

GRUNDNORM E INTER-E(S)SENZA TRA L'UOMO NEL DIRITTO E IL DIRITTO DELL'UOMO

Rosamaria Mesiti*

Abstract: a fronte della scissione tra uomo e diritto avviata dalla *Dottrina pura del diritto* di Hans Kelsen, Bruno Romano riprende a discutere sull'esigenza della chiarificazione del rapporto tra uomo e diritto, che si mostra costitutivamente reciproco. In questa prospettiva il legale si salda al giusto avviando l'interrogativo sul senso giuridico di forma e sanzione¹.

1. Premessa

A chi s'interroghi sul proprio essere e agire le norme del diritto positivo si presentano come un muro muto e apparentemente autosufficiente dinanzi al quale la ricerca di senso si avvia in più direzioni. Agli estremi, le vie del *soggettivismo puro* di G. H. Leibniz e del *razionalismo cartesiano delegittimano a monte l'interrogativo sul senso del diritto*². In entrambi i casi la sublimazione verso un assoluto (ora il soggetto, ora l'oggetto) porta ad un conoscere disancorato dall'uomo. In una diversa prospettiva quest'ultimo, fluendo nella tensione generata tra i poli soggetto/oggetto, non potrebbe identificarsi in uno di essi senza negare l'altro e così se stesso. In altri termini le due vie sopra indicate, portandosi verso il prima e oltre l'uomo

* Università degli Studi di Cassino.

¹ Si prova qui ad affrontare la questione del rapporto uomo-giuridicità a partire dalle riflessioni di B. ROMANO in *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008, in confronto con una lettura dell'opera di H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2008. Con riguardo al titolo, il termine *Grundnorm* fa riferimento al concetto di norma fondamentale utilizzato in *Lineamenti di dottrina pura del diritto* di H. KELSEN. *Inter-e(s)enza* [essenza ed e...senza] è espressione sintetica di cui si darà contezza nel prosieguo della trattazione; essa viene qui utilizzata per indicare la condizione umana, 'difettiva e relazionale', centrale nella filosofia del diritto di B. Romano.

² B. ROMANO *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 153; B. ROMANO, *Il soggetto del linguaggio ed il diritto. La differenza nomologica* in G. CARCATERRA, F.M. DE SANCTIS, B. ROMANO, *Filosofie del diritto*, Roma, 1993, pp. 73 ss.

bypasserebbero quel già e ancora uomo che è il necessario 'chi' del conoscere. Riassunto il rapporto soggetto/oggetto/uomo in prospettiva fenomenologica, i termini uomo e diritto, che nella *fenomenologia esistenziale* di Bruno Romano trovano chiarificazione reciproca, vengono scissi, per contro, nella *fenomenologia formalista*. Questa volge alla conoscenza *pura* dei fenomeni a mezzo di una "messa tra parentesi del soggetto" resa definitiva dalla cristallizzazione husserliana dell'epoché fenomenologica³. Ricollegandosi espressamente a quest'ultima matrice teoretica, Kelsen invita a guardare il diritto come "oggetto di conoscenza"⁴. Letto nella prospettiva del soggetto, l'accesso alle norme si presenta come *salto*, momento di discontinuità rispetto alla domanda di senso, che lascia l'uomo-giurista tragicamente sdoppiato dinanzi all'interrogativo fondamentale, *perché il diritto?*, senza la possibilità di una risposta che sia di conforto al dovere di rispettare le leggi e alla domanda *quali leggi?*⁵. In questo quadro, come nella relazione problematica uomo/tempo l'approccio contaminato della *durata* di H. Bergson discute quello puro ma aperto della teoria della *relatività* di A. Einstein, così, nel rapporto uomo/diritto, l'approccio *contaminato* del pensiero di Romano discute quello *puro ma aperto* di Kelsen. Ciò premesso, muovendo da un'esigenza di *reductio ad unitatem*, che non significa unisemia della libertà e dell'interpretazione, ci si prova a chiedere se la relazione tra detti angoli visuali sia assimilabile a quella di due rette parallele o vi sia invece intersezione (e dunque possibile compatibilità/incompatibilità) nel punto in cui ciascuna di esse gioca il proprio senso. È la questione del rapporto tra giuridicità e uomo, indicato da Romano nell'espressione "*genesì fenomenologica del diritto e genealogia della normatività*"⁶.

2. Hans Kelsen, o dell'emancipazione del diritto dall'uomo

La dottrina pura del diritto di Kelsen, svincolando il diritto posto dal problema dell'uomo e degli scopi, identifica la giuridicità con la *legalità* ed emargina il problema della *giustizia* in quanto "*ideale irrazionale*"⁷. Visto sotto l'angolo prospettico della *proposizione normativa* – intesa

³ ID., *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., p. 87.

⁴ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., cap. I *La purezza*.

⁵ B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., parte I cap. 3.

⁶ ID., *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 17.

⁷ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 59.

come enunciato normativo a struttura linguistica⁸ – il sistema kelseniano espelle esplicitamente la questione dell'uomo, della libertà e degli scopi dal diritto; diritto inteso quale mero "mezzo di controllo sociale"⁹. Quanto detto appare meno immediato ove l'angolo prospettico sia spostato su natura e funzione della *Grundnorm* nella costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico¹⁰. Riguardando il sistema dalla prospettiva dell'uomo-giurista (prospettiva che in Niklas Luhmann sparirà del tutto, lasciando posto al sistema) Kelsen vede quel *salto di senso* che l'accesso al diritto positivo impone e lo risolve *a parte objecti*, ovvero sia perfezionando (o sofisticando) il sistema onde sostenere il cammino del legale. Nella direzione opposta Martin Buber spiega quel salto *a parte subjecti*, onde sostenere il cammino del giusto che passi per un ritorno dell'uomo a se stesso. Con riguardo alla natura, la dottrina pura del diritto, qualificando la *Grundnorm* come "presupposto ipotetico"¹¹, riconosce espressamente, salvo poi prescindere, che *la struttura del diritto, dalle pareti funzionalmente affermative e visibili, poggia su un'ipotesi che patisce la carenza di un senso altro da quello posto*. Con riguardo al suo ruolo, lo stesso Kelsen afferma che le norme sarebbero meri fatti, e il diritto mero essere, ove il sistema non chiedesse altro da

⁸ "Se c'è A deve (soll) esserci B", *ivi*, p. 64. "La norma giuridica, contrariamente alla dottrina tradizionale viene intesa come giudizio ipotetico che esprime il rapporto specifico di un fatto condizionante con una conseguenza condizionata [...] la forma della connessione dei fatti è l'imputazione [...] si tratta di connessione specificamente funzionale.[...] Questa categoria del diritto ha un carattere puramente formale e con ciò si distingue in linea di principio da un'idea trascendente del diritto". *Ivi*, pp. 65-67.

⁹ "Lo scopo del diritto si trova oltre i confini del suo contenuto che solo costituisce l'oggetto della giurisprudenza analitica", *Id.*, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali, Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-1941*, Milano, 2009.

¹⁰ "Con la formulazione della norma fondamentale la dottrina pura del diritto non vuole assolutamente inaugurare un nuovo metodo scientifico della giurisprudenza. Essa vuol dare soltanto la coscienza di ciò che tutti i giuristi fanno per lo più incoscientemente quando, nel comprendere il loro oggetto, rifiutano un diritto naturale dal quale potrebbe essere dedotta la validità dell'ordinamento giuridico positivo, ma intendendo però questo diritto positivo come ordinamento valido, non già come realtà psicologica ma come norma", *Id.*, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, *ivi*, p. 99.

¹¹ *Ivi*, p. 98.

ciò che è posto¹². Il varco della *Grundnorm* è così paragonabile ad un interruttore il cui funzionamento è *condicio sine qua non* perché la giuridicità (qui giuridicità *primaria*) abbia accesso e transito nella norma/forma. Quest'ultima, funzionando a sua volta come riflettore, illumina frammenti del reale di una giuridicità *secondaria* che è derivato artificiale e mediato della prima¹³. La giuridicità *primaria*, a sua volta, avendo fonte nella vita, ne dovrebbe condividere la bipolarità: oggetto/forza del fatto da un lato; soggetto/domanda di senso/futuro dall'altro¹⁴. La *Grundnorm*, immortalando l'*epochè fenomenologica*, scioglie artificialmente questa bipolarità lasciando il sistema sospeso in una contraddizione di fondo: l'uomo, irriducibile polo della *giuridicità primaria*, diviene invisibile alla *giuridicità secondaria*. In Kelsen, pertanto, la *complessità* umana viene *oltrepassata* ma non negata né semplificata. In questo la differenza dalla *determinazione sistemica* di Luhmann ove l'uomo, totalmente esternalizzato in funzioni di sistema, è definitivamente negato nella sua specificità¹⁵. Quanto salvato dalla dicitura *presupposto ipotetico* viene infatti meno ove alla *Grundnorm* sia dato un contenuto specifico. In tale caso non ci si limita a "mettere tra parentesi" l'uomo-domanda, ma lo si trasforma in *uomo-risposta* e, privato così di libertà e giuridicità, lo si perde definitivamente. In questo caso il diritto si tramuta esplicitamente in fatto e il *dover essere* in un particolare tipo di *essere*. Il giurista kelseniano, per contro, *sospende* l'interrogare se stesso in ordine alla possibilità di una *giuridicità intrinseca* degli atti. La norma fondamentale diventa, così, una sorta di

¹² *Ivi*, p. 99.

¹³ "Il fatto in questione ottiene il suo senso specificamente giuridico, il suo particolare significato giuridico, per mezzo di una norma che nel suo contenuto vi si riferisce e gli impartisce il significato giuridico di modo che l'atto possa essere qualificato secondo questa norma. La norma funziona così come schema qualificativo [...]", *ivi*, p. 50.

¹⁴ "Il diritto non può esistere senza la forza e ciò non di meno non è identico alla forza", *ivi*, p. 102. Questo passaggio consente un accenno alla distanza teorica e vicinanza pratica del pensiero di Kelsen rispetto a quello di Hobbes in ordine al rapporto forza/diritto. Se nel primo la forza entra nella struttura formale del sistema giuridico come nudo fatto, nel secondo essa assume le vesti di valore giuridico e contenuto positivo del sistema giuridico stesso. La distanza si attenua, però, ove si evidenzia che tanto in Kelsen quanto in Hobbes il diritto finisce con l'essere definito un "ordinamento (od organizzazione) della forza", *ibidem*, p. 102.

¹⁵ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 68 ss.

anticamera del diritto posto, ma non il selettore qualitativo del diritto. Come la fotografia ferma l'osservazione sottraendola al tempo, allo spazio e, in definitiva alla mortalità dell'osservatore, così la *proposizione normativa*, emancipata dalla temporalità del *chi*, afferma un *dover essere del dover essere* [né di Dio (morale) né dell'uomo] artificialmente eterno. Un aggiustamento logico-formale aggira così un primo problema cruciale: il fondamento e/o genesi del diritto, muovendosi con l'uomo, non è assicurabile a un'espressione del *dover essere* che sia definitiva come nella *morale*¹⁶. All'efficienza del mezzo *forma* fa qui da contraltare l'impotenza assoluta di un uomo definitivamente *anticipato*¹⁷. Risolta nel primo logico della *Grundnorm* la temporalità umana, il sistema si appunta integralmente sulla dimensione passata del *pre-giudicato*. Il legislatore e il giudice, incontrando mere condotte, vedono dell'uomo ciò che *sarà già-stato* o è *già-stato*. In tal modo viene aggirato un secondo problema di fondo: nel giudizio giuridico, contrariamente a un ipotetico giudizio universale o divino, un *chi* (presente) valuta l'*atto* (passato) di un *chi* (futuro). Nella dottrina pura del diritto il *chi* resta dunque *latente* al sistema, come l'*epsilon* in un asintoto; quello scarto infinitamente piccolo ma ineliminabile che, frapponendosi all'intersezione tra curva ("io *gnosico*") e assi cartesiani (oggetto/*res*), consente ad essi un procedere separati all'infinito come *conoscenza ab-soluta* e *ente ab-soluto*.

3. Bruno Romano, o della comprensione reciproca di uomo e diritto

"L'individuo puro' avvicinato dalla 'pura conoscenza' parla in un 'dire' che non è prioritariamente il suo dirsi; non è dunque il 'chi' della sua pretesa giuridica, non è destinatario di una sentenza del terzo-giudice, notificata in un luogo e in un tempo, neppure rischia se stesso nell'intraprendere una prassi tecno-produttiva, nelle ragioni dell'economia"¹⁸.

Il problema della relazione tra "io *gnosico*", "io *patico*" e *diritto* pare il punto in cui la prospettiva di Romano interseca e ribalta quella della dottrina pura facendo leva su due rilievi di fondo¹⁹. In primo luogo, il *chi*

¹⁶ Sulla differenza tra *diritto* e *morale* in H. KELSEN v. *Lineamenti di dottrina pura del diritto, cit.*, pp. 56 ss.

¹⁷ B. ROMANO, *Il soggetto del linguaggio ed il diritto. La differenza nomologica, cit.*, pp. 73 ss.

¹⁸ ID., *Due studi su forma e purezza del diritto, cit.*, p. 63.

¹⁹ *Ibidem*.

può perché è, ed è perché può, *responsabilità*. Ne segue che lo stesso, ove oscurato nei gesti pre-visti in una forma conchiusa e immune dall'"*ansia di senso*" che lo abita, *si sente* colpevolmente sordo al silenzio dell'essere²⁰. La possibilità di questa condizione si salda al rifiuto dell'idea nietzschiana, criticamente dibattuta da Romano, di un uomo innocente "*che non sceglie la menzogna, il male e l'ingiusto, ma li secerne come secerne gli elementi del suo processo digestivo e come non è l'autore della digestione così non è neppure l'autore della menzogna o della verità, del male o del bene, del giusto o dell'ingiusto [...] uomo che è solo ciò che gli accade nel non-senso del divenire, che assorbe e dissolve l'essere del nulla-nessuno*".²¹ In secondo luogo, se esclusivamente un chi/io patico è capace di *responsabilità*, quest'ultima si presenta *infungibile* e *non surrogabile* a mezzo di un *criterio d'imputazione oggettivo giustificato nel sistema*. Rilevando che né l'uomo né il diritto possono oltrepassare il chi senza oltrepassare e perdere il proprio senso, Romano guarda *all'io patico onde cercare nell'uomo la genesi del nomos*. Tornando alla metafora dell'asintoto, il diritto, lungi dal procedere all'infinito sulla curva forte e visibile dell'"*io gnosico*", abita l'invisibile *epsilon* dell'"*io patico*", condividendone la forza dal/nel/del *limite*.

3.1 Uomo, logos, nomos

Il problema del *se (idem/ipse)* e dell'*altro (alter/alius)*²², se sul piano filosofico è relegabile a mera incognita da sistematizzare, sul piano giusfilosofico è ragione irriducibile del *perché?* da cui l'intero discorso muove. Sul punto si devono mettere a confronto due visioni dell'uomo diametralmente opposte: in una prima direzione l'uomo, già libero da solo, deve preservare detta libertà proteggendosi dal *rischio dell'altro*. In un'opposta direzione, radicata nella tradizione socratica, s'innesta il discorso di Romano. Qui la libertà umana si dà nell'esperire quello scarto tra l'*Io* e il *me-dato/avuto* che, illuminato dalla *possibilità dell'altro*, è

²⁰ Per un'analisi del concetto heideggeriano di Noia nella filosofia di B. Romano, vedi: ID., *Fondamentalismo Funzionale e Nichilismo Giuridico*, Torino, 2004, in particolare cap. II, '*Sistema di dipendenza universale*' noia e *globalizzazione*, p. 199 e ss.

²¹ ID., *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., p. 44;

²² D. M. CANANZI, *La spirale estetica del diritto. Narrativa e formatività giuridica discusse con Ricoeur e Pareyson*, in L. AVITABILE, G. BARTOLI, D. M. CANANZI, A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto*, Torino, 2007, p. 94 ss.

garantito dal "terzo-altro" del diritto²³. L'uomo, alzando lo sguardo dalla propria immagine riflessa (Narciso), comincia a riconoscersi in quel guardare che volge all'altro, altro che rimane indefinibile e indefinito in quanto sguardo e non immagine; "intenzione/soggetto e non inclinazione/oggetto"²⁴. Pur svincolandosi dagli approdi alla dimensione eidetica si propone, in questa sede un parallelo con il *mito della caverna* di Platone. L'uomo, volto agli *ektipi* delle ombre crede di possedere quello che, nella terminologia di Romano è "sapere totale"²⁵. Qui l'io non appare perché non c'è discontinuità tra sapere e saputo. Nella condizione di "meraviglia" l'io appare in quanto sguardo che è qui e oltre²⁶. Se questo oltre è definito come idea o essenza, all'uomo, a differenza di Dio, non si dà *essenza* ma *e(s)senza*. La *difettività ontologica* si mostra, così, condizione di una *possibilità deontologica incarnata* ove il sì dell'atto, non più *ab-soluto*, sconta la *morte-limite*. Questa, riconosciuta come necessità (il limite invalicabile della fine del corpo), è affrontata come possibilità (il limite valicabile della non vita dello spirito)²⁷. L'uomo, collocato così nei luoghi del *Demiurgo*, diviene autore unico di un *agere* che è "ars"; non già *necessità* ma *possibilità e scelta*²⁸. Si osserva, in via incidentale, che questa prospettiva, portando la *possibilità* dall'esterno all'interno dell'uomo, consente di ridiscutere l'idea kierkegaardiana di uno *scegliere* che partecipi del morire. Se scelta non è *sceglersi* l'uomo non può che *optare* per una delle possibili vie preimmaginate e, in quanto preimmaginate, quantitativamente infinite e indifferentemente percorribili ma qualitativamente già finite nel senso

²³ B. ROMANO, *Concezioni del diritto e visioni della relazione intersoggettive*, in A. Punzi, P. Savarese, E. Ferri, A. Jellamo, F. Riccobono, D. Falcioni, *Relazione giuridica, riconoscimento e atti sociali*, Roma, 1991.

²⁴ ID., *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., pp. 67-68.

²⁵ *Ivi*, p. 16.

²⁶ L'Autore afferma che: "L'interrezza del se stesso è una struttura costantemente in ristrutturazione, secondo il configurarsi sempre nuovo di un equilibrio tra le molteplici regioni dell'unitarietà dell'essere uomo. L'unica 'invariante' che lo qualifica è la 'variabilità' della forma sempre in formazione nell'esercizio della volontà, illuminata dallo spazio del 'tra se e se', che si manifesta nello spazio della contemporaneità doppia, costituita dal volgersi dell'io come contemporaneo (seconda contemporaneità) al suo esistere contemporaneamente agli elementi del suo mondo (prima contemporaneità)", *ivi*, p. 69.

²⁷ ID., *Filosofie del diritto*, cit., p. 81.

²⁸ ID., *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., p. 81.

più grave del termine. Nello scegliere l'uomo crea la propria unica direzione senza soffrire la perdita dell'alternativa come possibilità; possibilità che segue il chi che nell'atto *si* sceglie²⁹.

Colta nel prisma dell'*eccezionalità* delle *esistenze*, l'*universalità* d'*e(s)senza* appare come minimo comune denominatore di *amore* e *diritto*, il cui rapporto è discusso da Romano in termini di *differenza fenomenologica*³⁰. Nell'*amore* l'esperienza d'*e(s)senza* assume una dimensione mistica, dominata dal *caso d'elezione* ove *possibilità* e *necessità coincidono*. Qui la parola, la norma e la logica del dialogo non appaiono, svolgendosi impliciti nella pura "*domanda della domanda dell'altro*" (*erotao*). Da questo piano si distingue il *diritto* che *sottrae al caso la possibilità della/nella relazione*; quale *inter-e(s)senza*. Qui il dialogo passa per l'esplicitazione di parola/forma/atto in quanto temporalità e spazialità dell'uomo impongono che la partenza si avvii da *iniziativa/pretesa*. Dall'essenziale legame col *principio dialogico* emergono, poi, i tratti cardinali del diritto che Romano indica con due espressioni ricorrenti: "*terzietà del diritto*" e "*diritto come arte*". Con riferimento al primo, l'Autore spiega che "*la verità è coesistita nel dialogo che si svolge tra l'io ed il tu in un luogo terzo, che non è di proprietà né dell'uno né dell'altro dei parlanti, ma opera sempre nel custodire la verità come ansia di verità e non come possesso di verità, ritenuta un bene di cui si può disporre così come si dispone di una merce posta in commercio sul mercato*"³¹. L'*istituzione del luogo terzo*, quale smentita e possibilità dell'altro nell'io e dell'io nell'altro, è propria ed esclusiva dell'*umano* cui si contrappone il *non umano*, che nel gesto non *è/crea* ma *riproduce/imita*³². La norma è "*istituata*" e non trovata/letta nell'ordine visibile delle cose³³. Di qui l'aggancio a "*il diritto come arte*", concetto su cui Romano insiste nell'affermare che "*il giudice ha giurato di essere un terzo imparziale; non possiede già una verità, ma nel processo s'impegna per la ricerca della verità, operando in modo tale che la dimensione della giustizia illumini e dia vita alla dimensione della legalità. La qualità della relazione tra gli uomini – esposta all'alternativa*

²⁹ ID., *Filosofia del diritto*, cit., p. 153.

³⁰ Per la relazione tra linguaggio, amore e diritto si rinvia a ID., *Il diritto strutturato come il discorso. Amore Uguaglianza Differenza. La differenza nomologica*, Roma, 1994.

³¹ ID., *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., p. 19.

³² Sul rapporto tra natura umana/natura animale e diritto v. ID., *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Torino, 2009.

³³ ID., *Filosofie del diritto*, cit., p. 102.

tra il rispetto e la violenza – costituisce così la misura per orientare l'applicazione delle leggi, che mai esegue un sapere posseduto ma chiede sempre l'opera d'arte dell'ermeneutica"³⁴. L'arte viene ricondotta alla dimensione del *poieo*, inteso non quale fare del fare (*praxis*) ma quale fare dell'essere (*poiesis*)³⁵, espressione di e(s)senza umana; si torna ai luoghi del *Demiurgo*. L'origine di *nomos*, non derivando da Io o da Tu si presenta come *ragione altra d'essere entrambi*; ciò spiega il passaggio dall'idea di *fondamento* a quello di "genesì" del diritto. Sul punto sembra utile il riferimento visivo a 'La danza' di Matisse ove il tempo e lo spazio non preesistono, come luogo matematico, a ciò che vi è collocato; essi sorgono quali *luoghi del passo di senso* insieme agli uomini che, iscrivendo la *danza*, nella *danza* s'iscrivono. Il *Passo di danza* è qui *passo di senso*.³⁶

3.2 Senso della forma e senso della sanzione

A partire dall'idea pirandelliana secondo cui "la forma del giudizio giuridico 'fissa in un atto' lo scorrere della vita 'che non conclude'", Romano ridiscute il concetto di *forma* e, distinguendo tra "forma formata e forma in formazione", abilita quest'ultima come dimensione coesistente all'uomo e al diritto³⁷. Da un lato, se la generazione di *nomos* passa per il volto dell'Io concreto e del Tu concreto, una forma che ne voglia prescindere resterebbe il guscio di un senso passato, collocato nel dopo di un uomo che ancora non è per ivi raccogliere l'indistinta quantità dei tutti. Dall'altro lato la forma è il portato dell'istanza umana di vedersi; detta istanza è insita nell'operare, costituendone al contempo negazione e condizione di possibilità. Un *uomo-dio*, ente assoluto, non presupporrebbe la propria immagine, come la pura forza di creazione (*ex ante* rispetto all'essere) non presupporrebbe il creato (*ex post* rispetto all'essere)³⁸. In un *uomo-*

³⁴ ID., *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., p. 19.

³⁵ Sul rapporto tra diritto e 'poiesis' v. D. M. CANANZI *La spirale estetica del diritto. Narrativa e formatività giuridica discusse con Ricoeur e Pareyson*, in, L. AVITABILE, G. BARTOLI, D. M. CANANZI, A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto*, cit., p. 104 ss.

³⁶ B. ROMANO, *Filosofie del diritto*, cit., pp. 80 e 92 ss.

³⁷ ID., *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., parte I, cap. 3.

³⁸ Per un'analisi del concetto heideggeriano di uomo e tempo nella filosofia di B. Romano, vedi: ID., *Il soggetto del linguaggio ed il diritto. La differenza nomologica*, cit., pp. 92 ss.

uomo, però, *l'ex ante* e *l'ex post* sono coesenziali; *l'opera* è coesenziale all'operare come la morte è coesenziale alla vita. Detta coesenzialità non è però identità. Utilizzando la metafora del linguaggio lo stesso scrivere è memoria, resa di spoglie di un dialogo avuto, ma al contempo punto di passaggio per un dialogo possibile. Così, come al dialogo è coesenziale la memoria, così al diritto-che-è è coesenziale il diritto-che-è-stato. Perché ci sia dialogo la memoria è necessaria nel suo non essere il dialogo; perché ci sia diritto la forma (diritto detto) è necessario nel non essere il diritto³⁹. La necessità della forma, lungi dal coincidere con l'affermazione definitiva del senso è, nei termini di Romano, "ipotesi di senso"⁴⁰; passo essenziale che riflette il nesso tra esserci ed esistenza in M. Heidegger. Trasponendo detto argomento nel diritto, quale luogo dell'uomo e nell'uomo, Romano richiama il concetto di *giustizia* delineandola come "senso in formazione" e luogo altro da quello delle leggi "che si danno in un senso già formato negli enunciati che le fissano". La stessa proposizione normativa non sarà che il segno attraverso cui transita la domanda di senso tra un Io e un altro Io. In questo senso la norma formale e preesistente, lungi dal sostituire o racchiudere *nomos*, offre un punto di passaggio affinché vi sia *inter-e(s)senza*: la stabilità è nel coordinarsi oltre la casualità del coincidere; è appuntamento. L'elemento forma si fonderà sull'impegno di sé a rispondere/rispondersi. Alla stabilità dell'an di Io-Altro corrisponde la non determinatezza del *quomodo* Io-Altro. In questa luce/ombra v'è il terreno di affidamento, *fides*, *foedus*, la cui origine e comune radice è irriducibile nel precipitato chiuso e saldabile di credito in quanto *fiducia* e *certezza* si escludono reciprocamente. Il vincolo sarà sempre e solo tra uomini, né l'adempire potrà essere esternalizzato in una funzione dell'avere.

Una delle più importanti cartine di tornasole della differenza tra le due prospettive formalista e quella esistenzialista è il problema del rapporto tra giuridicità e sanzione. Abbandonata preliminarmente l'idea giusnaturalista di una sanzione che sia *negazione di una negazione del diritto*, idea che parte dall'assunto astorico che l'atto di un uomo possa essere eliminato dall'atto di un altro uomo, si apre l'interrogativo sull'intrinseco senso giuridico della sanzione. Nel sistema kelseniano la *proposizione normativa*, creando un *nesso artificiale tra* violazione del precetto e applicazione della sanzione dà a quest'ultima un *senso definitivo nell'efficienza funzionale del sistema*. Ove si torni al diritto

³⁹ *Ivi*, pp. 76 ss.

⁴⁰ *Id.*, *Filosofia del diritto*, cit., p. 155.

dell'uomo la previsione normativa non è di per sé sufficiente a differenziare l'atto sanzionatorio dal mero fatto lesivo cosicché riemerge il problema del *sensu intrinsecamente giuridico dell'atto sanzionatorio* nel presente di *chi* la dispone e di *chi* vi è *assoggettato*. Prescindendo dall'appoggio totalizzante della *legalità* precetto e sanzione dovranno garantire il *chi* nella società e non già beni imputati ad una collettività astratta⁴¹. Sul punto appare opportuno un richiamo alla tragedia delle Eumenidi ove l'operato di Atena realizza *dike* nel processo di trasformazione delle Erinni in Eumenidi. Estendendo alla questione della sanzione quanto rilevato da Romano con riguardo ai diritti fondamentali⁴² emerge l'insufficienza di un perfezionamento normativo dei parametri di adeguamento della pena alla personalità del reo. Il diritto positivo che torni circolarmente a guardare l'uomo da cui si è emancipato non può vederlo. In questa prospettiva il principio di legalità formale, se ha il ruolo fondamentale di garantire al soggetto la *certezza* delle condotte cui l'intenzione del *terzo* legislatore guarda non è però idonea a garantire di per sé la *giustizia* dell'atto sanzionatorio. Insufficiente a tal fine pare la sola conformità della legge alla Carta Costituzionale, quale fotografia temporalmente collocata di un *uomo sociale tipo*. In conclusione, esclusa la prospettiva della derivazione divina del diritto e con ciò il fondamento espiativo della sanzione, può dirsi con Romano che questa assumerà i tratti della *giustizia* solo dinanzi al terzo giudice, quando *rispondendo-si risponde* al *chi* della colpa e al *chi* nella società, come autori di *scelta* di *scopi*⁴³.

⁴¹ ID., *Filosofie del diritto, cit.*, p. 101.

⁴² ID., *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, Torino, 2009.

⁴³ Per un'analisi della riflessione heideggeriana sulle forme della causa nella filosofia di B. Romano, vedi ID. *Tecnica e giustizia nel pensiero di M. Heidegger*, Milano, 1969, pp. 28 ss.