia di Irti e le responsabilità del giurista

Riconoscere che la "buona salute" (questo significa "validità") della Costituzione dipende, in fondo, dall'adesione convinta e diffusa al suo progetto etico-politico significa attribuirle un fondamento *fragile*. La Costituzione non può fondarsi sulla forza di una volontà (se così fosse sarebbe una *legge* costituzionale, secondo il punto di vista del nichilismo) né può trarre la sua forza dai suoi custodi istituzionali: al contrario, è solo presupponendo una Costituzione nel suo insieme legittima ed effettiva che la Corte costituzionale e gli altri organi di garanzia possono esistere ed esercitare le loro funzioni in modo efficace¹²².

All'inizio di questo scritto si è accennato all'intensificarsi, in questi ultimi tempi, di segni allarmanti di un indebolimento, nelle istituzioni e nella società, delle basi culturali su cui si fonda la Costituzione. Le cronache ci attestano quasi quotidianamente linguaggi, stili, propositi, episodi riconducibili a quello che Umberto Eco ha chiamato «*Urfaschismus*» o «fascismo

eterno», i cui caratteri essenziali si possono così riassumere: culto della tradizione, rigetto dello spirito del 1789 e irrazionalismo; primato dell'azione sulla riflessione; sospetto per la cultura e rifiuto dello spirito critico; intolleranza verso la diversità, di cui viene sfruttata la naturale paura, che sfocia nell'antisemitismo e nel razzismo; appello alle classi medie, frustrate per qualche crisi economica o umiliazione politica e spaventate dalla pressione di gruppi sociali subalterni; ossessione per il complotto; complesso di superiorità unito a vittimismo che sfocia in aggressività; rifiuto del pacifismo, inteso come collusione con il nemico; concezione del popolo come entità monolitica della cui volontà è interprete il leader; machismo; lessico povero e sintassi elementare per ostacolare il ragionamento complesso e critico¹²³.

In Italia, la debolezza della cultura costituzionale ha radici profonde. Se nella Costituzione l'opzione antifascista è netta, nel paese e nelle istituzioni la rottura con il passato è assai più faticosa e contrastata. Per gli italiani riconoscersi nei principi della Costituzione, assumerla come casa comune, è stato un processo lento e faticoso, così come lungo e complesso è stato il processo di attuazione del suo disegno istituzionale. Appena quel processo concluso e già si medita di riformarla: la prima commissione ufficialmente incaricata di redigere la riforma viene varata nel 1983. Da allora il cantiere delle riforme non si è più chiuso e, anzi, a partire dagli ultimi anni del secolo scorso, il tema della riforma assume contenuti sempre più ampi e diventa uno dei punti qualificanti dei programmi dei governi, che trascinano così la Costituzione nel vivo della battaglia politica, spingendola dall'area condivisa dello *ius* a quella conflittuale della *lex*.

E tuttavia è innegabile che la crisi del progetto costituzionale assuma oggi tinte più fosche, collocandosi sullo sfondo di una psicologia collettiva che l'ultimo rapporto del Censis sulla situazione sociale del paese ci rappresenta in modo preoccupante: l'Italia, si legge nel capitolo «La società italiana al 2018», appare «preda di un sovranismo psichico, prima ancora che politico»; esso «talvolta assume i profili paranoici della caccia al capro espiatorio, quando la cattiveria – dopo e oltre il rancore – diventa la leva cinica di un presunto riscatto e si dispiega in una conflittualità latente, individualizzata, pulviscolare». Non è difficile individuare le cause più o meno recenti di questo disagio diffuso: la lunga scia della crisi economica del 2008; il fenomeno epocale delle migrazioni, spregiudicatamente sfruttato in chiave politica; la disaffezione nei confronti del progetto europeo che, analogamente alla nostra Costituzione, era stato concepito per imbrigliare le volontà di potenza degli Stati, responsabili di aver messo a ferro e a fuoco il vecchio continente; la «potenza planetaria della tecnologia»¹²⁴ che detta agli Stati e alla politica – sempre più impotenti – le sue leggi ferree, improntate a una logica opposta a quella solidaristica su cui si fonda la nostra Costituzione.

Alla luce di questa profonda crisi, con esiti oggi non prevedibili, la diagnosi irritiana del nichilismo, non corrispondente, come si è visto, alla lettura che si è alla fine imposta nella nostra cultura giuridica e nella concreta pratica del diritto, può essere riscattata intendendola, al di là delle intenzioni dell'Autore, come un lavoro appartenente al genere letterario della *distopia*: con la sua lettura nichilistica Irti ci metterebbe in guardia, in altre parole, da un futuro

possibile e inquietante in cui il mondo del diritto, nuovamente ridotto a una sola dimensione, sarebbe preda di volontà di potenza perennemente in lotta per la conquista delle forme giuridiche, un mondo in cui il giurista, di fronte a quelle forme riempite di qualsiasi contenuto, «non [avrebbe] nulla da dire»; solo potrebbe «china[re] il capo e tace[re]»¹²⁵.

Per scongiurare questo scenario plumbeo, le risorse del diritto positivo non bastano e, anzi, in certi casi possono persino portare acqua al mulino dell'avversario. È il caso della proposta di Luigi Ferrajoli di riformare l'art. 138 della Costituzione per sottrarre al potere di revisione i principi supremi dell'ordinamento¹²⁶. Seppur condivisibile nel fine – rendere più solido e forte il fondamento giuridico di quei principi – questa proposta rischia, paradossalmente, di ottenere l'effetto contrario. Una volta reciso il legame con la seconda dimensione del diritto che delimita il perimetro dell'indisponibile, i principi supremi precipitano nel campo della politica: questa, come ha voluto la riforma, così potrà volerne in futuro la sua abrogazione. Breve: la vera forza del performativo della Corte costituzionale non può venire dalla cassetta degli attrezzi del diritto positivo, ma solo dalla cultura costituzionale diffusa e viva tra i giuristi (di cattedra, del foro e delle istituzioni politiche e amministrative) e in seno alla società.

Di ciò, del resto, è ben consapevole lo stesso Ferrajoli il quale, una pagina dopo aver formulato quella proposta – siamo nel 2011 – riconosce che «il superamento della crisi attuale» – «dopo venti anni di deriva populista e di declino ufficiale dei valori costituzionali» – richiede, innanzitutto, «lo sviluppo, a livello politico e sociale, di una cultura costituzionale e di una concezione

della democrazia come sistema fragile e complesso di separazioni e di equilibri tra poteri, di limiti e garanzie».

La battaglia per la democrazia [costituzionale] è oggi, come sempre, una battaglia soprattutto culturale. In un duplice senso: nel senso che il nesso tra democrazia e Costituzione è un fatto culturale, oggi smarrito nel senso comune, e nel senso, più generale, che lo sviluppo della cultura è un fattore essenziale della costruzione della democrazia¹²⁷.

Questa battaglia culturale richiede un «forte impegno di pedagogia civile»¹²⁸ cui i giuristi di cattedra – salvo *rarae aves* – si sono per lunghi anni sottratti. Ciò non stupisce alla luce di quanto si è detto circa la prospettiva culturale da cui si è a lungo guardato al diritto e alla Costituzione. A questo proposito, netta è la chiamata di correità di Gustavo Zagrebelsky:

Per tanti anni, abbiamo trascurato proprio questo aspetto fondativo della vita costituzionale. I costituzionalisti si sono considerati legisti positivi della Costituzione il cui luogo di lavoro erano le biblioteche prima, le istituzioni politiche e giudiziarie poi. Non hanno considerato tra i loro luoghi di lavoro anche quelli appartenenti alla cosiddetta società civile. Così è accaduto che si è formata un'idea debole e retorica della Costituzione, non sostenuta culturalmente, contro la quale hanno avuto buon gioco, incontrando scarse forze di contrasto, tutti coloro – e sono stati tanti, perfino al vertice delle istituzioni costituzionali – che hanno lavorato per demolirne la percezione di validità¹²⁹.

Al contrario, la necessità di questo impegno civile fu subito chiaramente avvertita da Piero Calamandrei. Come osserva Giovanni De Luna nell'introdurre una raccolta di brevi scritti e discorsi del giurista fiorentino, «il Calamandrei "padre della Costituzione"»¹³⁰ incontrerà presto, lungo il cammino «dei decenni penosi e ingloriosi

della resistenza in prosa»¹³¹, «il Calamandrei impegnato nella costruzione di una nuova religione civile per gli italiani»¹³². All'amarezza della «desistenza» e del congelamento della Costituzione, Calamandrei reagì

con una lucida intuizione: costruire una religione civile e dare forza alla Costituzione erano due operazioni così intrecciate da sembrare la stessa cosa: entrambe presupponevano un requisito indispensabile: quello di una partecipazione politica, spontanea, diffusa, dal basso, così come c'era stata nella Resistenza¹³³.

Questo nesso tra forza della Costituzione e impegno civile per una cultura costituzionale viva e diffusa è messo bene in luce da Calamandrei il 26 gennaio del 1955, nel celebre *Discorso ai giovani sulla Costituzione*:

La Costituzione è un pezzo di carta: la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile, bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità¹³⁴.

Questi compiti e queste responsabilità cui è chiamato il giurista del nuovo millennio esigono un profondo rinnovamento del modello di formazione giuridica che è ancora dominante nelle nostre Università e che era stato concepito in un ambiente culturale così diverso da quello di cui ha bisogno la Costituzione come *ius*¹³⁵. Un piccolo ma significativo contributo in tal senso, che ci permettiamo qui di richiamare, è venuto dall'allora Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale che, nove anni fa, ha istituito una Cattedra intitolata ad Alessandro Galante Garrone, uno di quei «"padri fondatori", personaggi-enzimi che aiutano una nazione a metabolizzare il brusco passaggio alla "terra di nessuno" di una nuova stagione politica e

istituzionale»¹³⁶, e che bene ha incarnato la figura di giurista di cui oggi si ha più che mai bisogno: non un mero esperto di cose legali, un tecnico del diritto – come vorrebbero quanti premono, da più parti e con intensità crescente, per una maggiore professionalizzazione degli studi giuridici – ma una persona dotata di una più ampia cultura, nutrita di studi umanistici e animata da una forte tensione morale.

L'impegno quotidiano per un insegnamento del diritto che si ispiri a quella figura di giurista è un primo passo – che ogni giurista insegnante può compiere – per allontanare dall'orizzonte, su cui incombono nubi tanto minacciose, la distopia nichilistica.

¹ F. Nietzsche, *Der Wille zur Macht* (1911); tr. it. *La volontà di potenza*, Milano, Bompiani, 1996, p. 7.

² N. Irti, *Nichilismo e metodo giuridico*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2002, pp. 1159-1169 (saggio poi raccolto nel volume *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004).

³ N. Irti, *Le nihilisme juridique*, Paris, Dalloz, 2017.

⁴ G. Zaccaria, *Riflessioni sul nichilismo giuridico di Natalino Irti*, in «Rivista di diritto civile», 2018, p. 766.

⁵ V., in particolare, P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 32, 2003, pp. 48-50; A. Punzi, *Può il giurista essere nichilista?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2004, pp. 715-732; G. Bognetti, *Scienza del diritto e nichilismo giuridico*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2005, pp. 1529-1548; M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2006; G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 57-88; V. Possenti, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012, pp. 127-148; N. Lipari, *Il diritto civile*

tra legge e giudizio, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 182-189 e 294-311.

⁶ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁷ V., in merito, il recente affresco di P. Grossi, *Costituzionalismi tra "moderno" e "pos-moderno"*. Tre lezioni suor-orsoliane, Napoli, Esi, 2019.

⁸ N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 7.

⁹ N. Irti, *Nichilismo giuridico cit.*, pp. 18-19.

¹⁰ Ivi, p. 20.

¹¹ Ivi, p. 21.

¹² Ivi, p. 22.

¹³ Cfr. P. Piovan, *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961), Napoli, Liguori, 2000, p. 88: «Il diritto naturale moderno [...] non è giusnaturalistico; è la trasfigurazione del diritto naturale come preparazione dell'avvento del diritto positivo quale diritto *tout court*».

¹⁴ Irti, *Nichilismo giuridico cit.*, p. 18.

¹⁵ N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 99.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Irti, *Nichilismo giuridico cit.*, pp. 7, 23-24.

¹⁸ Irti, *Il salvagente cit.*, p. 53.

¹⁹ Irti, *Nichilismo giuridico cit.*, pp. 6-7, 6.

²⁰ N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982, p. III; «in nessun tempo fu così scher-

nita la fedeltà alla legge: ed irriso il metodo», p. IV.

²¹ Ivi, p. 6.

²² Irti, *Nichilismo giuridico cit.*, p. 101.

²³ Cfr. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, cap. I: «Modernità solida».

²⁴ Irti, *Nichilismo giuridico cit.*, p. 6.

²⁵ Irti, *Il salvagente della forma cit.*, p. 40.

²⁶ Irti, *Nichilismo giuridico cit.*, p. 6.

²⁷ Irti, *Il salvagente della forma cit.*, p. 40.

²⁸ Irti, *Nichilismo giuridico cit.*, p. 134.

²⁹ M. Vogliotti, *La fine del "grande stile" e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in V. Barsotti (a cura di), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, pp. 118 ss.

³⁰ Irti, *Nichilismo giuridico cit.*, pp. 8, 6.

³¹ Ivi, pp. 8, 7, 8.

³² Ivi, pp. 8, 101, VI.

³³ Ivi, pp. 26-27.

³⁴ Ivi, p. 26.

³⁵ Per Irti «la dottrina pura del diritto conserva intatta la propria utilità e la propria *funzione pedagogica*. [...] La "purezza" serve a indicare, dal lato della posizione di norme, che il diritto può ciò che vuole, ed è in grado di includere qualsiasi contenuto» (ivi, p.

- 136).
- ³⁶ Ivi, p. VI.
- ³⁷ «Il linguaggio del diritto è ormai il linguaggio dell'economia: tecnica, produzione, procedura, funzionalità» (*ibidem*).
- ³⁸ Ivi, p. 25.
- ³⁹ Irti, *Il salvagente della forma* cit., p. VII.
- ⁴⁰ Ivi, p. 40.
- ⁴¹ Irti, *Scuole e figure* cit., p. VIII: la pagina introduttiva, da cui è tratta la citazione, è intitolata «La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)».
- ⁴² Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 136.
- ⁴³ Ivi, p. 102.
- ⁴⁴ F. Volpi, *Il nichilismo*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 64.
- ⁴⁵ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 102, 16.
- ⁴⁶ Ivi, pp. 15-16.
- ⁴⁷ Ivi, p. 136.
- ⁴⁸ Su questa vicenda, v. Vogliotti, *Tra fatto e diritto* cit., pp. 169 ss.
- ⁴⁹ Di Bobbio si veda in particolare il saggio *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in «Rivista di filosofia», 1967, pp. 235-262.
- ⁵⁰ Per Irti, invece, «il testo normativo ha da essere insieme punto di partenza e punto d'arrivo, poiché non c'è nulla al di sopra o al di sotto di esso: tutto è dentro il suo cerchio». Più avanti aggiunge: «il testo linguistico è da definire e intendere come il *limitare del diritto*, la soglia per la quale si accede ai significati inclusi nel tenore letterale» (N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 70, 84).
- ⁵¹ Volpi, *Il nichilismo*, cit., p. 64.
- ⁵² Nietzsche, *La volontà di potenza* cit., p. 271.
- ⁵³ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 25.
- ⁵⁴ Irti, *Il salvagente della forma* cit., p. 9.
- ⁵⁵ Ivi, p. 54.
- ⁵⁶ N. Hakim, *Une lecture française de Natalino Irti: un droit humain, trop humain*, in Irti, *Le nihilisme juridique* cit., p. XXXVIII.
- ⁵⁷ Ivi, p. XXXIV (la sottolineatura è nostra).
- ⁵⁸ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 136.
- ⁵⁹ P. Crossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 69.
- ⁶⁰ M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999, p. 75.
- ⁶¹ P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, p. 30.
- ⁶² Di recente richiamato in P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. XIII.
- ⁶³ Fioravanti, *Costituzione* cit., p. 134.
- ⁶⁴ Ivi, pp. 71 ss.
- ⁶⁵ Sulla teoria dello Stato di diritto, v. P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 89-170.
- ⁶⁶ G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, in Id., *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 180-181, 175.
- ⁶⁷ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 135.
- ⁶⁸ Ivi, pp. 14, 8-9.
- ⁶⁹ Irti, *Il salvagente della forma* cit., p. VI, 25.
- ⁷⁰ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 8.
- ⁷¹ H. Kelsen, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, in «Quaderno n. 3», Berlin-Leipzig, W. de Gruyter, 1927, p. 53.
- ⁷² Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 148.
- ⁷³ Irti, *Il salvagente della forma* cit., p. 16.
- ⁷⁴ Ivi, p. 42.
- ⁷⁵ Ivi, pp. 44, 52.
- ⁷⁶ A. Punzi, *Può il giurista essere nichilista?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2004, p. 719.
- ⁷⁷ In merito, v. F. Volpi, *La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, in «Il Mulino», n. 6, 1986, pp. 928-949.
- ⁷⁸ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.
- ⁷⁹ N. Bobbio, *Prefazione* (1966), in Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1958), tr. it.
- Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1989, p. XVII.
- ⁸⁰ Irti, Severino, *Dialogo su diritto e tecnica* cit., p. 44.
- ⁸¹ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 130.
- ⁸² Irti, *Il salvagente della forma* cit., p. 102.
- ⁸³ Irti, *Un diritto incalcolabile* cit., p. 94.
- ⁸⁴ *Ibidem*.
- ⁸⁵ Irti, *Il salvagente della forma* cit., p. 102.
- ⁸⁶ Irti, *Un diritto incalcolabile* cit., pp. 9, 26, 67.
- ⁸⁷ Ivi, p. 26.
- ⁸⁸ R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale* (1931), tr. it. *La legge espressione della volontà generale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 155.
- ⁸⁹ Irti, *Un diritto incalcolabile* cit., pp. 66-67.
- ⁹⁰ Ivi, pp. 10-11, 70.
- ⁹¹ Ivi, pp. 71, 13-14.
- ⁹² In prospettiva analoga, v. Zaccaria, *Riflessioni sul nichilismo giuridico* cit., pp. 773-774.
- ⁹³ Per la prospettiva ermeneutica, v. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012.
- ⁹⁴ M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 2016, p. 13.
- ⁹⁵ Carré de Malberg, *La legge espressione della volontà generale* cit., p. 183.
- ⁹⁶ Fioravanti, *Il legislatore e i giudici* cit., p. 13. «Siamo convinti – osserva più avanti Fioravanti – che presso i Costituenti prevalesse la concezione tradizionale della Costituzione come *loi politique*. [...] Pur nella piena conoscenza del sistema statunitense, si era ancora culturalmente molto lontani dall'idea di una Costituzione come norma giuridica, dotata di forza propria, direttamente utilizzabile nella regolazione del caso» (ivi, p. 14).
- ⁹⁷ Ivi, p. 17.
- ⁹⁸ Irti, *Un diritto incalcolabile* cit., p. 94.
- ⁹⁹ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p.

- 130.
- ¹⁰⁰ N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), Bologna, il Mulino, 1996, pp. 103-104, 98.
- ¹⁰¹ G. Zagrebelsky, *Alla fine del mandato di giudice costituzionale di Paolo Grossi e al suo ritorno agli studi universitari*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 47, 2018, p. 546.
- ¹⁰² Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti*, XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone, 25-28 ottobre 1965, Roma, Arti grafiche Jasillo, 1966, pp. 309-310.
- ¹⁰³ Fioravanti, *Il legislatore e i giudici* cit., p. 19.
- ¹⁰⁴ M. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 57.
- ¹⁰⁵ Fioravanti, *Il legislatore e i giudici* cit., pp. 8, 10.
- ¹⁰⁶ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 130.
- ¹⁰⁷ J.L. Austin, *How to Do Things with Words* (1962), tr. it. *Come fare cose con le parole*, Genova, Marietti, 1987.
- ¹⁰⁸ R. Angeloni et al., *Diritto naturale vigente*, Roma, Studium, 1951.
- ¹⁰⁹ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., pp. 134-135.
- ¹¹⁰ N. Bobbio, *Giusnaturalismo ed etica moderna in un libro di Pietro Piovani* (1961), ora in Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna* cit., pp. 158-159. Cattiva etica perché «legalistica», inficiata da «una inadeguata valutazione dell'uomo, delle sue capacità e possibilità, del suo destino e della sua storia».
- ¹¹¹ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, p. 14.
- ¹¹² P. Calamandrei, *Desistenza* (1946), in Id., *Lo Stato siamo noi*, Milano, Chiarelettere, 2011, p. 55.
- ¹¹³ Zagrebelsky, *La virtù del dubbio* cit., p. 83.
- ¹¹⁴ Calamandrei, *Desistenza* cit., p. 55.
- ¹¹⁵ Fioravanti, *Costituzione* cit., p. 153.
- ¹¹⁶ Fioravanti, *Il legislatore e i giudici* cit., p. 17.
- ¹¹⁷ Fioravanti, *Costituzione* cit., pp. 152-153.
- ¹¹⁸ Zagrebelsky, *Diritto allo specchio* cit., p. 149.
- ¹¹⁹ Zagrebelsky, *La virtù del dubbio* cit., p. 82.
- ¹²⁰ Zagrebelsky, *Diritto allo specchio* cit., p. 203.
- ¹²¹ Zagrebelsky, *La virtù del dubbio* cit., p. 87.
- ¹²² Così Zagrebelsky, *Diritto allo specchio* cit., p. 206.
- ¹²³ U. Eco, *Identikit del fascista*, in «La Repubblica», 2 luglio 1995.
- ¹²⁴ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 141.
- ¹²⁵ Irti, *Il salvagente della forma* cit., p. 54.
- ¹²⁶ L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 84.
- ¹²⁷ Ivi, p. 85.
- ¹²⁸ Ivi, p. 59.
- ¹²⁹ Zagrebelsky, *La virtù del dubbio* cit., pp. 87-88.
- ¹³⁰ G. De Luna, *Perché oggi*, in Calamandrei, *Lo Stato siamo noi* cit., p. XVII.
- ¹³¹ Calamandrei, *Desistenza* cit., p. 58.
- ¹³² De Luna, *Perché oggi* cit., p. XVII-XVIII.
- ¹³³ Ivi, p. XVIII.
- ¹³⁴ P. Calamandrei, *Discorso ai giovani sulla Costituzione* (1955), in Id., *Lo Stato siamo noi*, cit., p. 6.
- ¹³⁵ Sul tema ci permettiamo di rinviare a M. Vogliotti, *Pour une formation juridique interdisciplinaire*, in J.J. Sueur, S. Farhi (a cura di), *Pratique(s) et enseignement du droit. L'épreuve du réel*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 277-303 e Id. (a cura di), *Pour une nouvelle éducation juridique*, Paris, L'Harmattan, 2018.
- ¹³⁶ De Luna, *Perché oggi* cit., p. IX.