

Segni di valore

Pasquale FEMIA

*...cercando l'eguaglianza, insorgono
...ὄλως γὰρ τὸ ἴσον ζητοῦντες στασιάζουσιν*

Aristotele, *Politica*, V, 1301b

*Et c'est de l'irréparable qu'il faut partir,
maintenant que le nihilisme le plus
féroce sévit dans les rangs mêmes des
dominants*

Tiqqun, *Thèses sur la communauté terrible*¹

SOMMARIO: 1. Dove sei?; 2. Estirpare la luce e la legge; 3. E questa esplosione non avrà mai fine. L'edera e la ragazza; 4. «O Signore, Tu mi prendi. Tu mi prendi. Bruciando»; 5. Divenire, costituire, svanire. Il giuridico tra normatività e valore; 6. La seconda chiusura; 7. La furia centripeta dei Testi Sacri; 8. Il ritmo della dissoluzione e della consolidazione; 9. Indietreggiare dal testo all'intertesto; 10. Semiotica dei Testi ordinanti; 11. Prima di finire. Favola del Commendator Schmitt e del Drago Valorione. Con qualche parola di commento; 12. Congedo.

RIASSUNTO: I valori non sono né dentro né fuori: sono l'altro del sistema. Non sono fuori – non c'è un contenuto, un cosmo, un sistema fondamentale dal quale dipende o scaturisce il diritto – nella morale o altrove. Non sono dentro – perché, se fossero dentro, sarebbero assorbiti nelle operazioni del sistema normativo, che nel suo agire finisce per livellare tutti i contenuti, eliminando le differenze – poiché, se ogni differenza trovasse una risposta, una prestazione del sistema, allora le differenze non esisterebbero più, ma ci sarebbero soltanto prestazioni del sistema. *L'essere sempre altrove* dei valori, la loro allotopia, ne determina la funzione di contestazione dell'esistente: non ci sarà mai un essere adeguato al dover essere, poiché quale che sia la realtà, sarà sempre possibile immaginare uno stato del mondo diverso, nel quale i valori incontrino una realizzazione maggiore.

PAROLE-CHIAVE: 1. Valori. 2. Sistema giuridico. 3. Principi.

TÍTULO: Símbolos de valores

SUMÁRIO: 1. Onde estás?; 2. Extirpar a luz e a lei; 3. E esta explosão não terá mais fim. A hera e a garota; 4. “Oh Senhor, Tu me tomas. Tu me tomas. Ardente”; 5. Tornar-se, construir, desaparecer. O jurídico entre normatividade e valor; 6. A segunda clausura; 7. A fúria centrípeta dos Textos Sagrados; 8. O ritmo da dissolução e da consolidação; 9. O retorno do texto ao intertexto; 10. Semiótica dos Textos ordenantes; 11. Antes de

¹ «Ed è dall'irreparabile che bisogna partire, ora che il nichilismo più feroce è passato dalla parte dei dominanti»: TIQQUN, *La comunità terribile. Sulla miseria dell'ambiente sovversivo* (2001), trad. it., Roma, DeriveApprodi, 2003, p. 6 (TIQQUN, *Thèses sur la communauté terrible. Organe de liaison au sein du Parti Imaginaire, Zone d'Opacité Offensive*, 2001, p. 86).

terminar. *Fábula do Comendador Schmitt e do Dragão Valorione. Com algumas palavras de comentário; 12. Despedida.*

RESUMO: OS valores não estão nem dentro nem fora: são o outro do sistema. Não estão fora – não há um conteúdo, um cosmo, um sistema fundamental do qual depende ou brota o direito – na moral ou alhures. Não estão dentro – porque, se estivessem dentro, seriam absorvidos pelas operações do sistema normativo, que em seu agir acaba por nivelar todos os conteúdos, eliminando as diferenças – já que, se cada diferença encontrasse uma resposta, uma prestação do sistema, então as diferenças não existiriam mais, mas haveria apenas prestações do sistema. O estar sempre em outro lugar dos valores, a sua alotopia, lhes determina a função de contestação do existente: não haverá jamais um ser adequado ao dever ser, porque qualquer que seja a realidade, sempre será possível imaginar um estado de mundo diverso, no qual os valores encontrariam uma realização maior.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Valores. 2. Sistema jurídico. 3. Princípios.

ENGLISH TITLE: Symbols of Values

SUMMARY: 1. Where art thou?; 2. To extirpate the light and the law; 3. And that explosion won't have ever an end. The ivy and the girl; 4. "Oh Lord, Thou takest me. Thou takest me. Burning"; 5. To become, to build, to fade. Legality between normativity and value; 6. The second closure; 7. The centripetal fury of Sacred Texts; 8. The rhythm of dissolution and consolidation; 9. The return of the text to the inter-text; 10. Semiotic of ordenant Texts; 11. Before finishing. The fable of Commander Schmitt and the Valorione Dragon. With a few words of comment; 12. Farewell.

ABSTRACT: Values are neither inside nor outside: they are the other side of the system. They are not outside - there is not a content, a cosmos, a basic system on which depends or from which springs the law - in moral or elsewhere. They are not inside - because, if they were, they would be absorbed into the operations of the legal system, which in its work ends up leveling all content, eliminating the differences - as if every difference found an answer, a performance of the system, then the differences there would be no more, but there would only system performance. The values' always being elsewhere, their allotopia, determines their function of contestating what there is: there will never be a suitable "should be", because whatever the reality, it is always possible to imagine a different state of the world, in which the values meet a greater realization.

KEYWORDS: 1. Values. 2. Juridical system. 3. Principles.

1. Dove sei?

In fondo tutto è solo domanda. Ne rubiamo la forma (e nella forma, le ragioni) a Yves Bonnefoy:

*Que saisir sinon qui s'échappe,
Que voir sinon qui s'obscurcit,
Qui désirer sinon qui meurt,
Sinon qui parle et se déchire?*

Bonnefoy – può esserci per un poeta un nome piú amico del diritto? – lascia parlare una voce che mai si mostra². La voce è il valore; che sfugge, s'oscura, muore, parla e si dilania.

Noi giuristi dedichiamo parole ai valori, e altre ne avvolgiamo nei silenzi delle strutture: valori talvolta evocati quasi fossimo sempre pronti a cavarli dalle nostre tasche; talaltra fonte di orrore antico, nascosti come un'infamia originaria. Atteggiamenti opposti, segnati dalla stessa ferita: la ferita del valore è l'invisibilità, l'essere nome di qualcosa che non si dà se non nell'assenza. Valore è ciò che fugge e non si vede³.

Dove sono, allora, i valori, *sopra* o *dentro* le norme?

Le norme sono altrettanto invisibili dei valori. Vorremmo riconoscerle nella scrittura, ma nei suoi segni asseriamo esservi soltanto la loro fonte; proviamo a ritrovarle inverate nella pratica, ma i comportamenti, devoti o devianti, non sono le norme né la

² Y. BONNEFOY, *Movimento e immobilità di Douve (Du Mouvement et de l'Immobilité de Douve, 1953)*, trad. it. di Diana Grange Fiori, Torino, Einaudi, 1969, p. 66 s.

*Che afferrare se non chi sfugge,
Che vedere se non chi s'oscura,
Che desiderare se non chi muore,
Se non chi parla e si dilania?*

Sono i versi iniziali di una poesia senza titolo, nella sezione *Ultimi gesti*. Douve è una presenza, intuitivamente femminile (ma l'autore ha sempre resistito ad un'identificazione compiuta), espressione di continua rinascita: H. E. KALB, *Bonnefoy and Douve: 'Le Froid Secret'*, in *Modern Language Review*, 73 (1978), p. 525 ss.; sulla femminilità di Douve (che non è un nome proprio in lingua francese) M. A. CAWS, *The Poetics of Yves Bonnefoy*, Boston, Twayne, 1984 e M. SCHERINGAM, *L'Amour et Son Double: Faces of Love in Yves Bonnefoy*, in *Romance Studies*, 7 (1986-1987), p. 138 ss.; posizione molto piú scettica (e interessante) in C. J. ROULAND, *What's in a Name? Yves Bonnefoy and the Creation of 'Douve'*, in *French Forum*, 17 (1993), p. 311 s., secondo la quale Douve è figura di una personale teologia negativa di Bonnefoy: «the poet narrates the confrontation of the signifying system with that which resists to this confrontation» (p. 312); nonché G. GASARIAN, *Yves Bonnefoy: la poésie, la présence*, Seyssel, Champ Vallon, 1986, p. 45 ss. Preziose indicazioni nell'ampio *Commento* di Fabio Scotto, in Y. BONNEFOY, *L'opera poetica*, Milano, Mondadori, 2010, p. 1413 ss.

³ Non si vede: e perciò proviamo a scorgerne i *segni* (le tracce di una presenza per noi adesso mancante) e concluderemo che i valori possono essere trattati soltanto come *segni* (i referenti di qualcosa che, essendo il divenire della dissoluzione, non può essere trattenuto in significati). Per l'apertura della riflessione giuridica ad una capacità conoscitiva propria della comunicazione narrativa G. TEUBNER, *Das Recht vor seinem Gesetz. Zur (Un-)Möglichkeit kollektiver Selbstreflexion der Rechtsmoderne*, in S. KELLER e S. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Recht zwischen Dogmatik und Theorie: Marc Amstutz zum 50. Geburtstag*, Zürich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2012, pp. 277-296. Soltanto la narratività – la rappresentazione concettuale di entità in movimento (i soggetti delle storie, anche di quelle collocate nelle esplosioni di significato prodotte dalla concentrazione poetica) – può condurre l'autoriflessione del sistema giuridico a cogliere al proprio interno l'agire di entità che non sono enti, perenne divenire (i valori).

Fugge e non si vede: anche chi provava nel secondo dopoguerra a ricostruire il diritto sul fondamento di valori superiori che giustificavano la trascendenza dell'idea del diritto incorreva nelle severe critiche di chi non scorgeva alternative tra fondazione storicista e metafisica. Così N. BOBBIO, *Recensione a Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 29 (1952), pp. 134-138, il quale ammonisce che «affermare, da un lato, che i valori morali sono assoluti, e rifiutarsi dall'altro, contro la metafisica razionalistica, di fondare questa absolutezza, è un segno di incertezza teoretica» (p. 137); ciò sull'assunto che una teoria assiologica del diritto debba confrontarsi con il problema dei valori morali e che «la mancanza di questa individuazione è (...)una deficienza che mina la solidità teoretica di tutta l'opera» (p. 138). In termini analoghi («Se il valore non è al di là della storia, non può servire a guidare l'uomo. Ma se è al di là della storia, è inaccessibile all'uomo e non può servire a guidarlo») discorreva di antinomia del valore N. ABBAGNANO, *Sull'antinomia del valore*, in *Rivista di filosofia*, LIII (1962), p. 4, il quale concludeva invocando l'esigenza di una «critica dei valori» (p. 10 s.). Alle censure e alle classificazioni di Norberto Bobbio si sfugge soltanto mediante la consapevolezza dell'operare allotopico dei valori. I valori sono quindi fuori dalle norme, ma agiscono nel sistema: agire infrasistemico e allotopia non sono contraddittori. L'uno indica che i valori attivano procedure cognitive che il sistema giuridico (da non esaurirsi nel sistema normativo) è in grado di attivare; l'altra che in nessun caso l'esistente (l'insieme finora noto delle operazioni del sistema) può dominare il divenire del sistema stesso.

loro negazione: sono soltanto esecuzioni, atti che nelle norme trovano il loro senso. Le norme abitano nella prassi come un'ombra.

I valori non sono né dentro né fuori: sono l'altro del sistema. *Non sono fuori* – non c'è un contenuto, un cosmo, un *sistema fondamentale dal quale dipende o scaturisce il diritto – nella morale o altrove*. Altrimenti il sistema giuridico sarebbe colonizzato da altri sistemi; oppure l'argomento dell'esterno (“c'è un diritto celeste, una morale superiore ecc.”) è soltanto un modo per agire all'interno del sistema giuridico vietando adattamenti, per impedire risposte sgradite alle sollecitazioni (irritazioni) dell'ambiente. *Non sono dentro* – perché, se fossero dentro, sarebbero assorbiti nelle operazioni del sistema normativo, che nel suo agire finisce per livellare tutti i contenuti, eliminando le differenze – poiché, se ogni differenza trovasse una risposta, una prestazione del sistema, allora le differenze non esisterebbero più, ma ci sarebbero soltanto prestazioni del sistema. *L'essere sempre altrove* dei valori, la loro allotopia, ne determina la funzione di contestazione dell'esistente: non ci sarà mai un essere adeguato al dover essere, poiché quale che sia la realtà, sarà sempre possibile immaginare uno stato del mondo diverso, nel quale i valori incontrino una realizzazione maggiore.

L'irriducibilità del dover essere all'essere, la funzione di opposizione al presente *nel* presente è quel che conta; l'allotopia prodotta dalla presenza di valori e norme entro un sistema richiama molteplici e distinte tradizioni di pensiero. In un primo senso, l'allotopia dei valori andrebbe intesa ricostruendola a partire dal senso proprio che essa ha in semiotica: allotopia è la rottura dell'isotopia, ciò che interrompe il piano semantico di un testo⁴. In una sequenza testuale possiamo ricostruire una relazione di equivalenze tra unità elementari di significato (isotopia); oppure riscontrare una relazione di opposizione (allotopia, ad es. “neve nera”)⁵. Muovendo da questa definizione – e a prescindere dall'elaborazione, ormai piuttosto ampia che, a partire da Saussure⁶, la linguistica e la semiotica hanno prodotto intorno al concetto di valore⁷ – i

⁴ GROUPE μ , *Isotopie et allotopie: le fonctionnement rhétorique du texte*, in *Versus. Quaderni di studi semiotici*, 14 (1976), p. 41 ss.; J-M. KLINKENBERG, *La rhétorique dans le sémiotique: la composante créative du système*, in S. BADIR e J. M. KLINKENBERG (éds), *Figures de la figure. Sémiotique et rhétorique générale*, Limoges, Pulim, 2008, p. 35 ss.; M. G. DONDERO, *Rhétorique des pratiques*, in *Semen. Revue de sémio-linguistique des textes et discours*, 32 (2011), p. 111 ss.

⁵ L'isotopia semantica è definita come «l'effet de la récurrence syntagmatique d'un même sème. Les relations d'identité entre les occurrences du sème isotopant induisent des relations d'équivalence entre les sémèmes qui les incluent»; l'allotopia invece come «relation de disjonction exclusive entre deux sémèmes (ou deux groupes de sémèmes) comprenant des sèmes incompatibles»: F. RASTIER, *Sémantique interprétative*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 275 s.

⁶ Oltre al *Corso di linguistica generale* – «la langue ne peut être qu'un système de valeurs pures» [F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris-Lausanne, Payot, 1972 (1916), p.155] – particolare attenzione hanno destato gli *Scritti* recentemente editi, nei quali confluiscono materiali in parte frammentari, ma di notevole interesse. Ivi si legge, tra l'altro: «la Valeur (*ipso facto* : système de valeurs, car toute valeur implique un système de valeurs)» (F. DE SAUSSURE, *Écrits de linguistique générale*, Paris, Gallimard, p.332, corsivo originale). Si affaccia una considerazione del valore come *differenza* (e quindi del sistema dei valori come sistema di differenze) e, in pari tempo, del valore come *negatività*: la differenza è appunto la negazione di tutto ciò che è esterno ad un termine, il quale pertanto è concepibile non come unità (nel senso di: considerabile a prescindere da tutto il resto), poiché il suo essere unità è l'essere una differenza entro un sistema, il quale è soltanto un'organizzazione di differenze: «solo la differenza esiste». «<Comme> il n'y a <dans la langue> aucune unité <positive> (de quelque ordre et de quelque nature qu'on l'imagine) qui repose sur autre chose que des différences, en réalité ces <l>unités sont est toujours imaginaire, la différence seule existe» (F. DE SAUSSURE, *Écrits*, cit., p. 83, corsivo originale). Sul punto A. RABATEL, *Des conflits de valeurs et de points de vue en discours*, in *Semen*, 32 (2011), p. 55 s. e soprattutto S. BADIR, *Valeur et variation, sémiologie et rhétorique*, *ivi*, 32 (2011), p. 11 ss., il quale distingue tra sistema di relazioni e sistema di differenze, poiché la differenza non implica la divisione (la relazione tra due entità presuppone la loro separazione); ritorna in un contesto diverso l'idea dell'unità a mezzo di eterotesi, avanzata più o meno contemporaneamente a Ferdinand de Saussure da Heinrich Rickert, sulla quale infra nota 10.

⁷ C. BALLY, *L'arbitraire du signe. Valeur et signification*, in *Le Français Moderne*, 8 (1940), pp. 193-206; F. RASTIER, *De la Sémantique cognitive à la sémantique diachronique: les valeurs et l'évolution des*

valori sono allotopici, in quanto interrompono il piano semantico (e pragmatico) che ordinatamente procede secondo regole e senza arresti riflessivi, quale mera riproduzione di scelte già compiute, disposte secondo assi di significato noti e indiscussi. In questa sequenza di banalità ordinate irrompe il caos ordinante dei valori, fa cadere nel dubbio la validità normativa, costringe il sistema a produrre nuove soluzioni⁸.

In un secondo senso con allotopia dei valori è possibile indicare la necessità di impedire che dalla considerazione dei conflitti di valore possa scaturire qualsiasi mediazione dialettica, affinché quindi non si inneschi il solito moto ascensionale che riduce i valori a qualcos'altro, si tratti di valori superiori o di metanarrazioni (del genere "democrazia costituzionale"). In questa accezione (certo forzando la tradizione) allotopia sarebbe un nome moderno per ciò che Heinrich Rickert chiamava eterotesi, «una alterità cioè che si oppone all'unità senza negarla»⁹ e che fonda l'unità della molteplicità¹⁰. I valori sono correlati al sistema, non sono sistema essi stessi, poiché un sistema dei valori implicherebbe una gerarchia, per costituire la quale non basterebbe – ammesso che fosse possibile – indicare un valore dei valori, ma occorrerebbe porre una serie di regole che stabiliscano la posizione di ciascun valore rispetto a tutti gli altri. Un *continuum* non eterogeneo di valori (la serie numerica è il modello più semplice di sistema nel quale ciascun elemento abbia rispetto a tutti gli altri una relazione determinabile) è soltanto un'immagine, un'aspirazione del pensiero; è tuttavia

classes lexicales, in J. FRANÇOIS (éd.), *Théories contemporaines du changement sémantique*, *Mémoires de la société de linguistique de Paris*, IX, Louvain, Peeters, 1999, pp. 135-164; LOUIS DE SAUSSURE, *Valeur et signification ad hoc*, in *Cahiers Ferdinand de Saussure*, 56 (2003), pp. 289-310; discute la definizione saussuriana di valore come differenza E. SOFIA, *Sur le concept de "valeur pure"*, in *Revista Letras & Letras*, 25-1 (2009), p. 13 ss., il quale conclude che «la formule 'valeur (pure)' était équivalente à celle de '(pure) différence' [...] si, et seulement si, la 'valeur' est considérée comme 'la contrepartie des termes coexistants'» (p. 33).

⁸ In tal modo si incontrano le esigenze della moderna teoria semiotica, secondo la quale occorre rendere ragione delle componenti evolutive dei sistemi di segni: J.-M. KLINKENBERG, *Précis de sémiotique générale*, Bruxelles, De Boeck, 1996, p. 282, il quale asserisce che «*le rhétorique apparaît ainsi comme une partie créative du système sémiotique : celle qui permet de faire évoluer celui-ci par la production de nouvelles relations entre unités et dès lors par la production de nouvelles unités. Elle est donc un élément moteur, qui se situe en un endroit privilégié : à la frontière, toujours mobile, tracée par les règles du système. Un système, pour rester dynamique, doit en effet toujours comporter un composant évolutif*»; su tali premesse si aggiunge, in un lavoro più recente, che «*la valeur est le moteur même du système. Car ce dernier est fait non point d'objets, mais d'échanges. Et ce qui est échangé l'est en raison de sa valeur*»: ID., *Conclusions. De la valeur d'échange à la valeur éthique, en passant par la valeur de survie*, in *Semen*, 32 (2011), p. 161 ss. (on line: semen.revues.org). Su questo passaggio rinviando a S. BADIR, *Valeur et variation, sémiologie et rhétorique*, cit., p. 11 ss.

⁹ Così la definisce E. PACI, *La filosofia dei valori*, in ID., *Pensiero, esistenza e valore. Studi sul pensiero contemporaneo*, Milano-Messina, Principato, 1940, p. 49, il quale correttamente avverte che il rapporto di eterotesi si pone non tra valori ma tra il «valore oggettivo e irreal» (per Rickert i valori valgono, non esistono) ed «il soggetto del conoscere reale ed esistente». È quindi una tesi sulla possibilità della conoscenza dei valori e non intende certo argomentare la permanenza del conflitto come ambiente (o, se si vuole, struttura di senso) dei valori; tesi, questa, molto lontana da Rickert.

¹⁰ Nel saggio dedicato al concetto di uno e di unità Rickert introduce l'eterotesi. Dal punto di vista logico l'Uno e l'Altro si implicano vicendevolmente: non è possibile affermare una priorità logica del primo sul secondo, poiché senza il secondo il primo non è pensabile. H. RICKERT, *Das Eine, die Einheit und die Eins. Bemerkungen zur Logik des Zahlbegriffs*, in *Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, 2 (1911-1912), pp. 26-78: «*Haben wir das Eine und das Andere, so ist das zugleich die E i n h e i t des Einen und des Andern oder die Einheit des Mannigfaltigen, und nur durch Zerlegung dieser Einheit ist das Eine und das Andere zu gewinnen*» (p. 37); l'unità è quindi compresenza dell'Uno e dell'Altro, unità della molteplicità: «*Das Eine und das Andere aber ist Einheit nur als Einheit der Mannigfaltigen*» (p. 38). Il concetto fu ripreso da Martin Heidegger nella sua giovanile monografia su Duns Scotus: M. HEIDEGGER, *Die Kategorien- und Bedeutungslehre des Duns Scotus*, Tübingen, Mohr, 1916, pp. 28 ss., 42, 68, secondo il quale l'eterotesi è il vero inizio della pensabilità dell'oggetto: rileva infatti «*daß das Unum als Transcendens, als Urbestimmung des Gegenstandes, gleich ursprünglich das Multum fordert, daß somit die „Heterothesis“ der wahre „Ursprung“ des Denkens des Gegenstandes ist*» (p. 42 s.). Si apre così lo spazio per concepire un «continuum eterogeneo», dove ciascuno è un altro («*Jeder ist doch ein anderer*»: M. HEIDEGGER, *o.c.*, p. 69). Su queste tesi del primissimo Heidegger U. REGINA, *Heidegger. Dal nichilismo alla dignità dell'uomo*, Milano, Vita e pensiero, 1970, p. 45 nota 3. Cfr., però, *infra*, nota 145.

un'assoluta impossibilità pratica e un controsenso, poiché, se ciascun valore è infinito (in quanto non conosce né il grado zero né la totalità delle sue realizzazioni), collocarlo in una relazione definita con un altro significherebbe che almeno uno dei due valori della relazione sarebbe ridotto da infinito a finito. Questa operazione è impossibile senza trasformare ciò di cui si parla da valore in qualcos'altro: ad essere ridotti secondo regole di relazione, e eventualmente gerarchizzati, saranno norme, principi, beni, ma non valori¹¹. Avremo pertanto soltanto sistemi di proposizioni, di segni, di significati (forse), di norme, non di valori.

2. Estirpare la luce e la legge

La poésie opère la transmutation de l'abouti en possible

¹¹ È bene ricordare che Heinrich Rickert aveva invece fermissima la convinzione di poter costruire un sistema dei valori, benché, proprio nel saggio così intitolato, contro le spinte antisistematiche che si diffondevano nel pensiero contemporaneo, debba introdurre il concetto di «sistema aperto», nel quale la presenza di elementi metastorici (cui non intende rinunciare) opera senza impedire l'intervento di fattori storici: «*Die Offenheit bezieht sich vielmehr lediglich auf die Notwendigkeit, der Unabgeschlossenheit des geschichtlichen Kulturlebens gerecht zu werden, und die eigentliche Systematik kann auf Faktoren beruhen, die alle Geschichte überragen, ohne deshalb mit hin in Konflikt zu kommen*»: H. RICKERT, *Vom System der Werte*, in *Logos*, 4 (1913), p. 297. La tesi è più affermata che dimostrata, poiché prevale la preoccupazione di cogliere il momento metastorico. L'apertura, il mutamento sono comunque ridotti all'invarianza: se pure la costruzione del sistema trae origine da materiali ricavati dallo svolgimento storico, resta il fatto che ciò che non si svolge è lo svolgimento stesso («*alles sich entwickeln kann mit Ausnahme der Entwicklung selbst*»): H. RICKERT, *o.u.c.*, p. 299. Rivelata la necessità dell'elemento metastorico nel divenire grazie a questo gioco di parole, il problema sarebbe risolto. [Che si tratti di una fallacia è evidente: l'argomento di Rickert è o una ridondanza che nasconde una tautologia ("il mutamento muta") o, come più probabile secondo l'intenzione, una falsa riflessività ("l'immutabile mutamento"): una volta che un concetto sia costruito come sequenza, quindi come impossibilità di sospensione del tempo, è impossibile applicare la sospensione della sequenza a se stessa, poiché la sequenza non sarebbe più una sequenza (poiché ferma nel tempo). In altro senso è possibile una riflessione del concetto ("mutare il mutamento"), nel senso di incidere su di un processo, come fattore causale, ma il concetto di sequenza (il divenire storico) è molto diverso.] Su queste basi Rickert scrive la sua tavola dei valori: sei ambiti di valore, che diverranno otto nel successivo *System der Philosophie* del 1921: ne discute con molta chiarezza A. DONISE, *Valore*, Napoli, Guida, 2008, p. 50 ss. È utile ricordare che nel libro contro la "filosofia della vita" Rickert dedica un capitolo per reagire alla «lotta contro il sistema» (H. RICKERT, *Die Philosophie des Lebens. Darstellung und Kritik der philosophischen Modenströmungen unserer Zeit*, Tübingen, Mohr, 1920, p. 142 ss.), nel quale polemizza soprattutto con Karl Jaspers, senza fare ricorso, neanche in funzione difensiva, al concetto di sistema aperto: qui si preferisce bollare le prime manifestazioni esistenzialiste come prive di valore scientifico, criticando in particolare il tentativo di sopprimere il «sistema» a vantaggio della «sistematica»: non basta ordinare in qualche modo la realtà, poiché ordinare implica scegliere un ordinamento su tutti gli altri. «*Es genügt für die reine Betrachtung, zumal wenn sie wie in der Philosophie universal sein soll, nicht, daß man ein unübersehbares Material überhaupt irgendwie ordnet, sondern man muß als theoretischer Mensch die eine Ordnung für richtiger als die andere halten, und diese Ueberzeugung setzt voraus, daß es schließlich eine und nur eine Ordnung gibt, die uns zwar unbekannt sein mag, aber doch die wahre Ordnung ist, der sich allmählich anzunähern, das Ziel aller wissenschaftlichen Ordnungen bildet. Der Gegensatz zwischen Systematik und System ist undurchführbar. Die Systematik muß im Dienst der Systembildung stehen*» (*o.u.c.*, p. 147). La tentazione della gerarchia è per Rickert irresistibile: il «vero ordine» esclude tutti gli altri. Polemizzando contro le tavole di valori del *System der Philosophie*, Benedetto Croce esclamerà: «I valori umani, trattati come se fossero specie zoologiche o botaniche! La subordinazione e coordinazione, come organismo filosofico! La filosofia per tabelle, due secoli dopo Vico e un secolo dopo Hegel!»: B. CROCE, *Rivista bibliografica* (recensione a Rickert, *System ecc.*), in *La critica*, 22 (1924), p. 110. Lo storicismo crociano si colloca quindi sul versante opposto: «Ciò che si deve risolutamente abbandonare è l'idea del sistema definitivo, soprastorico, che pretenda ergersi o saltar fuori dal corso storico: idea che è poi un'immaginazione, e un'immaginazione cara ai pigri. Perciò a rendere più chiara la nuova idea (storica) del sistema, io soglio dire che il pensiero non procede per sistemi [...], ma per sistemazioni. Parlando a rigore, si sistematizza di continuo a ogni istante, e i cambiamenti nell'orientazione generale sono continui, e le sistemazioni dei filosofi segnano solo punti culminanti» (*o.u.c.*, p. 109). Cfr. *infra*, nota 15.

Yves Bonnefoy, *L'acte et le lieu de la poésie*¹²

Conoscere per deliberare, recita una formula volenterosa. L'urto del concreto demolisce questa recitazione. Viviamo rimasticando categorie altrui, salmodiamo discorsi come vecchie canzoni, pensieri inariditi in morte sequenze di parole. Cominciamo a riflettere soltanto se qualcosa ci va male; altrimenti godiamo dissipando. Dolore e privazione sono il cibo del pensiero. Ma non il capitale accumulato dai poveri: su questa terra non c'è nessuna salvezza da distribuire agli sfortunati, non c'è un premio spirituale elargito in compensazione della loro solitaria sventura. Nessun singolo si salverà, nel segreto terreno della sua anima bella; la salvezza passa attraverso la materia che fa la moltitudine (forse).

Riflettere è doloroso, è sentire il male nascosto dentro lo spettacolo sociale, ascoltare il silenzio del valore, quel continuo susseguirsi di proclami e invocazioni, bugie e autoinganni: un gioco di parole giocato dai ricchi per adornare la collana delle loro belle giornate, una croce disperata cui la serietà inchioda coloro che cercano nel valore l'uscita d'emergenza dallo stato di povertà.

L'esperienza è l'attraversamento del negativo¹³: siamo più saggi perché abbiamo sofferto e fatto soffrire; e tutta la nostra sapienza e infinita scemenza non serve a nessuno e morirà con noi.

Eppure... Un movimento, un sospiro (*nessun timore, non sto per tirar fuori anch'io la verità nascosta nel fondo delle tasche...*). Il dover essere è un prodotto della comunicazione, si produce dividendosi nei mille sistemi con i quali puntelliamo l'angoscia di essere noi nient'altro che finitudine, una briciola che l'ambiente sbranerà. Il valore è il silenzio che segue al sospiro, è il buio dal quale provengono tutte le operazioni sistemiche (*ed è tutto ciò che fa sorridere di queste metafore*).

Prendiamo dunque la comunicazione sul serio. Le frasi si connettono, noi formiamo proposizioni valide entro un sistema: "il contratto è concluso", "ho pregato", "le poesie di Manzoni sono orrende", "licenziare tutela i profitti" (ovvero: "il profitto uccide"), "il potere è il disonore dell'uomo" (Elsa Morante)¹⁴. I sistemi producono discorsi e i discorsi rasserenano. Il valore li sconvolge.

La forma di esistenza del valore è la rivolta. È vero che, secondo l'Aristotele di Alain Badiou, «in generale, chi cerca l'eguaglianza, insorge»¹⁵; ma questa non è una

¹² «*La poésie se poursuit dans l'espace de la parole, mais chaque pas en est vérifiable dans le monde réaffirmé. Elle opère la transmutation de l'abouti en possible, du souvenir en attente, de l'espace désert en cheminement, en espoir. Et je pourrais dire qu'elle est un réalisme initiatique si elle nous donnait, au dénouement, le réel*»: Y. BONNEFOY, *L'acte et le lieu de la poésie* (1959), in ID., *L'Improbable*, Paris, Mercure de France, 1980, p. 130. Per la traduzione italiana (di Diana Grange Fiori) cfr. Y. BONNEFOY, *L'opera poetica*, cit., p. 1209: «la poesia va verificata nello spazio del dire, ma ogni suo passo è verificabile nel mondo riaffermato. La poesia opera la trasmutazione dal compiuto al possibile, dal ricordo all'attesa, dallo spazio deserto alla progressione, alla speranza».

¹³ C. MENKE, *Die Gegenwart der Tragödie. Versuch über Urteil und Spiel*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2005, p. 96: «*Das heißt hier „Erfahrung“: der Weg durchs Negative*»; la giustizia della quale parla il diritto, aggiunge Christoph Menke, presuppone la possibilità di imparare dal dolore; sul nesso tra giustizia e dolore G. TEUBNER, *Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 29 (2008), p. 28. È esplicito il riferimento (C. MENKE, o.c., p. 245, nota 134) al *durch Leiden lernen* di Hans-Georg Gadamer e alla sua concezione "negativa" dell'esperienza: H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr, 4. Aufl., 1975, p. 338 s.; trad. it. *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 2000, p. 715 ss.

¹⁴ E. MORANTE, *Piccolo Manifesto dei Comunisti (senza classe né partito)*, Roma, nottetempo, 2004 (il testo risale presumibilmente ai primissimi anni Settanta del Novecento).

¹⁵ A. BADIOU, *Metapolitica* (1998), trad. di M. Bruzzese, Napoli, Cronopio, 2001, p. 116: «la verità politica si mostra sempre nella prova e nel disordine. Ne discende che la giustizia, più che essere una categoria possibile dell'ordine statale e sociale, è ciò che nomina i principi all'opera nella rottura e nel disordine».

singularità dell'eguaglianza. L'eguaglianza è un metavalore, si è eguali perché si ha lo stesso valore, si è eguali in un valore (o in tutti): l'eguaglianza è la legge della distribuzione egualitaria dei valori. Ecco perché le differenze nel valore sono uno scandalo, che nessuna distinzione liberale ben educata potrà mai cancellare, neanche quella tradizionale che tutto risolve nella storicità¹⁶.

Disegniamo il processo del valore. In principio c'è un'emozione e poi una parola¹⁷; parole ed emozioni si sostengono a vicenda in un intreccio riflessivo, ciascuna superando continuamente l'altra. In tal modo la psiche e il linguaggio, che regola gli scambi tra mente e mondo, si costituiscono l'un l'altro, divenendo sempre più complessi. Ad ogni crescita di complessità, di differenziazioni interne, corrisponde un processo di autoapprendimento: sistema-lingua e sistema-mente apprendono che la differenziazione introdotta accresce la potenza cognitiva e con essa la variabilità generativa. Nascono nuove forme dell'agire e nuove aggregazioni di soggetti. Da qui altre emozioni, altre parole, altre riflessioni: e il divieto di regresso all'infinito crolla sotto il peso della sua avverata insignificanza. E ogni processo si applica a se stesso: così anche la riflessione riflette sul proprio riflettere. La mente osserva attraverso il linguaggio il processo della crescita riflessiva parallela della mente e del linguaggio: è l'autoriflessione, è il nome del demone che potrebbe consegnare il processo di mente e mondo alla disperazione del vuoto (tutto gira su se stesso dentro il vuoto e il prodotto del processo è nulla) e che invece reagisce al brivido nichilista dell'autoservazione, della chiusura operativa dei processi, con la trascendenza autosovversiva (tutto gira su se stesso e diviene altro da se stesso consumando il nulla)¹⁸. Osservare il processo riflessivo (rifletterci su) è un'operazione a sua volta soggetta a riflessione, ed è qui che si coglie nel *fatto* dell'infinita riflessività della riflessione la *figura di un valore*. Il processo riflessivo trascende le regole che lo hanno costituito (e che a loro volta erano state costituite osservando le pratiche) e le trascende osservandole, poiché le regole non possono concludere il processo, ma soltanto farne parte. Chiamiamo, pertanto, "valore" l'osservazione dell'interminabilità del divenire autoriflessivo e l'erosione continua delle categorie di pensiero (con le quali il linguaggio ordina l'angoscia del mondo): "valore" e non "norma", poiché *il valore, diversamente dalla norma, non è una struttura di resistenza alla temporalità, ma di accelerazione del suo potenziale distruttivo* (il valore è osservazione, ma la conoscenza reagisce sui fatti che conosce, modificandoli: sapere che tutto passa, fa scorrere più velocemente l'essere del tutto verso il suo *essere altro*). Lo stesso processo, lo stesso infinto divenire aggrega comunicazioni e le dissolve

Anche Aristotele, il cui scopo è una finzione della stabilità politica, dichiara dall'inizio del libro V della *Politica*: "In generale, in effetti, chi cerca l'eguaglianza insorge". Ma la concezione di Aristotele è ancora statale, la sua idea di eguaglianza è empirica, oggettiva, definitoria. Il vero enunciato filosofico sarebbe piuttosto: gli enunciati politici portatori di verità sorgono in mancanza di qualsiasi ordine statale e sociale». Cfr. ARISTOTELE, *Politica e Costituzione di Atene*, a cura di C. A. Viano, Torino, Utet, 1992, p. 225: «In ogni caso la causa della rivolta è l'ineguaglianza, a meno che i rapporti di ineguaglianza siano proporzionati (un potere regio vitalizio determina una disuguaglianza, se è esercitato tra uguali); perché in generale nella ricerca dell'uguaglianza che scoppiano le rivolte». [Il passo finale è lo stesso posto in epigrafe, per la traduzione del quale sono grato alla prof. Rosalba Femia, mia sorella].

¹⁶ Una versione consolatoria dello storicismo ci ha abituato ad un relativismo autoassolutorio: "le categorie sono relative, e relativi sono i nostri valori", scriviamo – e così ci laviamo la coscienza. Quello che diciamo non è per sempre; ci illudiamo di essere più furbi dei nostri pensieri. Ma i nostri pensieri restano – *per ora*, per un istante che si rinnova ogni giorno, fin quando avremo il potere di farlo, di essere creduti, di convincere. E così lo storicismo è soltanto l'alibi, la faccia buona della violenza delle nostre categorie, che tutti devono rispettare (oggi, non domani – ma, fin quando io posso, è sempre oggi). L'autosovversione della giustizia e l'allotopia radicale dei valori sono il tentativo di costringere il discorso del potere costituito (il discorso giuridico) a introiettare il potenziale destitutivo del reale entro le proprie pratiche di significazione.

¹⁷ «Un bambino si è fatto male e grida; gli adulti gli parlano e gli insegnano esclamazioni e, più tardi, proposizioni. Insegnano al bambino un nuovo comportamento del dolore. "Tu dunque dici che la parola 'dolore' significa propriamente quel gridare?" – Al contrario; l'espressione verbale del dolore sostituisce, non descrive, il grido»: L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, trad. di M. Trinchero, Torino, Einaudi, 1999, § 244.

¹⁸ Per questo passaggio, fondamentale, G. TEUBNER, *Selbstsubversive Gerechtigkeit*, cit., p. 9 ss.

– dove *riconosciamo valori*, là *mettiamo in opera processi*, i quali corrono in pari tempo costituenti e decostitutivi, decostituenti e costitutivi. Si distrugge mentre si crea, si crea perché si distrugge, creare è distruggere: è la sapienza autosovversiva del valore¹⁹. Queste interminabili connessioni di comunicazioni si organizzano in discorsi e insieme di discorsi si saldano in sistemi: ma la stessa forza che li ha uniti, continuamente li divide, rendendo sempre più difficile la riconoscibilità delle operazioni (qualificazioni giuridiche di fatti) come operazioni del sistema: troppa complessità, troppe variazioni interne in risposta alle sollecitazioni dell'ambiente. Incerto se qualcosa gli appartenga o no, il sistema non riconosce più i propri confini: allora i sistemi si differenziano in nuovi discorsi e nuovi sistemi²⁰. *E i valori, infine, dissolvono se stessi?* Essi sono osservazioni, dipendono pertanto dall'osservabilità di eventi come parti di un unico processo. Quando le sequenze corrono ciascuna in direzione diversa e il processo si smarrisce nelle sequenze, allora l'opera dissolutrice del valore ha finalmente attaccato se stessa. Come un dio terreno esiliato alla trascendenza, il valore vive soltanto nelle nostre preghiere, in quelle invocazioni che gli rivolgiamo adoranti in ogni nostro sapiente gesto di fondazione di norme o di giudizi. Un giorno, poi, non ne parliamo più: il giorno della morte del valore. Ed anche questa struttura della riflessione – questo riflettere sulle sequenze interpretandole come divenire ininterrotto e chiamare tutto questo figura di valore – è un dato: ha una nascita e poi dissolverà se stesso²¹. Un giorno vivremo senza valori (affidati a categorie che nessuno da qui saprebbe immaginare). In fondo, se non avessimo così tanta angoscia di fronte al divenire, non avremmo bisogno di valori: ci basterebbero le norme²². Ma l'angoscia non

¹⁹ È una terminologia, che riconosciamo essere ambigua, ma non sappiamo migliorare: P. FEMIA, *Il giorno prima*, in corso di stampa.

²⁰ J. M. LOTMAN, *La cultura e l'esplosione. Prevedibilità e imprevedibilità* (1993), trad. di C. Valentino, Feltrinelli, Milano, 1993, p. 145 ss.; P. FABBRI, *Turbolenze. Determinazione e imprevedibilità*, in T. MIGLIORE (a cura di), *Incidenti ed esplosioni. A.J. Greimas, J.M. Lotman. Per una semiotica della cultura*, Roma, Aracne, 2010, p. 51 ss.

²¹ Il discorso sui valori ha inizio con Nietzsche: H. JOAS, *Die Entstehung der Werte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, p. 37 ss. Per secoli i sistemi sociali hanno funzionato, comunicato e riflettuto senza valori, inseguendo il sommo bene (p. 39).

²² Abbiamo sostenuto la tesi della pratica identificazione ai fini dell'argomentazione giuridica tra principi e valori, sulla scia di Robert Alexy (R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, trad. it., Torino, Einaudi, 1997, p. 73 s.), in P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2^a ed., Napoli, 2004, p. 15 s. (cfr., inoltre, P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 156, nota 298). È bene tuttavia ricordare che anche Alexy mantiene, almeno in astratto, la distinzione tra componente deontologica (principi) e componente assiologica (valori): R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. di L. Di Carlo, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 162 ss. (Id., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, p. 125 ss.); Id., *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, in *Der Staat*, 1990, p. 49 ss. Tale distinzione è tuttavia irrilevante ai fini della sua ricostruzione dell'argomentazione giuridica, interamente dedita a dimostrare la razionalità dei discorsi che facciano ricorso a valori (che sono per Alexy criteri di valutazione), in primo luogo la razionalità (procedurale) di quella che egli indica come «legge del bilanciamento»: dal suo punto di vista è pertanto perfettamente legittimo transitare dal discorso assiologico a quello normativo. Per una considerazione radicalmente critica di questo modello: A. FISCHER-LESCANO, *Kritik der praktischen Konkordanz*, in *Kritische Justiz*, 2008, p. 166 ss.; Id., *Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule*, in G.-P. CALLIES, A. FISCHER-LESCANO, D. WIELSCH, P. ZUMBANSEN (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009*, Berlin-New York, de Gruyter, 2009, p. 65; K.-H. LADEUR, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, Mohr, 2004, p. 58 ss. Nella dottrina italiana, distingue valori e principi G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, 31 (2002), p. 872 ss.: il valore, «in quanto criterio di azione e non soltanto risultato di una valutazione, è un *bene finale* che chiede di realizzarsi attraverso attività *teleologicamente orientate*» (p. 872); il principio, invece, «è un *bene iniziale* che chiede di realizzarsi attraverso attività *consequenzialmente orientate*» (p. 873). Questo tentativo è (a ragione) giudicato «una sterile complicazione» da M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in corso di stampa (letto grazie alla cortesia dell'Autore), nota 109.

L'identificazione tra principi e valori nei sistemi giuridici vigenti (nel senso qui precisato, secondo il quale, anche se i due momenti sono distinti ciò non avrebbe rilievo quando se ne parla nel sistema giuridico, poiché il valori sarebbero ciò che il principio comanda di ottimizzare, sì che fuori dal principio sarebbe irrilevante parlare di valori) rappresenta al meglio l'identità del positivismo giuridico costituzionale, nel quale la Costituzione rappresenta il luogo di ogni significazione. In un sistema giuridico così configurato l'indagine sui valori deve necessariamente ricadere in fondazione di norme concrete derivate in coerenza

è infantile paura dell'oscuro, è la lucida convinzione dell'oscurità nella quale la ragione strumentale efficientista ha gettato le nostre narrazioni di vita. Come ricordato in epigrafe, bisogna spezzare la compiutezza del discorso per consentirgli di divenire il possibile.

3. E questa esplosione non avrà mai fine. L'edera e la ragazza

Le quotidien récuse les valeurs héroïques, mais c'est qu'il récuse bien davantage, toutes les valeurs et l'idée même de valeur, ruinant toujours à nouveau la différence abusive entre authenticité et inauthenticité. L'indifférence journalière se situe à un niveau où la question de valeur ne se pose pas : il y a du quotidien (sans sujet, sans objet), et tandis qu'il y en a, le "il" quotidien n'a pas à valoir et, si la valeur prétend cependant intervenir, alors "il" ne vaut "rien" et "rien" ne vaut à son contact. Faire l'expérience de la quotidienneté, c'est se mettre à l'épreuve du nihilisme radical qui est comme son essence et par lequel, dans le vide qui l'anime, elle ne cesse de détenir le principe de sa propre critique.

Maurice Blanchot, "La parole quotidienne" (1962), in *L'Entretien infini*

Immaginiamo un insieme sottile di rami d'edera che crescono distendendosi intorno ad un vecchio vaso: la forma del vaso è l'occasione e la legge di composizione concreta delle foglie, le quali però procedono per forza propria. Il risultato – sempre provvisorio, sempre pronto a transitare da un fragile equilibrio ad un disordinato crescere ed abbandonarsi, dilaniato in mille direzioni alla ricerca di un senso in nuova struttura: una parete, un terreno, un tronco d'albero – è né vaso né edera, ma edera avvolta al vaso e vaso avvolto d'edera. Nessuna delle due espressioni è migliore dell'altra: il processo del valore trasforma gli agenti che procedono, eliminando le relazioni di soggetto e oggetto. Essi sono quello che sono, edera e vaso, e sono altro da quello che sono, poiché nel processo trascendono la forza stessa che li determina, pur non facendo altro che rispettarla. Presi al bivio tra osservanza e trasgressione, essi operano nella trascendenza rientrata nell'immanenza²³: *sono e sono altro, sono realtà e sono figura*

da principi: per il valore non c'è altro spazio che la capacità di significazione che l'interprete attribuisce al testo espressivo di principi. La riflessione su ciò che davvero dirige queste retoriche dell'attribuzione di significato ai principi – ciò che altri chiamerebbero il senso evolutivo della Costituzione o della sua ermeneutica – apre le porte della infinita differenza qualitativa tra valore e norma e ci convince che il processo autosovversivo del diritto (che continuamente si ripete e continuamente muta nelle sue infinite applicazioni) può essere compreso non riducendo il valore a norma, ma cogliendo nella norma un momento (necessariamente parziale) della sequenza dissolutrice del valore.

²³ «Il divenire immanente della trascendenza» è formula coniata da H. BRUNKHORST, *Recht und Revolution in der Weltgesellschaft*, in www.iim.uni-flensburg.de, p. 14, il quale collega la «trascendenza immanente» di Ernst Bloch (*Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1961, 2. Aufl., 1975, p. 125), la «trascendenza dall'interno» di Jürgen Habermas (*Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, p. 32 ss.) e l'«autotrascendenza» di Gunther Teubner (*Selbstsubversive Gerechtigkeit*, cit., p. 27). Rispetto a Bloch e Habermas, la posizione di Teubner insiste in particolare sul rientro della trascendenza nel sistema: in questo senso, e solo in questo, le operazioni che altri hanno delineato come trascendenza (energie esterne) sono invece (non importate da, ma) ricreate entro il sistema: rientro (non divenire) della trascendenza nell'immanenza.

di qualcosa che senza l'opera non sarebbe e che l'opera può soltanto portare e mai chiudere in se stessa²⁴.

Immaginiamo adesso una bella ragazza (*ciascuno adatti l'esempio secondo le proprie inclinazioni*). L'amiamo, è per noi l'incarnazione della bellezza. Che effetto fa dirle "sei bella" e comunicarlo al mondo? Dobbiamo infinita gratitudine ai milioni di uomini che, in un lavoro storico e preistorico, hanno così tanto differenziato le emozioni, l'impulso riproduttivo, la memoria del piacere, il furore erotico, in finissime (cioè sistematicamente iperdifferenziate) sequenze di parole. Arricchito sotto la pressione della mente riflessiva, il sistema-lingua ha migliorato il sistema-mente: quanto progredisce, quanto crea questo nostro poter comunicare in forme sempre nuove l'esperienza della bellezza alla fonte della nostra energia, a quel viso e quel corpo che la incarnano per noi, pura figura di valore! Quale sventura sarebbe essere ancora fermi all'arcaico balbettio linguistico delle soglie della storia e dover esprimere l'infinita sorgente di tutto questo con una confusa articolazione di grugniti o con rituali di violenza!

Eppure quel viso smarrirà la figura di valore: un giorno cercheremo invano nelle sue rughe la bellezza che pure non potrebbe avere altra sede²⁵. Era (è) amore vero, non capriccio o segnale sociale ("guardatemi: sono stato capace di arrivare ad una donna così..."); e cercheremo altrove la bellezza senza trovarla mai, perché essa vive unicamente entro i confini di quella figura che più non la sorregge. Il valore ha dissolto se stesso, il suo essere-valore era (è) soltanto nella temporalità, continuo crescere e svanire. Quel viso e quel corpo *diventavano* belli ed ora *perdono* bellezza: diventare e perdere sono gemelli.

Misurano, descrivono, e non vivono, la bellezza, invece, coloro che della sua figura non hanno fatto esperienza, ma soltanto registrazione; al contrario, per l'amante la bellezza dell'amata è sia costituzione che dissoluzione: è impossibile incontrare il valore senza esserne trasformati e senza trasformarlo, radicalizzandone la temporalità²⁶.

La quotidianità si dissolve quando i valori parlano entro i nostri atti comunicativi. Il nichilismo quotidiano, l'infinita ripetizione di tutte le ben educate prassi formaliste, i funzionamenti perfetti delle macchine giuridiche e delle loro distinzioni e ingiustizie (ecco il volto quotidiano della legge, la serena quotidianità amministrata da un ceto dominante) sono, finalmente e provvisoriamente, spezzati²⁷.

4. «O Signore, Tu mi prendi. Tu mi prendi. Bruciando»²⁸

²⁴ L. PAREYSON, *Estetica. Teoria della formatività*, Bologna, Zanichelli, II ed., 1960, p. 157 ss.: «l'interpretazione è infinita nel suo numero e nel processo, è caratterizzata da un'infinità quantitativa e qualitativa» (p. 158).

²⁵ Cercheremo in lei, felici, il «mare interiore»:

*Ton visage ce soir éclairé par la terre,
Mais je vois tes yeux se corrompre
Et le mot visage n'a plus de sens.
La mer intérieure éclairée d'aigles tournants,
Ceci est une image.*

Je te déteins froide à une profondeur où les images ne prennent plus.

(Y. BONNEFOY, *Du Mouvement*, cit., sez. *Théâtre*, poesia n. 13).

²⁶ Osserva che occorre «*traiter la valeur comme une force et non comme une forme*», poiché i valori «*ne sont jamais que des stations nécessaires dans ce qui reste nécessairement un flux, qu'elles ne sont donc pas un donné mais le résultat d'un processus*»: J.-M. KLINGBERG, *De la valeur d'échange à la valeur éthique, en passant par la valeur de survie*, cit., p. 174.

²⁷ Sul passo di Blanchot citato in epigrafe (la traduzione del quale si legge in ID., *L'infinito intrattenimento*, Torino, Einaudi, 1977, p. 330) cfr., da un punto di vista semiologico, G. MARRONE, *Un nodo teorico: narrazione, esperienza, quotidianità*, in G. MARRONE, N. DUSI, G. LO FEUDO (a cura di), *Narrazione ed esperienza. Intorno ad una semiotica della vita quotidiana*, Roma, Meltemi, 2007, pp. 7-14.

²⁸ T. S. ELIOT, da *The Fire Sermon* (terza sezione di *The Waste Land*): «*O Lord Thou pluckest me out / O Lord Thou pluckest // burning*». Sul sermone del fuoco, nel quale Eliot volle purificare il buddismo e il

EDIPO

Credo nell'ignoranza e nei sogni e nel delirio

credo in tutte le storie più prodigiose o idolatriche

e in tutte le cose impossibili.

Solo nella mia morte, io,

non credo.

O Madri Sante della paura

voi che restituite all'anarchia favolosa

le visioni corrotte dell'ordine temporale,

voi consolatemi almeno con la vostra piccola morte.

Io credo in voi.

Io vi prego.

Ascoltatemi.

Elsa Morante, *La serata a Colono*²⁹

Siamo adesso preparati all'esperienza del valore, esso distrugge prendendoci³⁰. L'ordine, la proporzionata distribuzione di posizioni in uno spazio politico sempre eguale disegnato dalle categorie che la tradizione ci consegna, la luce confortevole che in ogni evento mostra la calda promessa di perpetuità delle nostre rappresentazioni di ceto, che consola persuadendoci che le promesse saranno mantenute, che avremo ricompense per i gesti e riconoscenza per il desiderio di distinzione sociale, e racconta che ogni cosa sarà come deve essere e chiama norme la catena di queste consolazioni: tutto, tutto avrà fine. La luce confortevole si farà buio e i racconti di salvezza crolleranno dentro l'insignificanza delle norme delle quali erano leggenda. Un'altra voce, finalmente, ci distrugge.

L'ultima definizione: il valore è un'altra voce, è l'altra voce nella voce³¹.

Je saurai vivre en toi, j'arracherai

En toi toute lumière,

Toute incarnation, tout récif, toute loi

Estirpare ogni scoglio, dice Bonnefoy, *tout récif. Récif o récit*³²? Estirpare lo scoglio o il racconto? Racconto, come scoglio cui legarsi nel mare dei poteri e delle norme, del

cristianesimo e la critica ha colto echi ebraici cfr. A. N. DWIVEDI, *T. S. Eliot. A Critical Study*, New Dehli, Atlantic Publishers, 2002, p. 76 s.

²⁹ E. MORANTE, *La Sera a Colono*, in EAD., *Il mondo salvato dai ragazzini* (1968), Torino, Einaudi, 1971, pp. 31-96 (87).

³⁰ «*L'acte de position de la valeur est inséparable d'une négation*» secondo J.-F. BORDRON, *Trois ordres de la valeur selon la qualité, la quantité et la relation*, in *Semen*, 32 (2011), *on line*. Egli si richiama a Jean Paul Sartre e alla individuazione nel valore di un «niente ideale» (J.-P. SARTRE, *L'être et le néant*, Paris, Gallimard, 1943, p. 509).

³¹ Y. BONNEFOY, *Une autre voix*, in ID., *Movimento e immobilità di Douve*, cit., p. 98 :

Io saprò vivere in te, estirperò

In te ogni luce,

Ogni incarnazione, ogni scoglio, ogni legge».

Il testo italiano di *Un'altra voce* è a p. 99 (la riga vuota tra secondo e terzo verso è originale).

³² J.-M. KLINCKBERG, *De la valeur d'échange à la valeur éthique*, cit., p. 169: «*la fixation de la valeur est un récit*». Nell'ampia letteratura cfr., innanzi tutto, R. COVER, *The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, 97 (1983), pp. 4-68, nonché P. BROOKS e P. GEWIRTZ (eds.), *Law's Stories. Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven and London, Yale University Press,

divenire che sdegnava di guardarci, come l'angelo di Rilke³³. Lo scoglio è il discorso, è l'ordine, l'oculata distribuzione degli spazi e dei ruoli nella *polis*. Se tutto questo non si dissolve, non si capisce la politica del valore³⁴.

Il valore consuma e ci consuma, non può costruire se prima non dissolve. È un errore imperdonabile – o una antica strategia di seduzione del dominio (assimilata in tutte le operazioni discorsive dei dominanti) – immaginare il valore come un pieno di significati, una botte semantica rivelata da un mago generoso o strappata agli dei da un noiosissimo Prometeo. Il valore non ha nulla da dirci se prima non ci lasciamo distruggere dalla sua potenza rivoluzionaria.

Prima, quindi, estirpare la luce e la legge.

5. *Divenire, costituire, svanire. Il giuridico tra normatività e valore*

La nozione complementare di archē è quella di telos; la nozione complementare di «principio» è qualcosa di interamente diverso, vale a dire la successione, la conseguenza, il derivato, il «risultato». Cambiando d'universo linguistico, il concetto di origine cambia strategia. L'origine continua a significare inizio e dominio; non più, però, di un divenire, bensì di un ordine gerarchico.

Reiner Schürmann, *Dai principi all'anarchia*

1996; P. BROOKS, *Narrativity of the Law*, in *Law and Literature*, XIV-1 (2002), pp.1-10; Id., *Narrative transactions. Does the Law Need a Narratology?*, in *Yale Law Journal of Law and Humanities*, XVIII-1 (2006), pp. 1-38; R. K. SHERWIN, *The Narrative Construction of Legal Reality*, in *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, 6 (2009), pp. 88-120; B. JACKSON, *Semiotics and Legal Theory*, London, Routledge & Kegan Paul, 1985; Id., *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988; P. EWICK e S. S. SILBEY, *Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative*, in *Law & Society Review*, 29 (1995), pp. 197-224; Id., *Narrating Social Structure: Stories of Resistance to Legal Authority*, in *The American Journal of Sociology*, 108 (2003), pp. 1328-1372; in Italia M.P. MITTICA, *Prima di tutto sono racconti. Riflessioni a margine di un libro su diritto e letteratura*, in *Sociologia del diritto*, 2004, pp. 183-192; EAD., *Diritto e letteratura in Italia: stato dell'arte e riflessioni sul metodo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 39 (2009), pp. 273-299.

³³ R. M. RILKE, *Elegie duinesi*, a cura di Enrico e Igea De Portu, Torino, Einaudi, 1978, p. 3, prima elegia: «...Perché il bello non è / che il tremendo al suo inizio, noi lo possiamo reggere ancora, / lo ammiriamo anche tanto, perch'esso calmo / sdegnava distruggerci» («...das Schöne ist nichts / als der Schrecklichen Anfang, / den wir noch grade ertragen, / und wir bewundern es so, weil es gelassen verschmäht, / uns zu zerstören»). Come commenta Romano Guardini, «la grande esistenza è bensì bella, ma la bellezza è soltanto il grado ancora tollerabile dell'effetto che ne promana. Non appena questo aumenta, la beatitudine della bellezza si trasforma nello spavento della distruzione»: R. GUARDINI, *Rainer Maria Rilke. Le Elegie duinesi come interpretazione dell'esistenza* (1954), trad. di S. Zucal, Brescia, Morcelliana, II ed., 2003, p. 32.

³⁴ È la contrapposizione tra la logica ordinante della *police* e quella disordinante della *politica* secondo J. RANCIÈRE, *Il disaccordo. Politica e filosofia* (1995), trad. di B. Magni, Roma, Meltemi, 2007, p. 41 ss., ove all'ordine poliziesco (fatto di preconstituita distribuzione di posti e di funzioni), si oppone, con il nome di politica, «un'attività ben definita, e antagonistica rispetto alla prima: quella che rompe la configurazione sensibile, in cui si definiscono parti o frazioni o la loro assenza, grazie a una presupposizione che per definizione non vi trova posto: quella di una parte dei senza-parte» (p. 48: come si vede ogni realtà richiama la sua mancanza per esistere divenendo); nella sua recensione Filippo DEL LUCCHESI, *La potenza aritmetica dell'eguaglianza*, in *il Manifesto*, 4 aprile 2007 (anche *on line*), aggiunge che la politica «è l'affermazione di una radicale uguaglianza che mette in crisi qualsiasi organizzazione dei rapporti individuali basata sull'ineguaglianza». Cfr. D. PALANO, *Lo scandalo dell'uguaglianza. Alcuni appunti sull'itinerario teorico di Jacques Rancière*, in *Filosofia politica*, 2011, p. 505 ss.

Il lavoro filosofico non lascia, nel campo dei valori, le cose come stavano, ma sviluppa le condizioni per l'argomentazione razionale

Uberto Scarpelli, *Dibattito bolognese sui valori*³⁵

La rivolta, la potenza dissolutrice nella tensione al divenire, l'osservazione autoriflessiva sulle sequenze di atti comunicativi organizzate in discorsi: tutto ciò costituisce segni di valore. Non sono segni di valore, invece, le parole con le quali sono fatte le norme. È un passaggio non semplice, anche doloroso, per chi provenga dalla tradizione analitica o positivista, per chi abbia cercato nella riflessione sui valori la via di salvezza contro una scienza delle norme ridotta a contare paragrafi, sezionare articoli, compiacersi della propria capacità di rimasticare all'infinito il vuoto. Quella via ci chiama, impone un atteggiamento di radicale sovversione del feticismo della legge, feticismo della parola scritta, una via che chiede di riprendere il movimento di liberazione della scienza giuridica cominciato cento anni fa³⁶.

I valori non sono un elegante ornamento umanistico delle norme; *normatività e valore non possono ridursi l'una all'altro, poiché rappresentano due esigenze opposte di pensare il divenire*. La normatività richiede la ripetizione, i valori la dissoluzione; la prima reagisce al tempo bloccandolo in sequenze comunicative vincolate a riprodurre sempre gli stessi significati, i secondi sono l'osservazione che nulla può restare soggiogato allo spettacolo dell'identità; le norme disegnano l'ordine (persino nelle sue contraddizioni), i valori amano il caos, nutrono le proteste e le rivoluzioni³⁷.

I tessitori di norme hanno compiuta intelligenza del fenomeno, sanno perfettamente che il *sempre così* delle norme è un *sempre così muteremo*; essi contrappongono legalismo ed esperienza giuridica e generosamente provano ad imbrigliare la potenza dissolutrice del valore in formule che la pieghino per trasformarla in mera funzione della norma (l'interpretazione evolutiva, la ragionevolezza, la prudenza del giudice, il diritto vivente, la cultura giuridica). Tutto ciò è degno di merito, talvolta di ammirazione, e spiega l'immemorabile durata di questo atteggiamento intellettuale: eppure è soltanto addomesticamento dei processi costitutivi di valore entro una

³⁵ R. SCHÜRMAN, *Dai principi all'anarchia* (1986), trad. di Gianni Carchia, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 213; U. SCARPELLI, *Relazione*, in A. GUZZO e U. SCARPELLI, *Dibattito bolognese sui valori*, in *Filosofia*, XIII (1962), p. 129.

³⁶ Il feticismo è un pericolo connaturato alla scrittura e in riguarda soltanto la legge, ma l'intera struttura della comunicazione giuridica moderna, che per intero (anche in quegli aspetti dei quali e per i quali si decanta l'oralità) è comunicazione testuale. Se «il feticismo della legge appartiene alla storia dei miti giuridici» (U. BRECCIA, *Note sul diritto privato tra tecnica legislativa e sistematica giuridica*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, Giuffrè, 1995, p. 37), occorre riconoscere che la formula, coniata da Hermann Ulrich Kantorowicz, va estesa ad ogni aspetto del giuridico. Sia pure in un quadro sostanzialmente tradizionalista (ma riconoscendo in Kantorowicz un «geniale scrittore»), Vittorio Polacco accomunava «il feticismo della legge dunque, in odio alla dottrina giuridica, come contrapposto al feticismo per la dottrina giuridica e per la libertà del giudice, sovrachianti, se occorre, la legge scritta. Esagerazione da una parte, esagerazione dall'altra»: V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, in *Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, 67 (1907-1908), parte I, Venezia, p. 157, sul quale, ampiamente, P. GROSSI, *Nobiltà del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 171 ss. In un quadro teorico diverso, la formula torna in R. MARRA, *Per una scienza di realtà del diritto (contro il feticismo giuridico)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 38 (2008), pp. 317-346 e 39 (2009), pp. 5-30.

³⁷ Sulla necessità di rompere la costruzione della temporalità giuridica della tradizione positivista fondamentale A. NEGRI, *La costituzione del tempo. Prolegomeni*, in ID., *Macchina tempo. Rompicapi, liberazione, costituzione*, Milano, Feltrinelli, 1982, p. 303: il diritto afferma «la sua continuità di valore e quindi la sua universalità sovrapponendo al fluire del tempo la staticità di un eterno presente e, quindi, esplicando la sua validità assiologica attraverso la validità formale». Sul «diritto in movimento» cfr. M. BLECHER, *Recht in Bewegung – Paradoxontologie, Recht und Soziale Bewegungen*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2006, p. 449 ss.

durissima pratica di violenza simbolica³⁸. I valori non riposano in un'organizzazione di formule rassicuranti, ma sono tensione perenne, dolore dell'indeterminato, una luterana disperazione piena di speranza³⁹. Piuttosto che essere inglobati nella normatività, devono liberarsi in potenza costituente⁴⁰.

Il divenire è una realtà che produce le norme dalle quali è regolato e che, nella dichiarata osservanza di quelle stesse norme, si disgrega⁴¹. L'autoriflessione è il

³⁸ Sul discorso giuridico come strategia retorica per celare la violenza del diritto P. SCHLAG, *Clerk in the Maze*, in *Michigan Law Review*, 91 (1993), p. 2053 ss. Con le parole di Robert Cover, «*Taken by itself, the word 'interpretation' may be misleading. 'Interpretation' suggests a social construction of an interpersonal reality through language. But pain and death have quite other implications. Indeed, pain and death destroy the world that 'interpretation' calls up*»: R. COVER, *Violence and the Word*, in *The Yale Law Journal*, 95 (1986), p. 1602. La connessione tra violenza e diritto illustrata da Cover, per quanto ammirata, è sembrata a taluni fin troppo morbida, ancora legata alla speranza di una possibilità di intesa. Cfr. A. SARAT e T. R. KEARNS, *Making Peace with Violence: Robert Cover on Law and Legal Theory* in A. SARAT (ed.), *Law, Violence, and the Possibility of Justice*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 49 ss. e M. CONSTABLE, *The Silence of the Laws: Justice in Cover's "Field of Pain and Death"*, *ivi*, p. 85 ss.; S. SKINNER, *Stories of Pain and the Pursuit of Justice: Law, Violence, Experience and Jurisprudence*, in *Law, Culture and the Humanities*, 5 (2009), pp. 131-155 e, in particolare, J. A. BECKETT, *The Violence of Wording: Robert Cover on Legal Interpretation*, in *NoFo*, 8 (2011), p. 3 ss. Jason Beckett insiste sulla violenza epistemica accanto a quella fisica, individua il limite dell'analisi di Cover nel non aver avvertito la violenza epistemica del progetto liberale e conclude insistendo sulla violenza che è insita anche nella creazione del testo giuridico.

³⁹ La formula ricorre in una lettera di Lutero dell'8 aprile 1516 a Georg Spenlein: «*du, Herr Jesu, bist meine Gerechtigkeit, ich aber bin deine Sünde. Wenn wir nämlich aus eigenen Mühen und Qualen zur Ruhe des Gewissens eingehen wollen, wozu wäre er dann gestorben? Nein, nur in ihm, durch getrostete Verzweiflung an dir und deinen Werken wirst du Frieden finden*» (www.etika.com/d15/1503.htm).

⁴⁰ A. NEGRI, *Kairòs, Alma Venus, Multitudo*, Roma, Manifestolibri, 2000, p. 130. Il progetto razionalista della filosofia analitica del valore ha il merito indiscutibile di aver contrastato la riduzione del valore a «significato emotivo» e di avere indicato la possibilità di un «significato semantico» (così, in una delle sue prime formulazioni. U. SCARPELLI, *Alcuni problemi della teoria analitica del valore nel libro "Elementi di filosofia analitica" di Arthur Pap*, in *Rivista di filosofia*, XLIV (1953), pp. 321-337). Il problema da essa aperto, l'individuazione di metodi di verifica del comportamento alla base della significazione assiologica, deve muovere dal riconoscimento che non possa «escludersi che oltre a questi metodi di verifica [logica ed empirica, n.d.r.] altri possano essere introdotti ed accettati» (U. SCARPELLI, *o.c.*, p. 336 s.). Verificare il valore è lasciare che esso divenga sovvertendo; in tal senso le sue manifestazioni non si esauriranno mai nella descrizione di comportamenti, perché esse sono la possibilità dell'evento, dei comportamenti a venire. La svolta semiotica non vuole asserire che i valori siano semanticamente vuoti, ma che, essendo la loro semantica il divenire stesso, noi siamo coinvolti in questa produzione di senso soltanto se assumiamo un atteggiamento semiotico. Riconoscere il significato del valore è addomesticarsi all'egemonia che lo ha iscritto in segni di valore; riconoscere la semioticità (non la semanticità) del segno significa accedere al processo infinito di creazione infrasistemica dei significati giuridici mediante dissoluzione dei significati normativi esistenti.

⁴¹ Una fonte forse insospettata si reperisce in Benedetto Croce. In un saggio scritto per la rivista tedesca *Logos* [la stessa nella quale apparvero i lavori di Rickert prima citati *retro*, note 10 e 11: B. CROCE, *Über die sogenannten Wert-Urteile*, in *Logos*, 1 (1910-1911), p. 71 ss.] e poi pubblicato in italiano [B. CROCE, *Intorno ai così detti giudizi di valore*, in *La critica*, 8 (1910), p. 382 ss., da qui le successive citazioni], Croce critica aspramente l'ipotesi secondo la quale si possano formulare giudizi di valore. Esaminando la «formola che tutti li abbraccia» – «A è come deve essere» – ci si avvede, egli sostiene, che queste asserzioni, se fossero giudizi, prenderebbero «un'apparenza mostruosa» e costituirebbero un assurdo logico (p. 382 s.): «perché se A è, è come deve essere, non potendo essere altrimenti (p. 383). Non si potrebbe pertanto asserire che qualcosa sia come non deve essere (cioè che una realtà contrasti con un valore), perché ciò che è, deve essere (in quanto, aggiungiamo, è razionale e necessario). I valori non sono giudizi, ma soltanto espressioni di un sentimento, fermo restando che «un sentimento, che funzioni da universale, è una contraddizione in termini» (p. 384). «Bisogna insistere sulla parola "espressione", perché il così detto giudizio di valore non è l'amore o l'odio, il desiderio o l'abborrimento, la volontà o la nolontà in atto, ma è la rappresentazione (e, quindi, l'espressione) di quell'atto sentimentale o pratico che si dica. (...) Sarebbe grave errore scambiare l'espressione con la creazione di valore» (p. 384, spaziato originale). Secondo Benedetto Croce, in conclusione, i valori non sono materia di giudizio (di realtà) ma di espressione (di sentimento); ciò che è non può non dover essere, giudicare secondo dover essere un ente sarebbe non attività conoscitiva, ma mera manifestazione di preferenza o di fastidio (una conclusione che sarebbe piaciuta ai neopositivisti logici di prima generazione). Questa specie di *amor fati*, che trasforma la realtà in una prescrizione di conformismo e riduce la protesta all'espressione di sentimenti individuali e che, come al solito tutto risolve nella storia, è un documento di un periodo e di un lessico molto lontani. Eppure in essa, affrancata dalla coloritura storicista, si rintraccia l'idea che il valore è una forza dissolutrice – altri direbbe, forza negativa,

percorso per accedere ai segni di valore che in tale processo si manifestano e non può essere ridotta alla semplice dinamica interna della normatività. Il divenire non è un mero processo regolativo: il sistema giuridico non serve a contrastare il divenire, imprigionandolo in una trama di norme, tutte tese al mantenimento delle aspettative deluse al sempre così, quasi fosse un rantolo conservatore; il sistema giuridico serve a ospitare le opposte tendenze del processo, conservatrice e rivoluzionaria, consentendo il suo *essere un divenire*. La normatività è pertanto solo l'aspetto dichiarativo del giuridico⁴², il lato semantico che dice che qualcosa sarà sempre così; il valore ne è il volto oscuro, l'energia distruttiva⁴³.

Il diritto, come ogni sistema, trasforma le comunicazioni in discorsi, gli atti diffusi di significazione prodotti da ciascun individuo in operazioni di riduzione a categorie e riproduzione secondo identità dell'evento con la struttura preesistente⁴⁴. Ma la comunicazione preme sui discorsi⁴⁵, travalica la loro normatività: l'eccedenza costituente⁴⁶ del valore è il prodotto dell'eccedenza che la comunicazione singolare (quella che produce e si produce in ciascun soggetto) ha sulla ripetizione del discorso che invece ogni istituzione pretende. *Ogni volta che la comunicazione travalica il discorso si manifesta un valore*. Il discorso è il luogo delle norme, la comunicazione il luogo dei valori.

oppositrice – manifestata nel processo del divenire. Certo la «rappresentazione» crociana ben potrebbe essere il segno, purché si aggiunga che creazione del valore e creazione del segno coincidono: nulla residua al segno, che, rappresentando un'assenza, è (quindi non è mera rappresentazione, ma presenza del valore come segno di valore). Il preteso dualismo tra fatti e valori è ridotto da Croce al rapporto tra due forme, «la forma che conosce» e «la forma che vuole» (p. 390), dualità e non dualismo, poiché «il pensiero è pensiero dell'azione e l'azione è azione del pensiero», sí che «non ci sembra ci sia altro modo d'intendere i due termini se non come distinti e uniti insieme e, per ciò stesso, come opposti e, reciprocamente, a volta a volta, positivi e negativi. *L'azione nega il pensiero, e il pensiero nega l'azione; onde l'uno non è senza l'altra né l'altra senza l'uno; e la loro dualità non è dualismo, ma dialettica; la vera unità, non immobilità ma attività, non puro essere ma divenire*» (p. 390, corsivo aggiunto). Basterebbe, ma sappiamo che non sarebbe affatto poco, rinunciare alla solita conciliazione dialettica e pervenire ad una concezione dell'essere come divenire necessariamente antagonista, dove una realtà si scontra con la negazione portata dai valori, per poter leggere in questa frase di Croce la rappresentazione (o «espressione») della qualità dissolutrice e processuale dei valori.

⁴² Dichiarativo di dover essere, ma pur sempre dichiarativo.

⁴³ In tal senso accanto al «nulla normativo» sussiste il «pieno antropologico», secondo le felici espressioni di P. VIRNO, *Motto di spirito e azione innovativa. Per una logica del cambiamento*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005, p. 46 (benché per parte nostra non nutriamo la stessa fiducia nello stato di eccezione). Crediamo che questa conoscenza della distruttività sia l'esperienza stessa; pertanto, per chi ricerchi il significato del valore resta aperta l'esigenza di «rideterminare il concetto di significato sí da rendere possibile la comprensione e la ricostruzione del linguaggio nel campo delle norme e dei concetti di valore, ma restando nell'orizzonte dell'esperienza umana»: U. SCARPELLI, *Relazione*, in A. GUZZO e U. SCARPELLI, *Dibattito bolognese sui valori*, cit., p. 127.

⁴⁴ Sulla tensione tra evento e struttura cfr. A. BADIOU, *L'essere e l'evento* (1988), trad. G. Scibilia, Genova, Melangolo, 1995, p. 177 ss.

⁴⁵ Il discorso è il luogo di una semiosi nella quale si è manifesta e perpetua un potere: un'accezione apertamente foucaultiana. Anche la semiotica di recente prova ad individuare nel discorso un concetto piú ampio «che, senza negare la pertinenza e l'utilità del testo, ne allarga il campo operativo e la riversa nella socialità»: G. MARRONE, *Corpi sociali. Processi comunicativi e semiotica del testo*, Torino, Einaudi, 2001, p. XXIII; R. EUGENI, *La semiotica dell'esperienza: un paradigma in divenire*, in G. BETTETINI (a cura di), *Storia della semiotica. Dai percorsi sotterranei alla disciplina formalizzata*, Roma, Carocci, 2009, p. 125 ss. In altra, ma affine, tradizione di pensiero si individua sia la relazione tra usi del linguaggio e forme piú o meno pervasive di potere [M. SBISÀ, *Atti linguistici di spiegazione*, in M. S. BARBIERI (a cura di), *La spiegazione nell'interazione sociale: aspetti cognitivi ed evolutivi*, Torino, Loescher, 1989, pp. 71-103; M. SBISÀ, *Fra medico uomo e paziente donna: quale analisi?*, in F. PIZZINI (a cura di), *Asimmetrie comunicative. Differenze di genere nell'interazione medico-paziente*, Milano, Franco Angeli, 1990, pp. 79-99] sia la connessione tra momenti affettivi e deontici: M. SBISÀ, *Affetto e diritto come dimensioni dell'interazione verbale*, in C. GALIMBERTI (a cura di), *La conversazione. Prospettive sull'interazione psico-sociale*, Milano, Guerini, 1992, pp. 185-203.

⁴⁶ A. NEGRI, *La filosofia del diritto contro la sovranità: nuove eccedenze, vecchie frammentazioni*, in *European Journal of Legal Studies*, 3 (2008), p. 1 ss.

L'interazione di normatività e valore (non dialettica, poiché tra di essi non vi è il terzo tempo della conciliazione, dopo tesi e antitesi) impone di scindere nella pratica del diritto il momento fondativo della decisione (la riconduzione della proposizione normativa singolare posta a fondamento della soluzione del caso concreto) da quello distruttivo (l'apertura che la soluzione produce in vista di una normatività a venire, avvertita soltanto in forma di valore)⁴⁷. Non è una banale contrapposizione tra diritto esistente e diritto futuro, tra sistema giuridico vigente e sistema giuridico dell'avvenire: qui *a venire* non è il sistema giuridico, che già c'è, ma la sua normatività, cioè una parte soltanto del giuridico. La normatività, come abbiamo detto, non esaurisce il sistema giuridico, nel quale sono sempre e simultaneamente operanti due modi di una sola realtà: alla costituzione della vigenza della norma entro il sistema giuridico si affianca la destituzione semantica della norma sotto l'azione del valore. Il sistema è il suo essere e il suo divenire – non nel senso che riduce dialetticamente il divenire alle sue categorie, superandole con un qualche banale storicismo o altro giochino retorico⁴⁸, ma – è la struttura che accede alla sua sovversione interna, che accetta di spezzare la propria identità e ricostituirsi in un totalmente altro. Come per la bellezza, anche per il diritto occorre radicalizzarne la temporalità⁴⁹.

6. La seconda chiusura

*Sacrilège! nul ne peut confondre les
idoles à briser avec les icônes à prier*

Bruno Latour, *Petite réflexion sur le culte
moderne des dieux Faitiches*

La confusione tra la polarità interna del sistema giuridico tra essere e divenire, da una parte, e l'opposizione *de iure condito/condendo*, dall'altra, è alla base dell'erronea riconduzione del valore alla norma. La venerazione del testo produce il testo sacro: le parole della legge, e solo quelle, sono segni di valore secondo il riduzionismo positivista. Il diritto che pure è chiuso come discorso – chiuso in quanto normativizza le comunicazioni, costringendole ad esprimere norme – si chiude una seconda volta nella testualità feticista. Questa *seconda chiusura* (che, per contrapporla alla prima, potremmo chiamare chiusura semiotica)⁵⁰ è una difesa contro la temporalità intrinseca

⁴⁷ Sul potenziale distruttivo della decisione, P. FEMIA, *Decisori non gerarchizzabili, riserve testuali, guerra tra Corti. Con un (lungo) intermezzo spagnolo*, in L. MEZZASOMA, V. RIZZO e L. RUGGERI (a cura di), *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa*, Napoli, Esi, 2010, p. 105 ss.

⁴⁸ Ciò sia detto con il massimo rispetto per la retorica. Si è già ricordato il ruolo che la ricerca semiotica assegna alla retorica nel garantire l'evoluitività del sistema linguistico. In particolare S. BADIR, *Valeur et variation, sémiologie et rhétorique*, cit., p. 11 ss., muove dalla considerazione che la retorica opera sul piano della *parole* non della *langue* (nell'accezione saussuriana dei termini), costituendo la necessaria messa in atto del sistema linguistico («*l'art rhétorique, c'est la parole en acte*»). La retorica è pertanto, egli aggiunge, riflessiva e in quanto riflessiva, momento critico che rivela l'esistenza di uno spazio interno per la variazione del sistema: «*un espace de différenciation inhérent à la langue elle-même, en-dessous des règles et des représentations qui recouvrent son système. Le rhétorique est cette puissance paradoxale : une réflexivité propre à la négativité du système de la langue. Une puissance contenue dans la langue qui à jamais la rend insoumise à toute norme et à tout règlement. Aussi la sémiotique et la rhétorique gagnent-elles à leur complémentarité. Leur seule science est critique*» (p. 33, il tondo rende il corsivo originale).

⁴⁹ Le riflessioni sulla potenza dissolutrice del valore discendono da una rimediazione intorno al paradigma autosovversivo introdotto da G. TEUBNER, *Selbstsubversive Gerechtigkeit*, cit., p. 8 ss.

⁵⁰ La prima è, ovviamente, quella operativa, propria di ogni sistema [N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, trad. it., Bologna, 1990, p. 680; G. TEUBNER, *Social Order from Legislative Noise. Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation*, in A. FEBBRAJO e G. TEUBNER (a cura di), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 609-650, sul quale le attente considerazioni di R. PRANDINI, *La "costituzione" del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005, p. 201 s.]. La chiusura del testo giuridico rende impossibile applicargli l'accezione di testo proposta da Roland Barthes, il quale distingueva tra chiusura dell'opera e apertura del testo, quest'ultimo fatto da

ad ogni regolazione; una chiusura dettata da una vera angoscia della dissoluzione: nella seconda chiusura il diritto resiste al diritto⁵¹. Nell'età del positivismo il sistema giuridico (che è prodotto temporale, opera della dissoluzione) imbocca risolutamente la strada dell'identificazione tra ontologia e scrittura. Il diritto si chiude nel testo che lo fonda (il testo giuridico è la significazione del potere, è il Potere che scrive e nella scrittura rivela, e contemporaneamente costituisce, la sua potenza); il discorso del diritto si riduce ad una interminabile sequenza di dichiarazioni e sistemazioni dei significati estraibili da un universo di segni separati da ogni altra produzione semiotica. Il campo delle fonti del diritto costruisce i confini tra *segni di norme* e *non segni* (ciò che non è segno di norma non ha valore giuridico entro questa concezione); il potere, solo il potere, produce i segni. E fuori da quei segni non c'è norma. Questo meccanismo di inclusioni e di esclusioni costituisce il sacro del testo, il suo carattere di inconsapevole feticcio⁵².

Abbiamo interpretato il movimento positivista (che potremmo anche chiamare adesso con nuovi nomi: movimento della seconda chiusura, totalitarismo semiotico, monologia testuale radicale) come un tentativo di estromettere il valore dal diritto, come censura che mette al bando la comunicazione assiologica infrasistemica: nel diritto non si parla di valori ma di norme, poiché i valori erano in principio, quando il Potere fece di se stesso scrittura e si inverò nelle leggi, negli unici "veri" segni di norme; adesso quel

rinvii ad molteplici dati intertestuali che aprono al libero piacere della lettura: R. BARTHES, *Dall'opera al testo* (1971), trad. it. in ID., *Il brusio della lingua. Saggi critici IV*, Torino, Einaudi, 1988, pp. 57-64; G. MARRONE, *Il sistema di Barthes*, Milano, Bompiani, 1994 e, soprattutto per quanto riguarda le relazioni tra semiotica e retorica, S. BADIR, *Spécificité du rhétorique de Roland Barthes à François Rastier*, in M. BALLABRIGA (dir.), *Sémantique et rhétorique*, Toulouse, Éditions Universitaires du Sud, 1998, pp. 59-79. La lettura del testo normativo è intertestuale (leggiamo insieme alle norme commenti e soprattutto sentenze), ma non è mai costitutiva del testo come segno (se dal piano del testo passiamo a quello dell'individuazione normativa, cioè dell'interpretazione, almeno nell'accezione giuridica del termine).

⁵¹ Per stare alla definizione di Umberto Eco – secondo la quale «un testo è un artificio teso a produrre il proprio lettore modello» (U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, p. 34) – il testo giuridico intende produrre un lettore che ha smesso di porsi il problema del divenire, convinto dell'extratemporalità del processo di individuazione normativa (convinto paradossalmente, poiché la sua eventuale consapevolezza storicista non gli impedisce di superare l'angoscia della crisi della presenza normativa ponendone la permanenza entro il testo interpretato: il paradosso sta nell'essere la norma detemporalizzata nel tempo dell'applicazione). Utile ricordare la distinzione tra testo e discorso di Julia Kristeva, la quale propone di studiare «la *pratica significativa* (...) come un processo di produzione di senso» e quindi «non come una struttura già data, ma come una *strutturazione*, come un apparato che produce e trasforma il senso, prima che questo senso sia già prodotto e messo in circolazione. In tal modo, più che di *discorso* parleremo di *testo*»: J. KRISTEVA, *Problemi della strutturazione del testo* (trad. di M. Boselli e F. Rella), in *Nuova corrente*, 54 (1971), p. 6, corsivi originali. Questa strategia «pone l'accento sulla *produzione di senso* piuttosto che sullo *scambio di senso*» (*ibidem*). Il testo giuridico, nel lessico di Kristeva, sembra essere costruito per resistere alla strutturazione e tornare struttura, per arrestarsi agli scambi di senso piuttosto che accedere alla produzione di senso.

⁵² È ciò che rende sacrilego, eppur necessario, ogni tentativo di rottura della normatività in nome dei valori: la follia del quotidiano, la prassi, trasforma le applicazioni normative da segni del dover essere in fatti che fanno culto di se stessi: «faticci», potremmo dire, mutuando il termine da Bruno Latour. Per il passo citato in epigrafe («Sacrilegio! Nessuno può confondere gli idoli da distruggere con le icone da pregare») cfr. B. LATOUR, *Il culto moderno dei fatticci*, Roma, Meltemi, 2005, p. 47 (l'originale citato è a p. 18 dell'ed. francese: Paris, Synthélabo, 1996). Cfr. G. BONAZZI, *Dal laboratorio scientifico al Consiglio di Stato: il diritto amministrativo come fatticcio*, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 3 (2008), pp. 451-458. Una testimonianza del legame al testo che segna sia la scienza che il diritto in B. LATOUR, *La fabbrica delle leggi*, *Etnografia del Consiglio di Stato*, Roma, Città Aperta Edizioni, 2007 (ed. originale *La fabrique du droit: Une ethnographie du conseil d'état*, Paris, La Découverte, 2002) p. 267 s.: «In entrambi i generi di professione il lavoro meticoloso sui testi sostituisce il mondo esterno considerato inintelligibile. Per i giuristi, così come per gli scienziati, non si può parlare con un minimo di sicurezza del mondo prima che quest'ultimo sia stato trasformato – dalla parola di Dio, da un codice matematico, da un insieme di strumenti, dai predecessori, da una legge naturale o positiva – nel grande libro (non importa se della natura o della Cultura) in cui qualche genio del male ha lacerato e mescolato le pagine che ora bisogna riclassificare, interpretare, rilegare e pubblicare» (indicata la matrice comune, il discorso prosegue enunciando le differenze).

momento è concluso, era potere costituente e ora c'è soltanto potere costituito⁵³, *la Révolution est finie*. Così racconta il positivismo giuridico e così si è giunti alla crisi del Novecento, nella quale il diritto ha superato l'impossibilità di legittimare se stesso unicamente nella forma della legge, nell'atto di posizione della norma.

7. La furia centripeta dei Testi Sacri

Tout paraître est imparfait : il cache l'être, c'est à partir de lui que se construisent un vouloir-être et un devoir-être, ce qui est déjà une déviation du sens. Seul le paraître en tant que peut être – ou peut-être – est à peine vivable.

Algirdas Julien Greimas, *De l'imperfection*⁵⁴

Le Costituzioni hanno risolto il problema della legittimazione del diritto, sottoponendolo alla logica degli atti di riconoscimento⁵⁵. In tal modo il positivismo giuridico ha reputato di aver ridotto i valori a norme, ponendoli con una legge costituzionale (che è stata – ma, si narra, non è più – un atto costituente) ed ha proseguito nei propri procedimenti fondativi delle decisioni concrete, lasciando le operazioni del sistema giuridico nella medesima rassicurante identità. Il diritto era gerarchico prima ed è rimasto gerarchico dopo; era normativo prima ed è normativo dopo, in quanto i principi costituzionali sono ridotti a norme (con identificazione tra valore, principio e norma); il diritto era refrattario alla dissoluzione delle comunicazioni prima (trattando come non giuridiche le comunicazioni irriducibili all'identità con le norme vigenti) e lo è ancor più dopo l'avvento delle Costituzioni, ove l'ansia di legittimazione della Costituzione, il nuovo Testo Sacro (chiuso semioticamente come tutte le fonti del diritto preesistenti che finzionalmente da questo momento in poi essa “fonda”), ha indotto i giuristi a demarcare con puntiglioso accanimento (facendone un segnale della rispettabilità scientifica delle loro argomentazioni costituzionali) la sfera dei valori giuridici (ridotti a principi-norme) da quella dei valori politici (il mondo delle decisioni libere e passionali, chiuse nel sistema politico democratico). Il costituzionalismo del positivismo costituzionale non ha alcuna differenza strutturale con il diritto precostituzionale, essendone diverse soltanto le funzioni regolative. Interpretazione sistematica, evolutiva, ricostruzione della soluzione a partire dalla *ratio* e persino il bilanciamento (prima nella forma di *Interessenabwägung*, poi secondo direttive che vedono nelle norme sempre più astrazioni di valori) sono tutti anteriori alla Costituzione. L'istituzione delle corti costituzionali è stata effettivamente una rivoluzione, ma sul piano del concetto di legalità (da statale a costituzionale)⁵⁶ non su quello delle categorie: queste ultime hanno cominciato a soffrire davvero quando non bastava più adeguarle (cioè piegare la stessa struttura a nuove funzioni, come sempre accade ad ogni cambio di regime), ma si rendeva necessario confrontarle, ibridarle o sovvertirle, al contatto con strutture

⁵³ Contro questa scissione, con argomenti convincenti, A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, 2ª ed., Roma, Manifestolibri, p. 384.

⁵⁴ «Ogni apparire è imperfetto: esso nasconde l'essere; a partire da lui si costruiscono un voler-essere e un dover-essere, che sono già una deviazione del senso. Soltanto l'apparire, in quanto potersi dare – o può darsi – è appena vivibile»: A. J. GREIMAS, *Dell'imperfezione*, trad. di G. Marrone, Palermo, Sellerio, 1988, p. 5 (il passo originale è a p. 9 dell'ed. francese, Périgueux, P. Fanlac, 1987).

⁵⁵ Mutuiamo la terminologia felicemente introdotta da N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, Studium, 2004, p. 11 ss.

⁵⁶ Per questa transizione rinviamo a P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, p. 164 ss., ove è nitidamente rappresentato un movimento di pensiero che ha profondamente mutato la dottrina italiana.

categoriali aliene (altri diritti europei, diritti imposti dagli operatori economici imperiali, mercantilismi di ogni genere)⁵⁷.

E questa è la fine della storia; la storia della doppia chiusura che il positivismo ha raccontato e imposto per oltre due secoli. Avevamo costruito una magnifica macchina monoteista nella quale c'era un Testo Sacro (una volta il Codice, poi la Costituzione), sede della semantica legittimante (i principi costituzionali), amministrata da impiegati dello Stato (i giudici) organizzati gerarchicamente (con qualche sofferenza tra le magistrature superiori – Cassazione, Consiglio di Stato, Corte costituzionale: impegnate le prime due a litigare sui confini della giurisdizione ed entrambe contro la terza a difendere il fantasma dell'Uno-tutto). Adesso i Testi Sacri sono molteplici (le tante Carte dei diritti che affollano l'Europa e il mondo intero), non sappiamo se nelle loro troppe pagine parli lo stesso Dio e se la furia con la quale parlano la lingua della conciliazione o dell'opposizione (ma sempre riducendo tutto a se stessi, ostinatamente centripeti) ponga mai fine alla confusione dei concetti; sappiamo, invece e soprattutto, che le tante Corti all'opera sulla scena europea – cui spetterebbe di assicurare la verità nella riproduzione della monologia discorsiva della quale credevamo fosse fatto il diritto – non hanno tra loro rapporti di gerarchia definibili con chiarezza *a priori*. Sullo stesso territorio insistono oggi decisori non gerarchizzabili⁵⁸ (Corti costituzionali nazionali, Corte di giustizia dell'Unione europea, Corte europea dei diritti umani): è questo il dato storico davvero innovativo, che lascia intravedere nuove formule organizzative del potere⁵⁹ e che potrebbe provocare quella disgregazione strutturale del diritto che neanche le Costituzioni hanno prodotto. Ma nessuno è in grado di descrivere (cioè di raccogliere i dati sotto una regolarità rassicurante) ora quello che accade.

8. Il ritmo della dissoluzione e della consolidazione

Die ‚Konstruktion‘ setzt die ‚Destruction‘ voraus

Walter Benjamin, *Das Passagen-Werk*

Tutto ciò che possiamo fare è provare a restituire alla scienza giuridica la capacità di assistere e catalizzare i processi autoriflessivi all'interno della moltitudine dei poteri ordinanti che si incrociano sulle nostre teste. Noi giuristi non siamo angeli scesi dal cielo a vendicare il diritto dalle offese di politica ed economia né siamo soldati chiamati a militare per una buona causa (persino per quella che alcuni chiamano la “salvezza della democrazia” e altri la “tutela dei nostri redditi”): *noi siamo il campo di battaglia*. È sul corpo della scienza giuridica che si confrontano tutti i tentativi di impadronirsi delle retoriche legittimanti e gli sforzi di ingannare le moltitudini facendo credere loro che *there is no alternative*⁶⁰. È dentro i discorsi giuridici che dovranno confrontarsi le

⁵⁷ N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, p. 636: «il limite non è più semplicemente contro il legislatore (ordinario o costituente), ma contro un complessivo sistema di potere, che si articola in una serie di canali, dei quali quello relativo alla posizione della regola non è necessariamente il più significativo».

⁵⁸ P. FEMIA, *Decisori non gerarchizzabili*, cit., p. 91 ss.

⁵⁹ Ci sono molti modi di leggere questa transizione (ritorno dello Stato giurisdizionale di antico regime, impero, imperialismo giudiziario). Una lettura tutto sommato fin troppo rassicurante in G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, p. 310.

⁶⁰ Cfr. la discussione sull'«assioma» secondo il quale «c'è un solo mondo» in A. BADIOU, *Sovvertire la chiusura del presente* (intervista di Livio Boni e Andrea Cavazzini), in *Allegoria*, 59 (2009), p. 113 (ove gli intervistatori fanno miglior figura dell'intervistato). «Più un regime di verità biopolitica pretenderà apertura alla libertà, più sarà poliziesco e, delegando alla polizia il compito di reprimere le insubordinazioni, più lascerà i suoi soggetti in uno stato di relativa incoscienza, di quasi-infanzia. In compenso, in un regime di verità biopolitica in cui si pretende di realizzare la libertà senza metterne in discussione la forma, si esigerà da chi vi partecipa di introiettare la polizia nel proprio bios, con il potente pretesto che *non c'è altra scelta*»: TIQQUN, *La comunità terribile*, cit., p. 13 s., corsivo originale.

comunicazioni politiche ordinanti (e pertanto disordinanti gli altrui discorsi) e dare forma al divenire.

Campo di battaglia; ma la forma del campo decide della battaglia. Pertanto il primo passo è reagire all'atteggiamento intellettuale, per quanto raffinato e culturalmente avveduto, che vede nella comunicazione assiologica (guai, d'ora in poi a dire "discorso dei valori" o a usare "valore" in funzione repressiva, come le falsissime retoriche del "valoriale" che hanno avvelenato la parola) un dato estraneo al diritto, in quanto "intrinsecamente aggressivo"⁶¹. Nel diritto si parla di valori e, quando se ne parla, non bisogna reagire col fastidio o la sufficienza di chi in essi scorge soltanto emotività irrazionali e vorrebbe segregarlo nelle scelte di un legislatore democraticamente eletto. Questo riduzionismo nasconde, dietro l'ipocrisia elettorale, una strategia di censura della comunicazione interna al sistema giuridico. L'ostilità ai valori è solo insofferenza, che conduce alla secessione interiore o alla violenza repressiva. Al mondo, nel quale pur si vive, nulla si concede; si pretende che la legittimazione democratica sia divenuta un problema già risolto e quindi non più discutibile, un fatto giustificato dalla sua stessa permanenza, sí che non possano esserne criticate le forme e le componenti repressive: un complesso rituale di istituzioni sovraccariche ha preso il posto occupato dalla Tradizione nelle mitologie di de Maistre o de Bonald. Il tentativo di astrarre le forme democratiche dalla comunicazione assiologica è una strategia regressiva con la quale si vorrebbe cancellare il potenziale egualitario, inclusivo e riflessivo della democrazia, trasformandola in mera tecnica della seduzione elettorale. Ma la democrazia non è una procedura di seduzione dei governati, ma di destituzione dei governanti, più veloce e meno violenta di ogni altra: ogni tentativo di negarne l'essenziale tensione al divenire, cancellarne l'esigenza di perenne reversibilità di ogni deliberazione, ignorarne l'interna vocazione al mutamento, è eversivo: eversione non dell'esistente, eversione del divenire. Di cosa discuterebbero i cittadini, quando fossero finalmente liberati dalla tirannia dei valori, liberi del liberale formalismo del discorso dominante? Dell'auto, delle vacanze o del buon vino? Dell'ultimo film, del vestito o del guadagno? O di quale altro vuoto ancora? Con quanta luccicante arguzia si affanneranno a rivestire il nulla? Privi di parole, spogliati dei segni del valore, essi si aggireranno, ombre senza nome tra i discorsi dei dominanti. Ripeteranno fino alla perfetta disperazione, con la voce del padrone:

*Io sono il discorso dio tuo.
Tu sei libero, come io sono.
Ascoltami e vivi; paga
e finalmente muori*

La comunicazione non esiste se non si sorregge su segni di valore; e solo nella comunicazione emergono valori: valori e comunicazione assiologica sono la stessa cosa. La loro potenza è negativa, essi si oppongono al reale, denunciano l'insuperabile divario tra il loro racconto (dover essere) e le nostre azioni (essere). Tutti gli educati tessitori di

⁶¹ L'archetipo è naturalmente la *Tyrannei der Werte* di Carl Schmitt, sulla quale cfr., ampiamente, *infra*, § 11 e in particolare lo scritto di Christoph Schönberger, citato alla nota 109, ove si criticano i tentativi di ascrivere le tesi di Schmitt alle posizioni di un liberalismo scetticamente composto. Nel medesimo filone si iscrivono trattazioni che superficialmente assimilano valori e valori economici (nella scia di Schmitt) per ricavarne un innocuo pseudodistacco dalla volgarità del mercato (E. STRAUB, *Zur Tyrannei der Werte*, Stuttgart, Klett-Kotta, 2010, p. 9 ss.) e rivendicazioni esemplari di autentica aggressività liberale. Cfr. R. ESPOSITO, *Quanti danni in nome dei valori*, in *La Repubblica*, 8 novembre 2008, il quale tesse l'elogio incondizionato di Schmitt, trascurandone il contesto storico-giuridico e – senza distinguere tra valori, discorsi e poteri semiotici – si accontenta di una mitologia filosofica: «Allorché, dopo la prima guerra mondiale, si volle contrastare la deriva relativistica in atto attraverso la promulgazione di nuovi valori vitali, si precipitò il mondo in una maggiore catastrofe. Volendo fare della terra un paradiso, la si trasformò in un inferno di ferro e di fuoco». La terra liberale liberata dai valori è uno spazio nel quale si sopravvive purché si sia liberi di pensare che non vi sono contenuti di pensiero, ma solo pensieri consumabili (dopo l'acquisto, naturalmente).

posizioni e progetti di discorso, tutti i laboriosi impeccabili profeti di ogni costruzione, tutti i dialogici e intersoggettivi narratori della nostra epoca dovrebbero ricordare che «la costruzione presuppone la distruzione»⁶², che il momento del valore non è la valutazione, ma la dissoluzione. Che nessun dialogo è reale se chi parla non accetta di veder distrutte le proprie parole (e preservato il proprio corpo)⁶³.

I valori sono il ritmo della dissoluzione; li accompagna il ritmo della consolidazione⁶⁴. La Costituzione ha avuto il merito di catalizzare il processo costituzionale (che, in quanto processo, esiste prima e dopo, con e senza, le Costituzioni scritte); ma ha anche prodotto l'equivoco dell'identificazione dei principi con i valori. Identificare gli uni con gli altri poteva sembrare una battaglia nobile – e in parte lo è stata: era senz'altro una strategia di rottura del conservatorismo (non sempre politico, ma certamente) 'tecnico' dei giuristi, che si ostinavano a pensare la normatività soltanto in termini di regole (abituati ad scambiare il diritto con l'autorità e la regolazione con l'obbedienza, rozzamente configuravano il Legislatore come un funesto Generale-Dio incomprendibile e paranoico, ebbro del desiderio di punire). Insistere sulla natura normativa dei principi era giusto (salvo ripensare il rapporto tra comando e argomento nella normatività); identificare principi e valori è stato un errore, poiché ha fatto smarrire il momento comunicativo (la comunicazione è sede dei valori) entro il sistema giuridico, che ha continuato ad essere concepito (in assoluta omologia con la tradizione autoritaria) come un regno chiuso di discorsi⁶⁵.

La diffusione di Carte dei diritti e di Corti non gerarchizzabili, che in nome di ciascuna carta giurisdicono, ha rovesciato il quadro. Adesso è impossibile nascondersi nel feticismo testuale di “una Costituzione, una tavola di valori, un insieme chiuso di segni di valore”: nessuno potrà sostenere sensatamente, neanche nella più smaccata orgia formalista (“con argomenti del genere: il sistema culturale sarà pure pluralista e globale, *ma giuridicamente, dal punto di vista del diritto positivo italiano, sono norme soltanto...*”: questa è miserevole ottusità cognitiva) che l'insieme dei valori giuridici si trovi rinchiuso nei segni di un solo Testo Sacro. La molteplicità di testi è l'*Intertesto giuridico*: il sistema giuridico si costituisce nell'Intertesto e in esso risiedono i valori.

9. Indietreggiare dal testo all'intertesto

⁶² «Die ‚Rekonstruktion‘ in der Einföhlung ist einschichtig. Die ‚Konstruktion‘ setzt die ‚Destruktion‘ voraus»: W. BENJAMIN, *Das Passagen-Werk* (Hrsg. R. Tiedemann), in Id., *Gesammelte Schriften*, Band V, 2, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, p. 587. Per una discussione, che muove dal frammento benjaminiano *Der destruktive Charakter*, cfr. AA. VV., *Le vie della distruzione. A partire da Il carattere distruttivo di Walter Benjamin*, a cura del Seminario di studi benjaminiani, Macerata, Quodlibet, 2010, e, *ivi*, in particolare, M. T. COSTA, *Per un'etica della distruzione. Note a partire da un frammento benjaminiano*, p. 35 ss. e M. TOMBA, *La giustizia come vero a priori del tempo*, p. 171 ss.

⁶³ Gli imperativi del massimo rispetto delle persone e dell'assoluta irriverenza verso le loro idee (tutto deve poter essere oggetto di discussione) sono strettamente connessi: M. JORI, *La necessità dell'irriverenza*, in *Biblioteca della libertà*, 99 (1987), p. 41 ss.

⁶⁴ «La valeur se consume fatalement dans les usages. La distinction entre potentialisation et consommation se décline évidemment de manière spécifique selon les systèmes considérés [...] On constate certes dans les systèmes sémiotiques la manifestation de certaines formes de destruction agissant le long de l'axe de la diachronie (on sait par exemple qu'une affirmation mille fois répétée perd de sa force démonstrative). Et c'est d'ailleurs bien cette consommation de potentiel que Peirce avait entrevue en définissant l'interprétant final. Il est évident que l'usage d'une structure syntaxique ou d'un axe sémantique est comme tel impuissant à détruire la valeur qu'il exprime ; mais cet usage produit nécessairement une variation, à même de modifier le système»: J.-M. KLINKBERG, *De la valeur d'échange à la valeur éthique*, cit., p. 173.

⁶⁵ La chiusura operativa non ha nulla a che vedere con questa critica. Il sistema giuridico resta operativamente chiuso (ma, sempre come ogni sistema, cognitivamente aperto: N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, p. 120 ss.); la chiusura criticata nel testo è la censura entro le operazioni del diritto alle comunicazioni che non siano mera riproduzione dei discorsi già legittimati. In tal modo il sistema è chiuso anche cognitivamente e pertanto paralizzato nella sua stessa ragion d'essere, l'adattamento all'ambiente.

Le Texte ne s'arrête pas à la (bonne) littérature; il ne peut être pris dans une hiérarchie ni même un simple découpage des genres. Ce qui le constitue au contraire (ou précisément) c'est sa force de subversion à l'égard des classements anciens.

Roland Barthes, *Le bruissement de la langue*.⁶⁶

Nel tentativo di interpretare il caos proponiamo di fare uso dei concetti di intertesto e semiosfera⁶⁷. Pur provenendo da una medesima tradizione, essi hanno origini diverse: li impiegheremo tuttavia congiuntamente per illustrare la necessità che i giuristi mutino atteggiamento nei confronti dei testi con i quali abitualmente lavorano, abituandosi a considerarli parte di un unico mobile insieme (l'intertesto, ma ai tradizionalisti sarebbe piaciuto senz'altro più "*corpus iuris*")⁶⁸ mediante il quale costruiscono gli elementi per giustificare una decisione pratica *senza fingere* – questo è il punto decisivo – *che quei testi siano organici a priori*. I testi dell'intertesto non sono la testimonianza oggettiva della pre-esistenza del sistema, ma soltanto i segni con i quali il diritto si costruisce ad ogni applicazione. Il diritto costituisce una semiosfera, «lo spazio semiotico al di fuori del quale non può esistere la semiosi»⁶⁹. I segni

⁶⁶ R. BARTHES, *Le bruissement de la langue*, Paris, Seuil, 1984, p. 71, trad. it. *Dall'opera al testo* (1971), trad. it. in ID., *Il brusio della lingua*, cit.

⁶⁷ Il concetto di semiosfera è stato introdotto da Jurij Michajlovič LOTMAN, *La semiosfera. L'asimmetria e il dialogo nelle strutture pensanti*, Venezia, Marsilio, 1985, p. 57: «un continuum semiotico pieno di formazioni di tipo diverso collocato a vari livelli di organizzazione». La definizione nel testo («*semiotic space, outside of which semiosis itself cannot exist*») in ID., *On the Semiosphere*, in *Sign Systems Studies*, 33 (2005), p. 208. Discussione critica in F. MARSCIANI, *Semiosfere?*, in T. MIGLIORE (a cura di), *Incidenti ed esplosioni*, cit., pp. 107-114; su Lotman e la «scuola di Tartu» F. SEDDA, *Introduzione. Imperfette traduzioni*, in J. M. LOTMAN, *Tesi per una semiotica delle culture*, Roma, Meltemi, 2006, pp. 7-68; S. TRAINI, *L'eredità di Lotman*, in *ElC*, rivista on line (www.ec-aiss.it, 17 giugno 2008); G. MARRONE, *Divergenze parallele. La nozione di testo in Greimas e Lotman*, in T. MIGLIORE (a cura di), *o.c.*, p. 89 ss.; A. M. LORUSSO, *Semiotica della cultura*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

⁶⁸ Il *Corpus iuris* è un ottimo esempio di pratica intertestuale, cui, secondo il veleno dell'autoritarismo imperiale, Giustiniano attribuì una forza distruttiva dell'ambiente intertestuale che lo aveva generato. Il divieto di utilizzare e citare i passi del Digesto dalle fonti originali dalle quali erano stati ricavati ha condannato all'oblio (quasi) tutto ciò che non era contenuto nel Digesto stesso. Acute osservazioni in F. GALLO, *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in *Teoria e storia del diritto privato*, III (2010), p. 1 ss.: gran parte dello scritto è una polemica contro la tesi avanzata da Rodolfo Sacco, circa l'inesistenza di un momento specificamente legislativo nel diritto dell'antica Roma, reputato un prodotto spontaneo, dottorale, legittimato dalla tradizione non dalla promulgazione imperiale («Quanto alle singole norme inglobate nel Digesto, esse erano legittime non perché venissero da un legislatore, erano legittime perché constavano di elaborazioni dottorali creatrici nella sostanza, ma formalmente interpretative di un diritto preesistente, formatosi in modo spontaneo»: R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 93. Posizione invero non particolarmente originale, espressiva di un'opinione corrente, nella quale l'intento ideologico di rompere (nella teoria del presente) con la tradizione illuminista della legislazione e della rappresentanza politica e la politica culturale al servizio di un determinato orizzonte cetuale (per un professore di diritto è più facile che per chiunque altro reperire ideali antenati artefici del diritto) inducono a non conferire (nel passato) il giusto peso alle concezioni del potere imperiale di matrice cristiano orientale. Così conclude Filippo Gallo: «Giustiniano in larga parte spazzò via (metaforicamente sepolse) le antiche concezioni rispondenti alla visione democratica repubblicana e, per la parte restante, pose le premesse per la loro rimozione dal sapere giuridico, teorizzando e applicando, in loro luogo, quelle proprie della *legum doctrina*, consone al potere assoluto. Le antiche concezioni furono così sottratte alla tradizione romanistica, che apprese la *legum doctrina* giustiniana, subendone, quindi, l'influenza (dopo le codificazioni per lo più inconsapevolmente). Le conseguenze persistono ancora al presente: le antiche concezioni, ispirate alla visione democratica e aderenti alla realtà, sono tuttora ignorate al di fuori della scienza romanistica e anche in quest'ultima ne è stato avviato da poco il recupero» (*o.c.*, p. 26).

⁶⁹ L'intertestualità è stata elaborata da Julia Kristeva per rappresentare le strutture dialogiche complesse dell'opera letteraria: J. KRISTEVA, *Séméiôtikè. Recherches pour une sémanalyse*, Paris, Seuil, 1969. Un elemento di confusione è dato dalle polemiche intorno al «testualismo» nel dibattito angloamericano

interpretabili come significati fanno parte di un universo riconoscibile. Il sistema giuridico si muove interpretando come segni di valore i propri testi ordinanti.

Cosa fa, di un testo⁷⁰, un testo giuridico (cioè un segno giuridico)? Se non si può far ricorso al criterio antecedente di validità dato dalla conformità all'unico insieme di segni legittimanti, la Costituzione, il Testo Sacro, allora ciò che fa entrare un testo nello spazio intertestuale (la semiosfera giuridica) è soltanto l'insieme degli argomenti. Chi ricorre ad un testo trattandolo come se fosse giuridico⁷¹ – e quindi compie un gesto illocutivo del genere: 'questo è un testo che può far parte dell'intertesto e, siccome può, è' – non fa un salto nel buio. Il giudice che invocava (magari soltanto citandola) la Carta dei diritti di Nizza o il Trattato di Lisbona prima che entrassero in vigore sapeva benissimo che non avrebbe ottenuto lo stesso consenso né gli stessi effetti se avesse invocato *Topolino*. La convalidazione del testo, il riconoscimento come portatore di norme, non è un potere originario del giudice; prima che qualcosa entri nell'intertesto, è necessario che circoli come prodotto culturale, aspirazione, significazione disponibile, accettata o almeno discussa⁷². L'uso di qualcosa come intertesto implica necessariamente che l'utente coltivi una fiducia nella sua ridondanza in quanto testo⁷³;

sull'interpretazione costituzionale. Cadono in questo equivoco le critiche all'intertestualità avanzate da Richard Posner (R. POSNER, *Law and literature*, Harvard, Harvard University Press, 3rd ed., 2009, p. 285).

⁷⁰ Sul problema G. MARRONE, *L'invenzione del testo. Una nuova critica della cultura*, Roma-Bari, Laterza, 2010. Discussione e critica dei molteplici significati di «testo» in F. RASTIER, *Arti e scienze del testo*, trad. it. di Antonio Perri, Roma, Meltemi, 2003, p. 30 ss. («un testo è una sequenza linguistica empirica attestata, prodotta nell'ambito di una pratica sociale determinata e fissata su un supporto qualsiasi»: p. 39). Nel modello proposto da François Rastier «il concetto di testo può dunque connettere la linguistica alla filologia e all'ermeneutica» (p. 55); il suo progetto scientifico prevede un passaggio dal segno al testo, cui corrisponde quello dalla significazione al senso (p. 83 ss.). Cfr. G. GORNI, *La metafora di testo*, in *Strumenti critici*, 38 (1979), pp. 18-32; P. FABBRI, *La svolta semiotica*, Roma-Bari, Laterza, 1987.

⁷¹ Il testo giuridico – sia esso il *testo normativo* (quello con il quale sono esplicitamente formulate le norme) sia il *metatesto* che parla del testo normativo (giurisprudenza e dottrina che riformulano implicitamente le norme) – è assai meno ricettivo degli altri testi (caratteristica che condivide, come al solito, con il testo religioso). Vero è che da molteplici parti si insiste sull'apertura del testo («il testo, dal punto di vista semiotico, non è una cosa tangibile, un oggetto materiale, un'entità del mondo fisico o sociale, ma semmai, in termini al tempo stesso più precisi e più astratti, una *relazione* fra tale cosa, oggetto, entità e un qualche contenuto articolato che esso si incarica di render presente, facendone cogliere il portato cognitivo, la dimensione pratica e affettiva, il valore sociale»: G. MARRONE, *Introduzione alla semiotica del testo*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. VI, corsivo originale), ma nel diritto viene in questione il potere della scrittura, la legittimazione testuale: solo il Legislatore può scrivere le leggi, solo Dio può (decidere come e a chi fare) scrivere la Bibbia; analogamente il rapporto con il testo del giudice e del sacerdote non è lo stesso riservato ai laici (le cui parole non "fanno giurisprudenza" né somministrano sacramenti). Ciò non significa affatto che il Testo Sacro (del positivismo giuridico o delle religioni monoteiste) non abbia relazioni con l'esterno, ma esse sono mediate dalla chiusura semiotica, dal fatto che la riproduzione (l'applicazione) non può essere rappresentata nelle forme della riscrittura. Sul rapporto tra gerarchizzazione delle divinità, monoteismo, concentrazione del potere in unità statali e fissazione della referenza nella scrittura F. RASTIER, *Deniers et Veau d'or: des fétiches à l'idole*, in *Texto!*, mars 2004 (on line: www.revue-texto.net).

⁷² L'attenzione alle componenti strategiche dei processi di significazione è all'origine della sociosemiotica: cfr. E. LANDOWSKI, *La società riflessa. Saggi di sociosemiotica* (1989), trad. it., Roma, Meltemi, 1999, p. 9 ss.; M. P. POZZATO, *Semiotica del testo. Metodi, autori, esempi*, Roma, Carocci, 1999, p. 205 ss.

⁷³ Il concetto di ridondanza è stato introdotto da Robert Cover, nello studio dei rapporti tra corti statali e corti federali negli Stati Uniti: R. M. COVER, *The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation*, in *William & Mary Law Review*, 22 (1981), p. 639 ss.; R. M. COVER e T. A. ALEINIKOFF, *Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court*, in *Yale Law Journal*, 86 (1977), p. 1035 ss. Tra i lavori che hanno ripreso il modello cfr. C. POWELL, *Dialogic Federalism: Constitutional Possibilities for Incorporation of Human Rights Law in the United States*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 150 (2001), p. 245 ss.; di grande utilità A. D. LAHAV, *Recovering The Social Value Of Jurisdictional Redundancy* (2008), in <http://ssrn.com>. e P. SCHIFF BERMAN, *Global Legal Pluralism*, in *Southern California Law Review*, 80 (2007), p. 1156 ss; cfr., inoltre, A. VESPAZIANI, *Costituzionalità e narratività*, in M. P. MITTICA (a cura di), *Diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, Atti del primo Convegno nazionale, Bologna, 27-28 maggio 2009 (www.lawandliterature.org), p. 88 ss. Il concetto è anche alla base della definizione di isotopia di Algirdas Greimas, come «un insieme di categorie semantiche ridondanti che rendono possibile la lettura uniforme di una storia»: A. GREIMAS, *Du Sens*, Paris, Seuil, 1970, p. 188, così tradotto da U. ECO, *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Milano, Bompiani, 1979 (rist. 1985), p. 92, il quale discute criticamente l'isotopia quale «termine-ombrello che copre

anzi, si potrebbe dire che *qualcosa è interpretabile come testo soltanto se il destinatario risponda in modo coerente all'attesa di ridondanza*. I tempi della semiosfera sono imprevedibili. Il diritto, autopresentandosi come disciplina dell'impero dei segni, si colloca sempre al centro della semiosfera. I significati innovativi viaggiano dal centro alla periferia: dalla loro diffusione e velocità dipende la possibilità di convalidazione. Il diritto è potere; ogni potere viaggia verso il diritto, a farsi produttore di segni giuridici.

10. *Semiotica dei Testi ordinanti*

It is as sign that language is capable of engendering the principles of infinity.

Paul de Man, *Pascal's Allegory*⁷⁴

Dettagliamo i passaggi.

a) La tradizione lavora con un concetto di *sistema semantico*, poiché crede che i significati giuridici pre-esistano agli atti di applicazione, immagina il sistema come un insieme di proposizioni che racchiudono significati o, meglio ancora, direttamente come un insieme di significati disincarnati dal testo. Assunti in tal modo tutti i significati sono valori.

b) Innestato in una concezione semantica, l'avvento delle Costituzioni scritte e rigide ha provocato il fenomeno della *doppia chiusura*, impedendo che tutto ciò che il sistema apprende durante lo svolgimento delle sue operazioni (per il diritto: ad ogni atto di applicazione) possa interferire con le porzioni sacralizzate di intertesto (la Costituzione, appunto), le quali sono intese come scrigni che custodiscono valori giuridici, segni intangibili, poiché indicano significati extratemporali (i valori fondanti una struttura di potere non soggetti a revisione sono sospinti fuori dal corso storico – resistono fino alla morte, che nella teoria del diritto si chiama rivoluzione)⁷⁵.

c) La proliferazione di *Carte & Corti*, dichiarazioni solenni di diritti e decisori non gerarchizzabili, ha sconvolto il quadro che, dal punto di vista del sistema semantico, è caos. La proliferazione di *Testi sacri* (che sono *Testi ordinanti*) rivela che l'introduzione dei valori introduce nell'esistente la logica della dissoluzione dell'esistente medesimo (ciò che deve essere lotta contro ciò che è).

d) Piuttosto che indulgere in strategie di occultamento o rimozione del conflitto (dialoghi tra Corti, convergenze tra ordinamenti, radici comuni più o meno romanistiche ecc.) occorre riconoscere la *struttura intertestuale aperta del diritto e la natura semiotica, non semantica, dei Testi ordinanti*. L'intertestato composto da molteplici solennità, dichiarazioni performative ("questi sono i nostri/vostri diritti/doveri..."), cataloghi e ricognizioni, non può essere sensatamente interpretato come il referente di un insieme dato di valori, che significano tramite i referenti stessi: se ogni segno custodisse la voce di Dio, Dio morirebbe delle sue lacune e delle sue eccedenze.

e) *Le norme costituzionali/costituenti⁷⁶ diffuse nell'intertestato devono essere interpretate come segni di valore, non come significati di valore.*

fenomeni diversi» e «si riferisce pur sempre alla costanza di un percorso di senso che un testo esibisce quando lo si sottomette a regole di coerenza interpretativa», anche se queste regole mutano (p. 101).

⁷⁴ P. DE MAN, *Pascal's Allegory of Persuasion*, in S. J. GREENBLATT (ed.), *Allegory and Representation*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1981, p. 10.

⁷⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. di Mario G. Losano, Torino, Einaudi, 1966, p. 237.

⁷⁶ Rinviamo ancora a P. FEMIA, *Il giorno prima*, in corso di stampa.

“Devono”, nel senso che questa è una direttiva⁷⁷ delle operazioni del sistema in un ambiente pluralista (dove non ci sia un pensiero unico o sia popolato da troppi, vocianti e smanianti, pensieri unici).

“Essere interpretate”, nel senso che la realtà delle parole espressive di norme (le fonti del diritto) non è un dato accessibile senza mediazione quando siano parti di intertesto⁷⁸.

“Segni” non “significati”, nel senso che una comunità politica tendenzialmente globale non può ridurre la complessità dell’ordine alla venerazione di un gruppo indiscutibile di poveri significati prigionieri di un Testo Sacro e deve ridurre i significati a segni, per conquistare il consenso⁷⁹.

f) La necessità del riconoscimento di un insieme di Testi ordinanti (le Carte dei diritti e di qualsiasi altra cosa) ed eventualmente anche il tentativo di ottenere ricomposizioni locali, indicando entro i Testi ordinanti il persistere di un Testo Sacro (è quanto cerchiamo di fare quotidianamente, quando ci affanniamo a ricondurre alla Costituzione tutto ciò che nel contesto europeo e transnazionale la dissolve, almeno per come semanticamente eravamo avvezzi a concepirla), è possibile nel contesto attuale soltanto attraverso una lettura semiotica. Il permanere del conflitto – innescato dalla politicità dei diritti fondamentali⁸⁰ e dei valori che per loro tramite operano – e la conseguente reale indecidibilità collettiva (ciascuno individualmente si convinca come vuole e può) sui criteri ultimi di fondazione dell’agire consente unicamente di dire: “quale che sia la soluzione, il significato che legittima, cerchiamola qui, in questo solo testo”. È questo l’autentico patto costituzionale; che è, come si vede chiaramente, una *Convenzione Semiotica*.

⁷⁷ Direttiva (cfr. A. ROSS, *Direttive e norme*, trad. di Mario Jori, Milano, Comunità, 1978, p. 129 ss., con approccio semantico): una prescrizione per raggiungere il valore della trasparenza rispetto alle condizioni della conoscenza e dell’applicazione. Trasparenza rispetto al potere di decidere della conoscenza e dell’applicazione.

⁷⁸ Una “realtà in sé” della fonte, tale da costituire il punto di arrivo di un’interpretazione dichiarativa (diretta a cercare una verità preesistente della norma), non potrebbe essere altro che il testo stesso. Ha perfettamente senso chiedersi quale sia il vero testo dell’art. 3 della Costituzione (la sua corretta formulazione nel testo approvato dall’Assemblea Costituente, pubblicato ed entrato in vigore il 1° gennaio del 1948); non ha senso proclamare vera la propria tesi sull’eguaglianza sostanziale, perché non c’è alcuna realtà distinta dai discorsi che di essa parlano. Tuttavia, anche se in una norma possono esservi riferimenti ancorati a dati misurabili esternamente (nessuno potrebbe interpretare cosa significhi “compimento del diciottesimo anno” o “entro tre giorni dalla notifica”) e dei quali ha senso parlare di verità, dobbiamo immediatamente riconoscere che questi frammenti normativi perdono questa apparenza veritativa poiché confluiscono nell’intertesto (non hanno vigenza al di fuori di esso), ovvero, come altri preferirebbero dire, fanno parte del sistema. Discuteremo all’infinito sull’imputabilità o i diritti del minore, sulla vigenza della (contro)regola *malitia supplit aetatem*, sulla costituzionalità dei criteri di computo dei termini o sulla necessità di remissione eccezionale in termini ecc.

⁷⁹ Distinguono culture che si rappresentano come insieme di testi e culture che si rappresentano come insieme di regole (J. M. LOTMAN e B. USPENSKIJ, *Tipologia della cultura*, trad. it., Milano, Bompiani, 1975); le culture del testo sono «testualizzate», si trasmettono mediante esempi e si fondano sulla consuetudine; quelle della regola sono «grammaticalizzate» e fondate sulla legge: J. M. LOTMAN, *La cultura e il suo insegnamento come caratteristica tipologica* (1971), in J. M. LOTMAN e B. USPENSKIJ, *o.c.*, p. 69 ss. Illustrando questo punto Umberto Eco richiamerà esplicitamente la differenza tra *common law* e *civil law*: U. ECO, *Trattato di semiotica generale*, Milano, Bompiani, 1975, p. 194. Anche qui la terminologia può ingannare, poiché non c’è nulla di più testuale della consuetudine, che rappresenta solo una variante dei rapporti tra potere normativo e scrittura: P. FEMIA, *Coutume* (in collaborazione con Marcus Lobo De Souza e André-Jean Arnaud), in A.-J. ARNAUD (a cura di), *Dictionnaire de la Globalisation*, Paris, LGDJ, 2010, p. 113 ss. Resta, comunque, la sacralità specifica del Testo nei sistemi caratterizzati dalla doppia chiusura.

⁸⁰ P. FEMIA, *Against the ‘Pestilential Gods’*. Teubner on Human Rights, in *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie*, 2011 (40) 3, p. 260 ss.; G. TEUBNER, *Horizontal Effect Revisited. A Reply to Four Comments*, *ivi*, p. 282 ss.

Queste operazioni non si svolgono nel vuoto o nell'electo cielo della comunicazione tra filosofi disinteressati. Sono operazioni intrasistemiche – e nell'ambiente globale ci sarà pure un diritto globale, ma persistono diritti locali che si autocomprendono come (troppo) forti. Ciascun sistema giuridico produce insiemi di scritture autonomi, che funzionano come intertesti interni (in qualche modo connessi in un intertesto globale, piuttosto incerto). Gli intertesti interni (si direbbe altrimenti “I patrimoni costituzionali nazionali, le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri ecc.) sono strutture per il conferimento di senso⁸¹. Poiché tutti devono misurarsi con essi, i segni degli intertesti interni divengono, proprio in quanto segni comuni, il perimetro forzato entro il quale si forma liberamente il senso. Che qualcosa sia segno o significato dipende da come funziona, dal modo nel quale è utilizzato: se gli operatori giuridici, per legittimare i propri comportamenti come prestazioni del sistema, trattano il testo come un'unità data e non come uno strumento per ricrearla ogni volta, allora possiamo dire che essi considerano l'intertesto come significato e non come segno. Quando chiamiamo a difesa delle nostre posizioni nel conflitto una certa interpretazione della Costituzione, noi non litighiamo sul fatto che con la sua scrittura siano rappresentati i valori risolutivi, ma su quali essi siano: in realtà concordiamo sul fatto che essa sia segno di valore, ma non su cosa siano, impongano, costruiscano e dissolvano i valori. *Le Costituzioni dicono, i valori sono*: i testi costituzionali non hanno altra ontologia che quella del segno⁸², non sono ontologie del valore⁸³. Quando la scrittura abbia conquistato il sistema, l'essere di una norma è il suo testo; l'essere del valore è entro la comunicazione che attraverso il valore forma se stessa. La testualità opera quindi in modo differente al livello delle norme e a quello dei valori.

La transizione dalla semantica alla semiotica dei valori è una rottura evolutiva, come si è detto per le costituzioni⁸⁴; un fatto compiuto, che tuttavia la coscienza comune tende in ogni modo ad occultare per l'orrore prodotto dall'idea del vuoto semantico. Eppure non c'è nulla da temere, poiché nella transizione semiotica non si consuma alcuna morte dei valori, non c'è nulla di nietzschiano: al contrario, la coscienza che i valori sono prodotti dalla nostra comunicazione umana – e non dati da una divinità paranoide (giuridica o non che sia), la quale li avrebbe nascosti rivelandoli dentro qualche testo – rafforza il nostro impegno e responsabilità nell'agire sociale. Non c'è nulla di falso o di imbecille nel parlare di valori: falso e imbecille è riempirsene la bocca invano⁸⁵.

⁸¹ La concezione di intertesti più o meno complessi (nazionali, europei, internazionali) fa il paio con la complessità organizzativa di ciascun testo: «Il testo si suddivide in sotto-testi (livello fonologico, livello grammaticale, ecc.), ciascuno dei quali può essere considerato organizzato in modo autonomo. I rapporti strutturali tra i livelli diventano caratteristica determinata del testo nel suo insieme. Proprio questi costanti legami (all'interno dei livelli e tra i livelli) conferiscono al testo il carattere di invariante»: J. LOTMAN, *La struttura del testo poetico* (1971), trad. it., Milano, Mursia, 1972, p. 69.

⁸² In tal modo non si sminuisce affatto la rilevanza della Costituzione, il Testo sacro, ovvero il Testo ordinante localmente più importante dal punto di vista di un osservatore italiano. Si consente invece di liberare il discorso costituzionale da un'ipocrita teologia monolingua (“non avrai altro diritto all'infuori di me”), costretta a fingere che nel suo testo ci siano le chiavi di ogni verità, quasi che a noi cittadini non spetti altro che obbedienza e riconoscimento. Prima dell'obbedienza e del riconoscimento c'è la riflessione pubblica: il valore si costituisce dialogicamente e *la Costituzione è uno strumento di garanzia del costituzionalismo, non la sua esclusione*. È la misura della praticabilità dell'intertesto. Quello che dell'intertesto non va, viene eliminato dalla Costituzione, ma l'interprete assume una piena responsabilità della eliminazione. Per i rapporti tra Costituzione scritta e costituzionalismo sociale rinviamo a P. FEMIA, *Benito Cereno in Bucovina*, in corso di stampa.

⁸³ Per la «dis-ontologizzazione» del testo cfr. F. RASTIER, *Arti e scienze del testo*, cit., p. 54 ss. (ma il punto è cosa si intenda per ontologia – naturale o sociale).

⁸⁴ N. LUHMANN, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, in *Rechtshistorisches Journal*, 9 (1990), pp. 176-220.

⁸⁵ Non vorremmo che l'intero nostro discorso (transizione dei valori dal significato al segno) sia inteso come una caricaturale operazione da “pensiero debolissimo”, convinto di sostituire ai fatti le interpretazioni (che qui sarebbero libere chiacchiere imposte da potenti, potenti politici e soprattutto mediatici). Ci reputiamo, insomma, lontanissimi dall'intenzione di accreditare l'equivalenza di sapere e potere, così aspramente criticata da M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, Laterza,

Percorriamo ancora una volta la transizione semiotica. Nel conflitto ciascun attore sociale combatte con e per i propri significati, ma nell'atto stesso di confliggere deve continuamente compiere operazioni di riferimento dei significati a segni. Si formano in tal modo le basi sociali della comunicazione, la quale si differenzia fino a quando – come accade in ogni punto di rottura evolutiva⁸⁶ – i significati passano in secondo piano, rispetto al conflitto tra interpreti in relazione ai medesimi segni. A quel punto la semantica collassa nella semiotica: gli interpreti concordano che è necessario litigare entro un dato recinto di segni⁸⁷, perché al di fuori c'è la guerra civile globale. Tutto questo non ostacola affatto l'attività dissolutrice dei valori; ne libera al contrario a pieno la potenza. Il conflitto sui segni, la costituzione dei diritti entro una semiosfera popolata da molteplici intertesti sono le condizioni strutturali per la comunicazione assiologica: via via che la comunicazione si consolida, i segni, da porte aperte su valori senza testo, divengono sempre più portatori di significati sempre meno confliggenti e cioè sempre più condivisi. A questo punto le comunicazioni divengono sostanzialmente ripetitive: la loro ricorsività le consolida in discorso. Al passaggio dalla differenziazione infinita dei discorsi alla differenza finita del discorso (“questo è il testo, distinto da tutto il resto circostante”) corrisponde la transizione dai valori alle norme.

Ricorrere all'immagine della semiosfera per rappresentare le operazioni intrasistemiche provocate dalla comunicazione assiologica può destare qualche perplessità⁸⁸. La semiosfera, almeno nell'accezione che proponiamo, non è una sorta di

2012, p. 87 ss. Il pericolo che versioni iperermenutizzanti (o ipercostruttiviste) degenerino in argomenti utili per ogni prassi totalitaria (il potere politico-economico resiste alle critiche asserendo che tanto tutto è questione di interpretazione) è esattamente la maggiore delle nostre preoccupazioni: non offrire argomenti ai conservatori di qualsivoglia ordine cetuale stabilito. La costituzione dei valori nel flusso della comunicazione (e mai nei discorsi, che sono invece la figura del potere) è esattamente ciò che occorre affinché questa pratica sia tenuta lontana da imbonitori, cialtroni e manipolatori delle masse. Non è la comunità ideale di comunicazione della linea Apel-Habermas, ma una reale struttura nella quale ogni volta che si inserisce un elemento di potere (cioè il tentativo di passare dai valori alle norme portate dai discorsi) si interrompe il riconoscimento di quell'attività come portatrice di valori per denunciarne la diversa natura (formazione di norme) da sottomettere a diverse condizioni (coerenza interna, definizione di rapporti tra le proposizioni, adeguatezza pratica). Chi comunica, potrà anche dire quello che vuole, ma è sottoposto a condizioni realistiche ben precise: non può fingere che un dato scientifico non esista (ad es. che una terapia medica che tanto sponsorizza al fine politico di impedirne un'altra sia meno efficace proprio di quell'altra che intende combattere), non può ignorare evidenze statistiche (ad es. che l'adozione di una regola che gli è gradita non abbia ottenuto gli effetti desiderati: *regulatory backfiring*, sul quale, nel diritto dei contratti, v. H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 274 ss.), non può ignorare evidenze storiche (che una certa prassi discorsiva abbia nel passato provocato conseguenze orribili). Certo si potranno criticare le evidenze, discutere le causalità, mettere in dubbio la selezione dei dati: ma tutto questo significa prendere gli argomenti sul serio, senza cercare di imbrogliare l'uditorio. Insomma: dire qualsiasi cosa pur di convincere, significa aver cessato di comunicare ed essere passato dalla parte dei discorsi, e da quella peggiore.

⁸⁶ M. T. FÖGEN, *Zufalle, Falle und Formeln. Zur Emergenz des synallagmatischen Vertrags*, in *Rechtsgeschichte*, 6 (2005), p. 85 ss.; M. AMSTUTZ, *Widerstreitende Gotter - Zu Manfred Aschkes Rekonstruktion der systemsoziologischen Evolutionstheorie und ihrer rechtstheoretischen Bedeutung*, ivi, 2 (2003), pp. 14-24.

⁸⁷ Sul testo come campo unitario nel quale operano forze opposte M. CORTI, *Principi della comunicazione letteraria*, Milano, Bompiani, 1976, p. 130.

⁸⁸ Ci riferiamo alla benevola e attenta discussione che si legge in G. TEUBNER, *Horizontal Effect Revisited*, cit., p. 280 ss., con il quale siamo in pieno accordo. Ci sembra utile sul punto aggiungere che il nostro obiettivo è lasciare il maggior spazio possibile alla manifestazione dei conflitti sia tra livelli distinti (mente/corpo, politica, diritto) sia all'interno di ciascun sistema, ferma restando l'impossibilità di traduzione diretta tra linguaggi di sistemi diversi e la mera possibilità di coevoluzione (G. TEUBNER, *o.u.c.*, p. 283) La teoria di Lotman ruota intorno al concetto di sistema: la cultura è considerata un insieme di sistemi semiotici [J. M. LOTMAN, *Introduzione* in J. M. LOTMAN e B. USPENSKIJ, *Tipologia della cultura*, cit., p. 25 ss.] e la semiotica è «la disciplina teorica che studia il meccanismo dell'unità e del reciproco condizionamento dei diversi sistemi semiotici»: J. M. LOTMAN, *La cultura come intelletto collettivo e i problemi dell'intelligenza artificiale* (1977), in ID., *Testo e contesto. Semiotica dell'arte e della cultura*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 1980, p. 34. Certo, parlare di semiosfera non risolve i problemi del *che cosa* si significa; e quando i segni di valore riguardano diritti umani rimane la difficoltà data dal fatto che ogni sistema sociale vi ricorre (cioè interpreta i segni) secondo le proprie strategie comunicative. Diviene

sovrastuttura che imprigiona tutti gli altri sistemi sociali condizionandone l'evoluzione. Non c'è una metasemiosfera ipercomprendente né postuliamo una pluralità di semiosfere per ciascun sistema sociale (economica, giuridica, politica ecc.)⁸⁹: non ce n'è bisogno, trattandosi di organizzazioni di segni e non di significati. Essa è parte dell'ambiente dei sistemi, è l'ambiente stesso considerato dal punto di vista dell'episteme: è il modo attraverso il quale ciascun sistema si rapporta all'ambiente, ricostruendolo secondo testualità. Tutto quel che accade – conflitti inclusi – è una serie continua di differenze entro la semiosfera; la quale è una specie di alfabeto del discorso e del conflitto comunicativo. Non possano fare grandi discorsi sui diritti umani come fondamento comune ecc.: di comune c'è solo il segno che usiamo, non i significati che gli usi, sempre specifici e infrasistemici, producono.

11. Prima di finire. Favola del Commendator Schmitt e del Drago Valorione. Con qualche parola di commento

Das Wertsystem bezeichnet eine geistige Dimension, aber keine solche, die im Bereich juristischer Norminterpretation ihre Stelle haben könnte.

Ernst Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetz*⁹⁰.

impossibile, o almeno oscuro, individuare leggi costanti di significazione: si ritorna quindi al consenso sui segni e al conflitto sui significati.

⁸⁹ F. MARSCIANI, *Semiosfere?*, cit., p. 108 s. mette in rilievo una certa oscillazione del concetto in Lotman: di semiosfera si potrebbe parlare sia al singolare che al plurale, con variazioni di senso che – aggiungiamo noi, nel lessico della teoria dei sistemi – oscillano tra ambiente e sistema. Dal nostro punto di vista, discorrere di semiosfera (al singolare) entro una teoria dei sistemi significa che essa non è sistema né ambiente, ma il prodotto e il fattore della loro intersezione mediata dalla scrittura e dall'interpretazione. Prodotto e fattore in quanto la semiosi evolutivamente, come in ogni attività culturale, diviene nel tempo un elemento di produzione del processo che la genera. Discorre della semiosfera come «spazio delle dinamiche dei testi vivi, quel luogo dove essi si trasformano reciprocamente, alimentandosi dell'intreccio del loro stesso divenire» F. MARSCIANI, *o.c.*, p. 114.

⁹⁰ «Il sistema di valori indica una dimensione spirituale, che come tale non ha alcun posto nell'ambito dell'interpretazione normativa giuridica»: E. FORSTHOFF, *Die Umbildung der Verfassungsgesetz*, in H. BARION, E. FORSTHOFF, W. WEBER (Hrsg.), *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, dargebracht von Freunden und Schülern*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 40 (abbiamo leggermente modificato la traduzione italiana di L. Riegert e C. Amirante: E. FORSTHOFF, *Le trasformazioni della legge costituzionale*, in Id., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 203). In omaggio all'allievo che lo aveva invitato a partecipare al seminario durante il quale pronunciò il discorso sulla tirannia dei valori, Schmitt aveva posto in epigrafe all'edizione privata della *Tyrannei* una frase di Ernst Forsthoff, in verità piuttosto incolore: «*Der Wert hat seine Logik*» (Id., *Umbildung*, cit., p. 45). L'edizione a stampa della *Tyrannei* non reca questo motto (ma richiama più volte l'espressione di Forsthoff e discorre volentieri, senza mai chiarire, di *Wertlogik*). Gli restituiamo l'epigrafe, avvertendo il lettore che – l'epigrafe come tutto il paragrafo – è un'antiepigrafe e reclama l'antiletture di un antitestato. Forsthoff martellava sull'incompatibilità tra normatività e valore, lamentando che la lettura del testo costituzionale come espressione di un sistema di valori fosse la negazione della giurisprudenza, il suo suicidio: «la giurisprudenza annienta se stessa se non si attiene incondizionatamente al fatto che l'interpretazione della legge è la determinazione (*Ermittlung*) della giusta sussunzione nel senso della conclusione sillogistica» (E. FORSTHOFF, *Die Umbildung*, cit., p. 41; Id., *Le trasformazioni*, cit., p. 205; anche in questo caso abbiamo modificato la traduzione italiana). In polemica diretta con Smend, cui attribuisce in sostanza la responsabilità morale del decadimento della cultura giuspubblicistica tedesca (la scienza tedesca del diritto pubblico era divisa nel dopoguerra tra le scuole di Schmitt e Smend – Hans Kelsen, costretto all'esilio negli Stati Uniti, non era più tornato – cfr. *infra*, nota 112), Forsthoff martella ossessivamente per tutto il saggio sull'incompatibilità del riferimento ai valori con la teoria tradizionale dell'interpretazione della legge, non avvedendosi che la «tradizione» della quale si riempie la bocca altro non è che l'incapacità, sua e della sua generazione, di comprendere il senso di quanto stava accadendo. Una tradizione che non abbia altri argomenti che se stessa, il proprio passato, è già morta al cospetto delle rotture comunicative prodotte da un conflitto distruttivo. Forsthoff presenta il logicismo come un dato naturale della giuridicità, sì che il sistema, per essere tale, presupporrebbe rapporti quantitativamente definiti: «anche in una costituzione liberale, le determinazioni di valori – che valgono soltanto per l'individuo e non anche per lo Stato – non raggiungono quel grado di completezza e chiusura, il quale potrebbe giustificare la caratterizzazione come sistema» (*Umbildung*, cit., p. 40, nota 8; *Trasformazioni*, cit., p. 203 s., nota 8: anche qui abbiamo

Si racconta che Carl Schmitt abbia parlato per la prima volta della «Tirannia dei valori» – affrancando, a quanto pare, il genere umano dalla minaccia della loro intrinseca aggressività – nel corso di un ristretto seminario organizzato dal suo allievo Ernst Forsthoff a Ebrach, nello Steigerwald, nell’ottobre del 1959⁹¹. Il testo, *Die Tyrannei der Werte*, pubblicato in edizione privata nel 1960, è successivamente comparso in spagnolo nel 1961 e in tedesco soltanto nel 1967, secondo le migliori strutture narrative dello stile esoterico (inclusa una pubblicazione pirata)⁹²; da allora è andato incontro al suo (im)meritato successo⁹³. Grazie al sostegno dell’allievo, un grande sconfitto (e perciò reputato vincitore dai vinti) avrebbe distillato in mezzo ai boschi le sue verità ad un gruppo di iniziati.

La storia profonda, molto più vera della verità, è un’altra.

Come ogni Commendatore, Carl Schmitt sapeva odiare. Detestava i piccoli uomini, aveva orrore della loro presenza, temuta come un contagio: piccoli uomini accalcati nella società civile, avvolti nella meschina banalità del loro diritto privato⁹⁴. Adorava lo Stato, il Grande e Unico Uomo: che, come e

modificato la traduzione); egli non si avvede che la sua è soltanto una criptonologia del discorso giuridico, per la quale non ha altri argomenti che l’infinita solitaria ripetizione del suo “no” alla diffusione di nuovi paradigmi discorsivi. Eppure, dopo decenni di oltrepassamento della soglia che ostinatamente Forsthoff vietava di oltrepassare, le sue ossessioni hanno ancora qualcosa da insegnarci. Egli voleva che i segni normativi non fossero mai segni di valore, poiché reputava che norme e valori fossero incompatibili. Oggi gli diamo ragione su questo punto: essi sono incompatibili, ma non perché i valori non siano giuridici; all’opposto, perché la giuridicità non si esaurisce nella normatività. Il divenire ha metabolizzato la sua resistenza, l’attaccamento viscerale al diritto come tradizione permanente, trasformandola nell’esigenza di una perenne autosovversione. Ecco il senso rovesciato dell’antiepigrafe.

⁹¹ I seminari di Ebrach erano organizzati e sostenuti privatamente da Ernst Forsthoff, allievo di Carl Schmitt, che proprio in quegli anni aveva rinsaldato il legame con il maestro. Partecipava un ristretto gruppo di intellettuali che potremmo indicare per brevità – secondo la nota formula coniata da Hermann LÜBBE, *Die resignierte konservative Revolution* (Recensione a Hans Freyer, *Theorie des gegenwärtigen Zeitalters*, Stuttgart 1957), in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 115 (1959), pp. 131-138 – come teorici della “rivoluzione conservatrice”. La critica alle correnti culturali che si affermavano nella Germania dell’immediato dopoguerra e una concezione nostalgica e tradizionalista dei procedimenti argomentativi della scienza giuridica, non disgiunta dal consueto cinismo di tutti i conservatori (che affascina i progressisti, poiché lo scambiano per realismo e lucidità), ne erano i tratti caratterizzanti. Sui seminari di Ebrach F. MEINEL, *Die Heidelberger Secession. Ernst Forsthoff und die «Ebracher Ferienseminare»*, in *Zeitschrift für Ideengeschichte*, 5 (2012), 2, pp. 89-108; D. VAN LAAK, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*, Berlin, Akademie Verlag, 1993, p. 200 ss.

⁹² Nella *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* del 27 giugno 1964 (*infra*, nota 128).

⁹³ C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, Kohlhammer, 1967, pp. 37-62; seguiremo anche la terza edizione corretta: ID., *Die Tyrannei der Werte*, 3. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 2011.

⁹⁴ C. SCHMITT, *Sui due grandi ‘dualismi’ del sistema giuridico odierno (1940)*, in ID., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 2007, p. 436 s.: «nel diritto internazionale i ‘grandi’ uomini, i ‘magni homines’ o *μάκροισι ἀνθρώποι* stanno l’uno di fronte all’altro con gli stessi diritti in piena sovranità; nel diritto statale interno un *magnus homo* in quanto *persona potentior* sta davanti a molti piccoli uomini; nel diritto privato statale interno dei piccoli uomini all’ombra, *sub tutela*, del grande uomo stanno con eguali diritti davanti ad altri piccoli uomini». Ha richiamato l’attenzione su questo passo il bel saggio di T. GAZZOLO, «Valore» e «limite» in Carl Schmitt. *Per una lettura della «Tirannia dei valori»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 40 (2010), p. 417 ss.; a questo studio e ad un altro, del pari assai pregevole, di P. BECCHI, *La critica schmittiana alla filosofia dei valori e il dibattito giusfilosofico italiano nell’immediato dopoguerra*, in *Filosofia politica*, 23 (2009), p. 255 ss., siamo debitori di molte delle indicazioni che seguono. Raccomandiamo la loro lettura a chiunque voglia accostarsi a questo testo troppo celebrato. Quel che soprattutto apprezziamo in Becchi e Gazzolo [cui aggiungiamo I. STAFF, *Zum Begriff der Politischen Theologie bei Carl Schmitt*, in G. DILCHER e I. STAFF (Hrsg.), *Christentum und modernes Recht. Beiträge zum Problem der Säkularisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984, p. 197 ss.] è il non soggiacere a mitologie o epiche metafisiche del “grande uomo fisso con gli occhi nell’abisso”, tipiche del culto schmittiano, e il ricondurre la discussione sul piano giuridico, rivelando che l’obiettivo polemico di Schmitt non erano i destini dell’Occidente, ma, come al solito, quelli della sua bottega teorica che egli (d’accordo con il suo allievo Ernst Forsthoff) sentiva

meglio di Dio, stava e stava, senza promettere null'altro fuori della propria consistenza. Il Commendator Schmitt amava rituali e acclamazioni, odiava le voci interroganti e i dubbi. Era un perfetto cristiano ateo: nella religione, diceva, c'è solo musica dell'ordine, gerarchia dal cielo in terra, visibilità di poteri, spazi inaccessibili al pensiero, menti ridotte ad ascoltare favole – Egli desiderava restare ignaro del dolore della croce, e nemico della sua sete di valore⁹⁵.

Di notte, il Commendatore sognava. L'aveva scampata bella; aveva cavalcato la tigre e ne aveva sfuggito i morsi⁹⁶; guardava con sufficienza i suoi colleghi (*quanto l'ho desiderato nelle solitudini al tavolino!*), prigionieri di forme non rischiarate dal sole del Sovrano: che gioia, invece, invocare decisioni vitali e stati di eccezione, aggirarsi tra meraviglie incomprensibili e profonde! In quelle notti di rasserenata ebbrezza, le decisioni danzavano facendogli corona.

Ma venne il giorno senza sogni. Qualcuno gli raccontò che i piccoli uomini, non più contenti delle forme, rifiutavano di inginocchiarsi dinanzi agli idoli sacri che egli aveva così ben confezionato in tanti anni di perfidia artigianale. Avevano preso sul serio un pezzo di Carta, chiamato Legge Fondamentale; come se da esso davvero rinascesse il diritto. I giudici, piuttosto che informarsi presso di lui sugli ultimi borborigmi del dio nascosto, del Sovrano chiuso nello stato di eccezione come un insetto nel bozzolo, fingevano (*fingono, certo; in fondo che sono i giudici se non dei servi...*) che nel Pezzo di Carta ci fossero i fondamenti del sistema, che ogni decisione poggiasse su valori. Egli vedeva bene, come altri vedevano, che i discorsi sui valori erano popoli di molte anime: qualcuno portava chiusa dentro quelle parole la nostalgia del diritto naturale⁹⁷, qualcun altro il desiderio di giustizia custodito da un diritto pronto a discutere sempre di nuovo se stesso in nome dei diritti (e dei doveri), qualcun altro, ancora, il progetto di mettere la società sotto l'ala di qualsivoglia Madre & Magistra che frenasse degenerazioni materialiste e follie del capitale⁹⁸ (e i sogni di gloria della propria corporazione giudicante e irresponsabile).

minacciata dal nuovo corso della giurisprudenza costituzionale. Paolo Becchi è anche curatore e traduttore di una recente edizione del saggio di Schmitt (C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, traduzione di P. Becchi, Brescia, Morcelliana, 2008) giustamente reputata da Tommaso Gazzolo (o.c., p. 418 ss.) preferibile all'altra apparsa contemporaneamente (Id., *La tirannia dei valori*, a cura di G. Gurisatti, con una postfazione di F. Volpi, Milano, Adelphi, 2008).

⁹⁵ C. SCHMITT, *Glossario* (1947-1951), a cura di P. Dal Santo, Milano, Giuffrè, 2001, p. 343 (annotazione del 23.5.1949): «Hobbes esprime e motiva in termini scientifici ciò che fa il Grande Inquisitore: *neutralizza l'effetto di Cristo* in ambito sociale e politico, *de-anarchizza il cristianesimo*, lasciandogli sullo sfondo un certo potere legittimante e senza comunque rinunciare a esso» (corsivi aggiunti). Il cristianesimo che preferisce è quello conservatore della Chiesa, non quello «anarchico» (noi preferiremmo dire autosovversivo) di Gesù: il suo odio per chi sconvolge l'autorità costituita non potrebbe essere più netto. Schmitt è quindi dalla parte del Grande Inquisitore dostoevskijano, come testimonia J. TAUBES, *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, a cura di E. Stimilli, Macerata, Quodlibet, 1996, p. 27: «Carl Schmitt mi ha detto che chi non riconosce che il Grande Inquisitore ha semplicemente ragione contro i tratti esaltati di una religiosità come quella di Gesù, non ha capito né cos'è la Chiesa, né cosa Dostoevskij, contro la sua stessa personale inclinazione, abbia effettivamente trasmesso, costretto dalla violenza della problematica». Anche su questo punto cfr. T. GAZZOLO, «Valore» e «limite» in *Carl Schmitt*, cit., p. 438 s.; nonché F. VOLPI, *Anatomia dei valori*, in C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, ed. Adelphi, cit., p. 102.

⁹⁶ J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press, 1983, trad. it., *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 305 s.

⁹⁷ H. WEINKAUFF, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960, p. 1689 ss.; cfr., criticamente, W. WEISCHEDEL, *Recht und Ethik. Zur Anwendung ethischer Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1956, p. 19 ss. Sulla transizione dal *Naturrecht* al *Wertordnung*, G. SPRENGER, *Legitimation des Grundgesetzes als Wertordnung. Einige philosophische Anmerkungen*, in W. BRUGGER (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus der Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 227; E. G. MAHRENHOLZ, *Rechtsnormen und Werte*, in T. STEIN, H. BUCHSTEIN, C. OFFE (Hrsg.), *Souveränität, Recht, Moral. Die Grundlagen politischer Gemeinschaft*, Frankfurt, Campus Verlag, 2007, p. 65 ss.; *infra*, nota 106.

⁹⁸ H. SIMON, *Katholisierung des Rechts? Zum Einfluß katholischen Rechtsdenkens auf die gegenwärtige deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, p. 38 ss.

Di queste differenze il Commendatore non si curava: non gli era mai importato delle idee, neanche delle intenzioni, ma solo dei loro effetti. E l'effetto era questo: un manipolo di giudici supremi giudicava in nome dei valori e applicava valori (contenuti in principi del Gran Pezzo di Carta), persino tra i privati. *Drittwirkung* invece che stato di eccezione? Diritto che si trasforma e redime dall'interno, piuttosto che maledetto dal Nulla che lo circonda? (*Maledetto, e redento dai redentori – aggiungeva il Commendatore*). Quel che soprattutto odiava era la tracotanza dei privati, i quali avevano osato cambiare la realtà senza invocare un Duce in soccorso, così mutando i rapporti sociali per sentenza (*maledetti traditori in toga!*)⁹⁹: *ah!, la realtà si ribella al creatore? E che? Le innovazioni non dovevano forse essere conquistate con la politica, graziosamente concesse dall'alto dopo lotte e sangue, non dovevano discendere con nobiltà e dignità¹⁰⁰ dalle tempie del Sovrano e lievemente posarsi sulle menti riconoscenti dei sudditi? Maledetti borghesi, si erano impadroniti dello Stato, uccidendolo con le proprie chiacchiere sociali; adesso uccidevano il diritto, imborghesendolo con la loro falsa retorica dello spirituale, falsa perché in essa quei vermi nascondono null'altro che rozzo attaccamento alla materia: rozzi, della stessa rozzezza con la quale parlano di valori, non sanno che "valore" è un concetto economico, una porcheria da banchieri o da marxisti! Maledetti borghesi, hanno infestato il diritto, hanno portato quello schifo del diritto privato al centro della scena¹⁰¹; vogliono fare adesso delle loro piccole pretese il teatro della giustizia¹⁰².*

Che fare? Bastava maledire? Avrebbe convinto i piccoli uomini a rinunciare a vivere da sé soli, a chiedere direttamente ai giudici mutamenti e autoriflessioni? Ma il suo compito era custodire il mistero del dominio: ingannare, ingannare, ingannare sempre, per la grandezza della propria Scienza e di Se Stessi. Ci vuole un nemico seducente – pensò – qualcosa che piaccia a chi è costretto a ubbidire ma odia il diritto nel fondo dell'anima.

E si mise all'opera; da buon mago, opera al nero.

Piegato tra le carte del suo studiolo, il Commendator Schmitt costruì alacramente il Drago Valorione. Aveva un sapore antico, grande come lo sfarzo di cartapesta dalla quale era avvolto. Più la Bestia cresceva sotto le sue mani, più gli tornava il sorriso. Doveva far paura, ridestare nei piccoli uomini le paure infantili, quando oltre il buio della culla le ombre dei genitori erano il disegno delle loro vite eterne di bambini. Il capriccio di una *Drittwirkung*, il pensare il diritto da sé: una disubbidienza che mamma e papà avrebbero punito. *Se segui te stesso sbagli, lasciati guidare, o sarai perduto!*

Una sera, trattenendo l'emozione, espose il Drago Valorione alla finestra. Affacciava su di un cortile interno, livido dei riflessi giallo-ocra dei vecchi palazzi che lo recintavano. Giù, sparso tra aiuole e panchine ferrose, sedeva il ristretto cenacolo dei suoi piccoli adoratori, vecchi con le camicie troppo bianche e le maniche arrotolate, i calzoni troppo ampi, la pelle appesantita dal sole troppo ricercato; sfatti, ma pervicaci nel mantenere l'aria di chi sia appena tornato da un'essenziale lotta col Destino e si conceda una pausa, tra un'epopea e l'altra. I piccoli uomini non c'erano, presi dai loro affari, come lui dai suoi. Trafficcavano, sognavano, sragionavano.

⁹⁹ Un'invettiva contro i giudici, ma al contrario: li si maledice perché osano ragionare da soli. Ne conseguirebbe la maledizione affinché essi condannino se stessi, secondo il modello della «maledizione della legge» studiato da C. MENKE, *Die Gegenwart der Tragödie. Versuch über Urteil und Spiel*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2005, p. 34 ss.

¹⁰⁰ Una critica del concetto di «umanità» secondo procedimenti analoghi a quelli impiegati nella *tirannia dei valori* in C. SCHMITT, *Die legale Weltrevolution. Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität*, in *Der Staat*, 3 (1978), trad. it. *La rivoluzione legale mondiale*, in Id., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Venezia, Neri Pozza, 2005, p. 214 s.

¹⁰¹ «Il diritto privato è un(a) porcheria» è affermazione riportata da Gustav Radbruch, attribuita «ad un noto costituzionalista italiano fascista»: G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (1932). Studienausgabe, 2. Aufl. 2011, Heidelberg, Müller, p. 119, nota 120 [con citazione abbreviata nel titolo che crediamo di poter sciogliere in E. ERMARTH, *Theorie und Praxis des faschistisch-korporativen Staates*, Heidelberg, Winter, 1932, p. 51, nota 4, che non abbiamo potuto consultare]. Cfr. S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 697, nota 1.

¹⁰² T. GAZZOLO, «Valore» e «limite» in *Carl Schmitt*, cit., p. 428 ss.

Allora il Commendatore disse: «Ecco il nostro nemico: non la disuguaglianza, non l'ingiustizia, non il furto delle parole e dei pensieri, ma i valori! Credevate di aver conosciuto tiranni e sterminatori di razze, ma eccolo il vero tiranno, il terribile Drago Valorione! (*“Beene! Braavo!” – Acclamazioni dal cortile. Con un po’ d’affanno, il Commendatore riuscì persino a far sporgere a quel punto una striscia di cartone rosso dalla bocca del Drago: “che figura pp... pll... plastica” – mormoravano giù gli adoratori*). Ogni volta che proverete a fare da soli, a immaginare istituzioni che producano diritto dal pensiero e non dalla beata e insondabile crudeltà del Sovrano, ogni volta scatterete su di voi il Drago, che brucerà il vostro orgoglio ricacciandone le ceneri nel buio *NUUuullAAaeCCCezionaaaleee*». Il drago aveva dato uno scossone e le ultime parole il Commendatore le aveva pronunciate rialzandosi, dopo essere scivolato a terra, sfiorando il davanzale (incolume... eh, vivere pericolosamente! *ex infirmitate salus*¹⁰³...).

Ha detto “Nulla Eccezionale”? o “nulla di eccezionale”? – gli anziani del cortile, commossi, non sentivano. Ma non faceva nulla: il Vecchio maestro aveva – ancora una volta! – distillato la parola di battaglia, dal suono mite e innervata di coltelli. Castigo dei piccoli orgogliosi, avrebbe tolto loro la voglia di pensare il diritto. Va-lo-ri! va-lo-ri! Odiate i valooori!

Rinfrancato dal suono delle sue parole, il Commendator Schmitt si sentì giovane. E, come gli aviatori che lo appassionavano all'alba del secolo, volle sedersi sulla groppa del Drago (*questa volta non morderà come la Tigre Bruna...*) e si lanciò giù per la finestra. Tra le mura scrostate del suo cortile volava, roteando pericolosamente in alto e in basso, e sorrideva. Da quanto tempo aveva perso memoria di un sorriso spontaneo? Volteggiando felice qua e là per il suo condominio, si sentiva un ragazzino in groppa ad un cavallo giù per la prateria, come nei fumetti dell'infanzia: il Drago Valorione era pacificato, il pupazzo- più-pazzo di tiranno, nato per essere sconfitto. L'aria intorno gli carezzava le guance pesanti: una promessa d'affetto per il Commendatore, un liberale riposo del guerriero. Pensò che era bene salutare il suo pubblico (*Morte ai valori! Il valore è morte, viva il diritto!... Viva la muerte!*) e faceva inchini, e faceva inchini pure il Drago, come un cavallo da circo.

Un fremito percosse la pancia degli Eletti dal Destino: *Maestro! Maestro! Maestro!* – avrebbero voluto proseguire, ma che cosa aggiungere? Dal fondo delle aiuole ocre di polvere, dalla ruggine delle panchine sverniciate, dalle rughe scavate sulla loro pelle indecente e abbronzata, saliva pesante la speranza: nelle orbite disegnate dal Drago ammaestrato gli anziani combattenti sentivano riaprirsi la porta della vita. Era di sudore o lacrima quel prurito? Che importa, lo Stato non era morto, avevano ancora un discorso, il silenzio era finito!

Inseguendo i propri giri d'ala sempre più ampi, il Commendatore scomparve oltre l'orizzonte dei tetti anneriti. La sua voce altalenante si udiva ancora: *«Lascio a voi il segreto del rimedio: dite che il Drago è il Drago, che il Drago è tiranno, e queste parole terranno prigioniera la vera bestia, il pensiero, prigioniera dentro il carcere della paura. Tremate, tremate, tremate e temete il Drago. Vivrete senza tiranni».*

(*Che tanto ve lo dò io il diritto, randellandovi di misure eccezionali e perenni emergenze... – ridacchiava, lontano e ormai irraggiungibile, col volto nascosto nelle pieghe dei suoi pensieri*).

¹⁰³ Non ci sarebbe bisogno di ricordarlo, ma lo facciamo lo stesso: abbiamo stravolto ironicamente *Ex captivitate salus* (Köln, Greven, 1950, trad. it. *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, Milano, Adelphi, 1987), «cult book of all Schmittians», ove egli mette all'opera la sua «false sentimentality»: A. HAVERKAMP, *The Enemy Has No Future*, in *Cardozo Law Review*, 26 (2004/5), pp. 101-109.

«Lo scritto sarà una prelibatezza letteraria» – scriveva Forsthoff a Schmitt, leggendolo tra i primi¹⁰⁴: giudizio troppo interessato per essere preso sul serio, che strumentalizza la letteratura per non affrontare i propri avversari apertamente. Nata dall'odio e per odiare, la *Tirannia dei valori* non è un saggio filosofico, ma uno scritto polemico¹⁰⁵ contro la *Drittwirkung* e in generale la direzione che stavano prendendo la scienza giuridica e la giurisprudenza costituzionale tedesche nel secondo dopoguerra¹⁰⁶. Appena l'anno precedente il *Bundesverfassungsgericht* con la sentenza *Lüth* – «decisione-guida nella genealogia internazionale dell'ordine assiologico costituzionale»¹⁰⁷ – aveva inaugurato il nuovo corso, ponendo l'ordine dei valori come centro di ogni produzione normativa del sistema giuridico, anche nei rapporti tra privati¹⁰⁸. Un'evoluzione che coglie Schmitt di sorpresa.

Per comprendere appieno la *Tirannia dei valori* occorre leggerla come parte di un dittico del quale il secondo quadro è costituito da *Le trasformazioni della legge costituzionale* di Ernst Forsthoff, apparso nello stesso anno e pubblicato nella raccolta di scritti in onore di Carl Schmitt¹⁰⁹, pubblicati su iniziativa dello stesso Forsthoff¹¹⁰.

¹⁰⁴ «Die Schrift wird eine literarische Delikatesse»: lettera di Ernst Forsthoff a Carl Schmitt, Heidelberg, 11.1.1960, in D. MÜßNUG, R. MÜßNUG, A. REINTHAL (Hrsg.), *Ernst Forsthoff - Carl Schmitt, Briefwechsel 1926-1974*, Berlin, Akademie Verlag, 2007, p. 157. Sul carteggio cfr. B. RÜTHERS, *Trauernde am Grab ihres autoritären Staatsideals – Der Briefwechsel Forsthoff-Schmitt 1926-1974*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, 126 (2009), pp. 269-280.

¹⁰⁵ Con le parole di Giano Accame, in uno scritto nel quale egli con finezza ed empatia ha colto forse meglio di chiunque altro la posizione interiore di Schmitt: «Quando Schmitt si accanisce a dissacrare, sotto c'è qualcosa che non sempre i suoi esegeti comprendono: l'amarezza ed il fiele del patriota tedesco, che ha visto due volte sconfitto e distrutto il paese»: G. ACCAME, *Presentazione*, in C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Roma, Pellicani, p. 8. Lo stile difensivo, la forma breve sono una conseguenza della precaria posizione istituzionale dell'autore nella Germania del dopoguerra (D. VAN LAAK, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens*, cit., p. 85); un travestimento del contenuto che resta, per dirla con le parole che il suo autore avrebbe riservato ai valori, intrinsecamente aggressivo.

¹⁰⁶ T. GAZZOLO, «Valore» e «limite» in *Carl Schmitt*, cit., p. 429; P. BECCHI, *La critica schmittiana alla filosofia dei valori*, p. 260 ss. Un quadro molto preciso dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e del dibattito teorico che le si collega è tracciato da H. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hannover, Hennes & Zinkeisen 1993, p. 10 ss.

¹⁰⁷ T. RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung. Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*, Tübingen, Mohr, 2007, p. 266.

¹⁰⁸ Nell'amplessima bibliografia: R. ALEXI, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 61 (2002), pp. 7-33 (ivi, p. 8 s.); G. CASPER, *Die Karlsruher Republik*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2002, p. 214 s.; R. WAHL, *Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung*, in T. HENNE e A. RIEDLINGER (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, pp. 371-397.

¹⁰⁹ E. FORSTHOFF, *Die Umbildung des Verfassungsgesetz*, cit., p. 36-62; una netta reazione critica si legge in A. HOLLERBACH, *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? Zu Ernst Forsthoffs Abhandlung „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“ in der Festschrift für Carl Schmitt*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 85 (1960), pp. 241-270. Oltre ai lavori prima ricordati di Becchi e Gazzolo, un'ottima discussione del contesto e dei problemi nel saggio Christoph Schönberger, posto in appendice alla terza edizione della *Tyrannie*: C. SCHÖNBERGER, *Werte als Gefahr für das Recht? Carl Schmitt und die Karlsruher Republik*, in C. SCHMITT, *Die Tyrannie der Werte*, 3. Aufl., cit., pp. 57-91. Alle polemiche suscitate dalla *Umbildung* Forsthoff replicò con un ulteriore lavoro sull'interpretazione costituzionale: E. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961, benché nella premessa egli negasse trattarsi di uno scritto difensivo (*Verteidigungsschrift*).

¹¹⁰ Il 1959 è senz'altro un anno cruciale nella marcia di Schmitt verso la riconquista di una credibilità scientifica. Tiene la conferenza sulla *Tyrannie*, Forsthoff pubblica il volume di *Scritti in onore* di Schmitt (ove compare il saggio sulla *Umbildung*), si scatenano le polemiche nella comunità accademica contro questa strategia di riabilitazione: tra le reazioni si segnala la “lettera aperta” a Forsthoff di Erich KAUFMANN, *Carl Schmitt und seine Schule. Offener Brief an Ernst Forsthoff*, in *Deutsche Rundschau*, 84 (1958), p. 1013 ss.; cfr. F. GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, München, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2004, p. 216 ss.; F. MEINEL, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit*, Berlin, Akademie Verlag, 2011, pp. 402 ss. e 416 ss.; C. SCHÖNBERGER, *Werte als Gefahr für das Recht?*, cit., p. 61 ss. Di particolare interesse la reazione di Rudolf Smend, che con la sua dottrina dell'integrazione

Allievo e maestro, allontanatisi durante il dodicennio nazista¹¹¹, marciavano adesso nella stessa direzione, semplicemente procedendo sulla via della resistenza alla svolta costituzionalista intrapresa dalla cultura giuridica nel dopoguerra: Carl e Ernst erano due vecchi dal passato inemendabile e diviso, che congiuntamente soffrivano adesso la nuova Repubblica Federale¹¹². Il loro intento era la «ri-formalizzazione del diritto pubblico» e la «rimozione della giustizia costituzionale»¹¹³: per raggiungere il loro scopo si divisero il lavoro, con singolare strategia: l'uno criticava l'assiologia della comunicazione giuridica dei tardi anni Cinquanta con una (superficiale) ricostruzione polemica delle correnti filosofiche degli anni Venti del Novecento; l'altro criticava la svolta costituzionalista della giurisprudenza contemporanea con argomenti della teoria dell'interpretazione dell'Ottocento¹¹⁴.

costituzionale (del 1928) e la sua attenzione ai valori è il riferimento (implicito in Schmitt, esplicito in Forsthoff) polemico delle loro opere. Cfr. la dettagliata ricostruzione ad opera di Reinhard Mehring, curatore del carteggio tra Schmitt e Smend (non a caso le relazioni epistolari cessano del tutto poco dopo questi avvenimenti, nel 1961): R. MEHRING, *Zum Ende der Beziehung*, in ID. (Hrsg.), *„Auf der gefährlichen Straße des öffentlichen Rechts“. Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend 1921 – 1961*, 2. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 2012, pp. 149-152.

¹¹¹ Nazisti entrambi, ma con qualche differenza. L'attivismo politico e l'antisemitismo di Carl Schmitt soprattutto nei primi anni del nazismo, con buona pace dei schmittomani, sono dati fuori discussione. Ci limitiamo qui a ricordare l'organizzazione del convegno antisemita del 1936: C. BUSSE, *„Eine Maske ist gefallen“ – Die Berliner Tagung „Das Judentum und die Rechtswissenschaft“ vom 3./4. Oktober 1936*, in *Kritische Justiz*, 33 (2000), pp. 580-593; E. FAYE, *Heidegger, l'introduzione del nazismo nella filosofia*, trad. di F. Arra, Roma, L'asino d'oro, 2012, p. 229 ss. Che poi i nazisti stessi considerarono quell'attivismo e quel furore soltanto l'opportunismo di un ambizioso costituisce una prova non della sua probità morale, ma al contrario che i fatti ci furono (e le intenzioni furono ancora peggiori, se in tutto o in parte strumentali). Di Ernst Forsthoff, nel periodo nel quale la sua carriera accademica era legata all'ascesa politico-academica di Schmitt, si ricorda il suo scritto maledetto, nazista e antisemita, sullo stato totale (*Der totale Staat*, Hamburg, 1933). Come scrive Frieder Günther, Forsthoff «voleva fare carriera» e con quell'opera si candidava a «produttore di parole chiave per il nuovo regime»: F. GÜNTHER, *Recensione a Forsthoff - Schmitt: Briefwechsel*, cit., in *H-Soz-u-Kult, H-Net Reviews* (February, 2008), in www.h-net.org/reviews, p. 2. I rapporti tra maestro e allievo si raffreddano molto durante il periodo nazista: Schmitt tra l'altro aveva rifiutato l'appoggio per uno studioso di origine ebraica, appoggiato da Forsthoff [M. STOLLEIS, *Leiden an der Bundesrepublik*, in *Rechtsgeschichte*, 13 (2008), p. 202; *Forsthoff-Schmitt Briefwechsel*, cit., p. 9]; altre testimonianze sul diverso atteggiamento dei due studiosi rispetto al nazismo in B. RÜTHERS, *Überlebende und überlebte Vergangenheiten. Zwei Starjuristen einer Diktatur unter sich*, in *Myops*, 4 (2008), p. 69 s. Sul rapporto tra Schmitt e Forsthoff si segnalano i lavori di Florian Meinel: F. MEINEL, *Review Essay – Ernst Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law* (Recensione di Christian Schütte, *Progressive Verwaltungswissenschaft auf konservativer Grundlage. Zur Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs*, Berlin 2006), in *German Law Journal*, 8 (2007), pp. 785-800 e soprattutto l'ampia monografia ID., *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit*, cit., spec. p. 36 ss. Una traccia del (temporaneo) distacco di Forsthoff dallo Schmitt apertamente nazista si rintraccia nella dura critica che rivolge alla costruzione schmittiana dell'ordinamento concreto: E. FORSTHOFF, *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik* (1940), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1971, p. 42. Non manca l'ambiguità: dopo aver asserito che la teoria dell'ordinamento concreto introdotta da Schmitt nel 1934 «ha il merito di aver nuovamente acuito lo sguardo» sui rapporti tra diritto materiale e potere formativo del giudice (p. 29), Forsthoff le rivolge un duro attacco, ma senza nominare più Schmitt, discorrendo di «uso ipertrofico» della parola ordinamento (p. 42).

¹¹² Come icasticamente scrive, recensendo la pubblicazione del loro carteggio, Michael STOLLEIS, *Leiden an der Bundesrepublik*, cit., pp. 205-207; sulla posizione di Schmitt D. VAN LAAK, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens*, cit., p. 142 ss.: «già soltanto pronunciare il nome di Schmitt negli anni Cinquanta era una provocazione» (p. 150). Sul contrasto tra le scuole di Carl Schmitt e Rudolf Smend: F. GÜNTHER, *Denken vom Staat her*, cit., p. 112 ss.; C. MÖLLERS, *Staatstheorie: Grundzüge ihrer rechtswissenschaftlichen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland (TransState working papers*, n. 63, Bremen, 2007), <http://hdl.handle.net/10419/24975>, p. 12 ss.; O. LEPSIUS, *Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre*, in C. GUSY (Hrsg.), *Weimars lange Schatten. Weimar als Argument nach 1945*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 354-394.

¹¹³ C. MÖLLERS, *Staatstheorie*, cit., p. 17.

¹¹⁴ C. SCHÖNBERGER, *Werte als Gefahr für das Recht?*, cit., pp. 76 e 81 s. Cfr. E. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, cit., p. 19 s. Critica specificamente il concetto di interpretazione di Forsthoff (ricordando tra l'altro Emilio Betti e Karl Larenz) A. HOLLERBACH, *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?*, cit., p. 175 ss.

In tal senso, scriveva Forsthoff, il *Grundgesetz*, intorno al quale faticosamente si ricostruiva la legittimità di una nazione che aveva partorito l'orrore nazista, non era una vera costituzione proveniente da una decisione politica fondamentale, secondo il modello schmittiano¹¹⁵, ma il risultato «di uno stato di debolezza senza pari, conseguenza della devastazione della guerra perduta»¹¹⁶. C'era in questa strategia di immunizzazione del diritto dalla Costituzione tutta la nostalgia per il capo, per la forza che decide e dà simbolo e forma alle proprie fantasie¹¹⁷. Se la Costituzione fosse davvero tale – egli pensava – essa sarebbe chiara e non cadrebbe in mano agli speculatori etici, religiosi, scientifici, come invece è accaduto sotto la tirannia dei valori.

Una costituzione, che sia espressione di una decisione, ha quel grado di evidenza, che è immanente ad ogni decisione. Situazioni e costituzioni, invece, che sono il mero risultato di situazioni, si offrono quali oggetti di speculazione ideologica¹¹⁸.

Ciò in quanto

l'essenza giuridica di una costituzione consiste in ciò che essa decide (e non in ciò che regola)¹¹⁹.

Al *Bundesverfassungsgericht* si rimprovera di aver assecondato il progressivo scivolamento verso modelli di argomentazione propri di altre discipline scientifiche. Prova e difetto principale di questa deriva argomentativa è la concezione del *Grundgesetz* come sistema di valori, a denunciare i quali Forsthoff invoca sempre la *Tyranei* di Schmitt. E poi aggiunge:

Se si intende la costituzione come un sistema di valori o anche soltanto come una combinazione di valori, si trasforma la costituzione da strumento giuridico di ordine politico in un programma sociale. Naturalmente i diritti fondamentali sono al centro di questa trasformazione costituzionale, poiché il pensiero per valori può essere praticato fondamentalmente solo per i diritti fondamentali. Ciò corrisponde ad una mentalità politica che si è rassegnata¹²⁰.

La discesa nel sociale dall'empireo politico-giuridico schmittiano è una caduta agli inferi, indice di uno spirito fiacco, che non marcia più in difesa della tradizione ermeneutica, che si è rassegnato. Torna la solita formula, tanto amata da Schmitt:

¹¹⁵ C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), Berlin, Duncker & Humblot, 1983, p. 23; trad. it. *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, p. 41. Cfr. I. STAFF, *Sul concetto e la funzione del diritto costituzionale materiale in Italia e in Germania*, in *Scienza e Politica*, 3 (1990), pp. 3–13; M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 15 (1986), pp. 691-719.

¹¹⁶ Forsthoff aveva il poco ammirevole coraggio di scrivere così nel 1971: E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft, dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck, 2. Aufl. 1971, p. 61. Al lettore italiano tornano in mente le parole sprezzanti di Emilio Betti, che bollava le «enunciazioni programmatiche» o le «illusorie formule di compromesso tra i partiti» contenute nella Costituzione italiana come «epifenomeni della disfatta»: E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), Milano, Giuffrè, 1971, p. 313.

¹¹⁷ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen* (1932), 6. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 11: il politico è la possibilità di distinzioni chiare, «die Möglichkeit eindeutiger, klarer Unterscheidungen».

¹¹⁸ E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, cit., p. 67. La ripetizione di «situazioni» (*Lagen*) è nell'originale. Probabilmente una svista; o una mal riuscita iterazione per svilire ancor più qualcosa che sia un insieme di «situazioni di situazioni».

¹¹⁹ E. FORSTHOFF, *ibidem*.

¹²⁰ E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, cit., p. 67 s. Si contrappongono la stabilità della legalità e la mutevolezza dei valori: E. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassunauslegung*, cit., p. 27. Una critica, soprattutto con riferimento agli attacchi che Forsthoff aveva rivolto a Rudolf Smend, in A. HOLLERBACH, *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?*, cit., p. 168 ss., il quale ricorda che i valori non sono criptogiusnaturalismo, ma soltanto superamento della tendenza a ridurre ogni problema giuridico ad una dimensione così ridotta da far perdere di vista le connessioni di senso ordinamentali.

Pensare per valori ha la sua propria, specifica logica che nulla ha a che fare con le regole, consolidate e sperimentate, dell'ermeneutica giuridica¹²¹.

La *eigene Logik* dei valori è indicata come un feticcio; è il nome del Male, di ciò che sta divenendo la scienza giuridica contemporanea e si contesta. I valori erano i tiranni che dichiaravano ad un modello di scienza giuridica la sua dissoluzione. Eppure, per dirla alla Forsthoff, il risentimento degli sconfitti ha una sua propria lucidità. Hanno passato la vita a costruire discorsi per il potere, a confezionare collane di parole dove forme giuridiche e sostanze politiche si concludono in sequenze naturalmente oppressive; hanno, forse, creduto che questo fosse obbiettivamente il ruolo del giurista¹²². Sono addestrati come nessun altro a riconoscere le ipocrisie categoriali, le correnti di potere che scorrono sotto le parole e le potenzialità distorsive di ogni discorso. Nella catastrofe del positivismo – e delle ipocrisie discorsive che il modello, prima delineato, della doppia chiusura assecondava – Schmitt e Forsthoff hanno inteso che la dissoluzione del paradigma autoritario tradizionale non rimuove l'autoritarismo insito in ogni discorso giuridico. E che sostituire la narrazione della sovranità statale, della politica organica, con quella dei valori – e dell'educazione democratica alla ragionevolezza di ogni scelta del potere, in quanto frutto di bilanciamento di valori – era una strada che non cancellava gli obiettivi egemonici che i loro vecchi discorsi praticavano in forme piuttosto diverse.

Intuizione, quest'ultima, molto interessante; ma la strada era del tutto sbagliata. Non aveva senso cercare di contrastare il nuovo corso ammonendo il giurista dell'indisponibilità della tradizione¹²³. Ci sarebbe voluta una critica radicale dei procedimenti discorsivi della scienza, un'analisi dei processi comunicativi interni al sistema giuridico¹²⁴, della sua attitudine a reagire alle sollecitazioni esterne e della necessità che la dottrina asseondi la sovversione infrasistemica.

Non bastava una veloce carrellata di posizioni attribuibili a Rickert, Weber, Scheler, Hartmann (molto distanti tra loro)¹²⁵ per “confutare” (non una posizione teoretica, ma) una prassi comunicativa¹²⁶: i ‘valori’ dei quali si fa comunicazione nel sistema giuridico non sono i ‘valori’ di altri sistemi sociali (morale, politica, economia) né i ‘valori’ dei

¹²¹ E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, cit., p. 68. Cfr. C. SCHMITT, *Tyrannie*, cit. (3. Aufl.), pp. 10 e 34, in apertura e chiusura della lunghissima *Introduzione* (più lunga del residuo testo).

¹²² Un «giurista scomodo», in lotta con le altre scienze, «agli antipodi dello specialista»: E. FORSTHOFF, *Il giurista scomodo* (1953), in Id., *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 78. Nello scritto di qualche anno prima egli accostava pensare per valori e diritto naturale, criticando di entrambi l'arbitraria variabilità di contenuti: considerare la costituzione «espressione di un sistema di valori o di un sistema di diritto naturale» ha quale conseguenza la «svalutazione della lettera e della struttura concettuale della Costituzione»: E. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, cit., p. 28.

¹²³ «Non c'è pertanto alcun bisogno di gettar via con la dissoluzione del positivismo – sulla necessità storica e metodica del quale non c'è dubbio – anche questo *organon* giuridico[le regole tradizionali di interpretazione n.d.t.], praticando la libertà nel metodo di determinazione del senso della Costituzione. In tal modo è rimosso lo specifico giuridico di questa determinazione di senso, poiché null'altro caratterizza il giurista in quanto tale che il metodo da lui perseguito e del quale egli non può disporre»: E. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, cit., p. 40.

¹²⁴ A. FISCHER-LESCANO e R. CHRISTENSEN, *Auctoritatis Interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie*, in *Der Staat*, 44 (2005), pp. 213-242.

¹²⁵ Piace qui ricordare un ampio volume, che ci sembra ingiustamente dimenticato: C. Rosso, *Figure e dottrine della filosofia dei valori*, Napoli, Guida, 1973, pp. 127 ss. (Rickert), 245 ss. (Scheler), 261 ss. (Hartmann); ricordiamo, inoltre, la fine analisi di G. MARINI, *Sui conflitti di valore in Weber*, in *Filosofia, religione, nichilismo. Studi in onore di Alberto Caracciolo*, Napoli, Morano, 1988, pp. 511-531, dalla quale per contrasto si intende il trattamento piuttosto superficiale di Weber nella *Tyrannie*.

¹²⁶ Mette bene in luce la differenza tra critica della filosofia dei valori e critica della loro recezione giuridica C. SCHÖNBERGER, *Werte als Gefahr für das Recht?*, cit., p. 73 ss.; insisteva sulla necessità di «operazionalizzare» le norme della Costituzione sui diritti fondamentali mediante il loro contenuto di valore sistematicamente inteso, in diretta polemica con Schmitt e Forsthoff, A. HOLLERBACH, *Grundwerte und Grundrechte in der Gesellschaft und im Staat*, in E. CORECCO et alii (Hrsg.), *Les droits fondamentaux du chrétien dans l'église et dans la société*, Fribourg, Editions Universitaires, 1981, p. 818.

discorsi che entro tali sistemi si riproducono. La Corte costituzionale tedesca non è un “autore” della storia della filosofia, ma un decisore del sistema giuridico: così è per qualsiasi giudice, i cui discorsi sono analizzabili e criticabili unicamente all’interno delle pratiche comunicative intrasistemiche.

La reazione di Schmitt si traveste di preoccupazioni per il dibattito giuridico mediante le quali egli, con la consueta ambiguità, cerca di pescare consensi in molteplici direzioni. Il ripudio dell’aggressività dei valori piace oggi a molti liberali soddisfatti, la denuncia del loro economicismo (la retorica del valore ridurrebbe tutto alla logica quantitativa, alla numerazione della pecunia) piaceva ieri ai marxisti – nell’espulsione dei valori dal diritto si convincevano dell’«autonomia del politico»¹²⁷.

L’accusa di «intrinseca aggressività» dei valori suona oggi come una variante lessicale della violenza metafisica denunciata dal pensiero debole, ma andrebbe collocata nelle strategie di Carl Schmitt, il quale, dopo aver avvelenato la botte dei valori, volle sedercisi sopra per impedire a chiunque di accedere¹²⁸. Schmitt non stava anticipando il postmoderno, ma voleva soltanto perpetuare il proprio arcaismo politico, il suo desiderio di Sovrani e l’insignificanza della società civile: il «popolo» poteva funzionare soltanto attraverso il «movimento»¹²⁹. Pensiero di uno Stato forte e orrore dell’autonomia sociale costruita attraverso il diritto privato: ciò che gli faceva orrore nell’applicazione diretta non erano gli esiti pseudoveritativi, violenti, che una giurisdizione in nome dei valori può senz’altro portare, ma lo stravolgimento del diritto e soprattutto, il fatto che ciò segnasse il principio di una rivoluzione nella giuridicità. L’attuazione dei diritti mediante applicazione giudiziaria della Costituzione è il segno di

¹²⁷ G. ACCAME, *Presentazione*, cit., p. 14 s.: «Perciò Schmitt suscita tanti e così disparati consensi in chi, da sinistra a destra passando per il centro, sta volentieri al gioco di prendere come dato freddamente scientifico il paludamento di risentimenti e aversioni su cui per motivi diversi si trova a coincidere. È il luogo di incontro ideale per molte forme di insofferenza e di opposizione. Compresa la rabbia di quei moderati, che non riuscirebbero a riconoscersi nelle forme istituzionalizzate di opposizione al sistema, ma lo disprezzano dal di dentro». Cfr., in particolare, G. DUSO, *Tirannia dei valori e forma politica in Carl Schmitt*, in *Il centauro*, 2 (1981), p. 157 ss.

¹²⁸ Sull’ambiguo atteggiamento di Schmitt di fronte ai valori nelle sue opere precedenti, C. SCHÖNBERGER, *Werte als Gefahr für das Recht?*, cit., p. 77 s.; T. GAZZOLO, «Valore» e «limite» in *Carl Schmitt*, cit., p. 432 ss., il quale ricorda tra l’altro la testimonianza di G. KRAUSS, *I miei ricordi di Carl Schmitt*, trad. di A. Caracciolo, in <http://carl-Schmitt-studien.blogspot.com>, 7 aprile 2006: «Quando combatteva la “neutralità davanti ai valori”, allora egli aderiva in tal modo ai “valori”. Ma per il resto rifiutava sempre la parola “valore” e cadeva in una sorta di agitazione, se qualcun altro la usava. Soltanto lui poteva usarla! Allora nessuna parola gli veniva meglio in mente». Era del resto più che intuitivo reagire alle astratte accuse di aggressività dei valori ricordando la concreta aggressività delle posizioni assunte da Schmitt nel periodo nazista: lo fece, con giusta intransigenza, Karl Löwith in un articolo pubblicato sulla *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (in critica ad una edizione parziale e non autorizzata della *Tirannia* apparsa contemporaneamente sul medesimo giornale), che può leggersi adesso in A. SCHMITZ, *Zur Geschichte einer Kontroverse, die nicht stattfand. Karl Löwith und Carl Schmitt (mit einem Dokument von Karl Löwith, „Max Weber und Carl Schmitt“ (FAZ vom 27. Juni 1964))*, in *Zeitschrift für Kulturphilosophie*, 1 (2007), pp. 365-383. Löwith aveva già fortemente attaccato il decisionismo schmittiano al suo primo apparire: Hugo Fiala (pseudonimo di K. LÖWITH), *Politische Dezsionismus*, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, IX (1935), n. 2, pp. 101-123; trad. it. *Il concetto della politica’ di Carl Schmitt e il problema della decisione*, in *Nuovi Studi di diritto, economia e politica*, VIII (1935), pp. 58-83; ulteriori versioni in K. LÖWITH, *Critica dell’esistenza storica*, tr. it. Napoli, Morano, 1967, (*Il decisionismo occasionale di Carl Schmitt*), pp. 113-161 e Id., *Decisionismo politico*, in *Nuovi Studi Politici*, 1977, pp. 3-36. Su queste vicende cfr. C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, pp. 81-160.

¹²⁹ L’oblio della derivazione nazista di questo concetto [per come è costruito da C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, in Id., *Principii politici del nazionalsocialismo*, trad. di Delio Cantimori, Firenze, Sansoni, 1935, pp. 173-231: il movimento è l’«elemento politico dinamico», «che sorregge lo Stato e il popolo, penetra e conduce» gli altri due: p. 184 s.] è rilevato da G. AGAMBEN, *Che cos’è un movimento*, *Uninomade* (29.01.2005) [disponibile on line (www.egs.edu) ma non in italiano]. Scindere la politicità del movimento e l’impoliticità del popolo è un modo per creare nemici: «Where there is movement there is always a caesura that cuts through and divides the people, in this case, identifying an enemy. This is why I think we must rethink the notion of movement, and its relation with the people and multitude» (G. AGAMBEN, *ibidem*).

un mutamento nelle dinamiche politiche¹³⁰ (pur sempre costruite secondo il modello discensionale: c'è un'autorità che riconosce e concede, rispondendo dall'alto alle richieste dal basso), rappresenta un momento di pluralizzazione dei poteri giuridici in contrasto con l'accentramento praticato entro la formula dello Stato (che, dietro la simbologia del Parlamento, è uno strumento di egemonia del Governo, con uno schema che si ripete a tutti i livelli del potere, centrale e locale). Il sistema giuridico ha così elaborato una diversa strategia di adeguamento alla complessità sociale, una nuova forma di diffusione dell'autonomia individuale che si rafforza rafforzando l'autonomia del sistema.

La consapevolezza della potenza dissolutrice dei valori ci immunizza dalla tentazione di considerare l'attuale stato dei discorsi intorno ai diritti fondamentali e alla loro attuazione mediante la giurisprudenza costituzionale una struttura non soggetta alla destituzione del tempo¹³¹. Possiamo ben dire che oggi i discorsi sui diritti fondamentali e la Costituzione per valori rischiano di diventare uno stanco libro dei salmi amministrato da corti supreme, che si immaginano provviste di un dominio morale che non possiedono e da un circolo di officianti cantori laureati, blasonati dalle lodi che vicendevolmente si distribuiscono. Ma questo è inevitabile e, soprattutto, non ha nulla a che vedere con le critiche di Schmitt.

Quel che è incomprensibile e irritante nel suo argomento è l'identificazione tra violenza e logica dei valori, affermata come se fosse un'evidenza indiscutibile: una concezione del valore come impegno di onore e virtù, nel quale bisogna perseverare sempre, fino alla morte, propria o dell'avversario (concezione che affascinerà pure qualche pseudosamurai garrulo e impotente, ma la cui rozzezza è degna della più triviale e ottusa idiozia da truppa); là dove ciò che conta veramente, quando si discute di valori, è chi ne amministri il codice, chi decida cosa sia valore e violazione. Insomma, il problema è, come sempre, non meramente epistemico, ma soprattutto istituzionale¹³². Così come fa molta differenza se per diritto naturale si intenda la libera ricerca della giustizia, una dottrina amministrata da una chiesa o occupata da un tiranno, è decisivo (per usare un termine che è caro al Commendatore) se i valori siano predicati da un potere che ne assume il monopolio o discussi liberamente senza che ad alcuno sia possibile conquistarne la semantica. Nessun discorso orientato alla prassi può essere compreso al di fuori delle istituzioni entro le quali esso si svolge; se poi un discorso diviene la "firma" di un potere, organizzato in un'istituzione soggettivamente chiusa, allora sono costituite le strutture per la violenza disgregatrice. Tutto il contrario, in una società nella quale non vi sia né un solo discorso dei valori, né una molteplicità di discorsi segregati da istituzioni che in essi si riconoscono per differenza dalle altre istituzioni e dai loro diversi discorsi, né una *élite* di sacerdoti pronti a certificare identità ("tu sei con me perché sei nel mio discorso") o inimicizie ("tu sei contro di me perché sei fuori dal mio discorso").

La critica di Schmitt non soltanto è fuori bersaglio, in quanto concepisce i valori come fucili per sparare agli avversari e non come mere strutture della comunicazione¹³³, ma è

¹³⁰ Sulla rivendicazione dei diritti fondamentali come momento politico del sistema giuridico (in una concezione che nega l'esistenza di un sistema politico come tale, distinto dal sistema di governo, e tuttavia vede la politica dappertutto) P. FEMIA, *Against the 'Pestilential Gods'*, cit., p. 265 ss.

¹³¹ Ormai la funzione dei diritti fondamentali nella società globale è la protezione dell'autonomia comunicativa, la difesa contro la minaccia delle «matrici anonime»: G. TEUBNER, *Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure*, in *Der Staat*, 45 (2006), p. 188 ss.

¹³² P. FEMIA, *Inimicizia costituzionale, competenza ermeneutica, retorica del sospetto*, in ID. (a cura di), *Interpretazione in funzione applicativa e legittimità costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, p. 659 ss.

¹³³ Per questo tipo di critiche, esemplare, P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 787 ss. Si tratta di un serrato confronto con le tesi di N. IRTI, *Quattro giuristi del nostro tempo*, (1998), in ID., *Scuole e figure del diritto civile*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2002, p. 434 ss.; il discorso del quale deve essere compreso nell'ambito delle sue sensibili valutazioni sul ruolo dell'ideologia politica (N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia*

soprattutto gravemente mistificante, poiché oscura l'essenziale: che il significato del discorso regolativo non può essere compreso al di fuori delle istituzioni che lo servono e se ne servono. Da questo punto di vista diviene chiarissima la differenza con quanto da noi proposto: i valori non sono segni di identità di gruppi (firme dei discorsi) né risorse assicurabili al monopolio di qualsivoglia potere o istituzione e soprattutto – è il passaggio più radicale – *non sono discorsi né norme*. Tutte le volte che qualcuno se ne impadronisce, cerca cioè di tiranneggiarne la semantica, trasforma i valori in norme, tradisce quindi il loro carattere (il loro essere un divenire dissolutore, un flusso che non si ferma in un oggetto, un divenire che nessuno può possedere perché nessuno può interrompere) e fa uso improprio dei valori per nascondere l'applicazione di norme implicite¹³⁴. I “valori tiranni” sventolati da Schmitt sono quindi non valori, ma norme che nascondono la propria aggressività dietro la facciata dei valori. Norme di classe o di ceto, strumenti di esclusione e di divisione, forma tipica delle quali è “questi sono i *miei* valori”, “in questi valori riconosco la *mia* identità” e sciocchezze del genere: si noti la transizione dalla logica del divenire, della dissoluzione, propria dei valori, all'individualismo proprietario del “mio/nostri” che si costituisce mediante l'esclusione di nemici che non hanno valore in quanto non possiedono la norma né potranno mai accedervi (un po' come quando vogliamo squalificare qualcuno, dicendogli “non è *cosa* tua”, cioè: non conoscerai mai né applicherai le regole di un agire conforme alla *cosa*).

Schmitt resta prigioniero, e vorrebbe imprigionare noi con lui, nella violenza della gabbia metaforica nella quale ha declinato la propria ideologia aggressiva, l'opposizione amico/nemico: egli pensa che le norme siano oggetti di proprietà, che debbano essere amministrate da un sovrano senza dover giustificare le proprie scelte per via giuridica¹³⁵, che la normatività sia un nulla se non è occupata da un potere¹³⁶ e che

politica, Roma-Bari, Laterza, 2008). Abbiamo seguito una medesima strategia di risposta – argomentativa e non semiotica – in P. FEMIA, *Valori normativi e individuazione della disciplina applicabile*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, Esi, 2005, p. 521 ss.; sul dibattito cfr. M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale*, cit., § 7; un percorso affine in A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, 2006, p. 170 ss. Per quanto ci riguarda, non rinneghiamo la strategia argomentativa seguita negli scritti prima citati (purché non si accolga un'idea messianica del bilanciamento, nel quale si annidano pericolosi frammenti di tirannia); pensiamo tuttavia che senza una radicale svolta semiotica non ci si metta al riparo dalla categorizzazione egemonica dei discorsi né dal pericolo di oggettiva sacralizzazione del reale che mediante le retoriche sulla tirannia dei valori si consegue.

¹³⁴ In tale costruzione non trova spazio il discorso sovversivo del diritto in nome dei valori – non giuridici – che fondano il diritto *ab externo*. Emerge l'ambiguità delle costruzioni che poggiano la Costituzione su accordi politici materiali tra forze dominanti, dove si mescolano naturalismo e impotenza giuridica di fronte alle egemonie politiche. Così, dopo aver configurato una genesi del giuridico nel politico, nella quale «ceti e forze» lottano per affermare i propri valori e in tal senso costituiscono gerarchie e ordini sociali, sottomette la legge ai valori C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto tra Costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2 (1973), p. 516, corsivi aggiunti: «È questo che spiega il fenomeno *immanente* in ogni ordinamento statale delle deroghe, delle sospensioni, delle temporanee rotture dell'ordine legale, riuscendo *inevitabile* che il mezzo ceda al fine, la legge ai valori nei quali essa trova la propria ragione». Non bisogna confondere la funzione autosovversiva infrasistemica e le retoriche sovversive, dette politico-costituzionali, ma in realtà extrasistemiche: la prima indica la necessità che il diritto rinnovi se stesso contrastando le egemonie al lavoro entro i discorsi (e contro la comunicazione assiologica); la seconda resta vittima dell'ambiguità insita in un uso autoritario del concetto di valore, come entità posseduta da un Soggetto (nel caso prima esaminato da una comunità), padrone di un discorso e guardiano dell'egemonia sociale che lo costituisce. L'autosovversione non ha padroni, né soggetti, ma è figlia della lotta interiore dei sistemi.

¹³⁵ Vale a dire: per una via giuridica che non sia quella della sussunzione. Tra le circostanze che devono aver spiazzato Schmitt nella transizione al costituzionalismo e alla *Drittwirkung* del secondo dopoguerra deve aver rivestito un ruolo non secondario il crescente discredito per la raffigurazione della sussunzione quale operazione tipica del ragionamento normativo, secondo coordinate critiche che non erano quelle della contestazione portata avanti dal diritto libero (il *Freirecht* era l'orizzonte culturale degli anni della sua formazione e le sue stesse prime opere furono collocate dai contemporanei in questo quadro metodologico), ma si muovevano sul piano della giustificazione dell'agire pratico mediante connessione di regole (legali) e principi (costituzionali). Questa volta non gli bastava criticare sussunzioni nella *Rechtsidee* secondo l'abitudine del primo Novecento, ma occorreva impegnarsi in una critica complessiva della

questa occupazione sia l'essenza politica decostruttiva di ogni autonomia del sistema giuridico.

Il possesso del valore da parte di un gruppo o di una istituzione e l'assoggettamento del valore alle procedure della sovranità sono il modo con il quale Schmitt vorrebbe rimuovere il carattere dissolutorio proprio del valore, riducendo il divenire all'oggettualità dell'essere. Costruire un discorso che sia caratteristico di un sovrano (l'amministratore, il reggente del valore) significa detemporalizzare: la rimozione della temporalità è il segno del normativo, di ciò che persiste, di ciò che vige anche se non corrisponde ai fatti (la norma vige contro le sue violazioni). Possedere il valore per qualcuno (dire quando e cosa sia, come e chi debba applicarlo) significa sottrarre i comportamenti umani alla semiotica dei valori e ricondurli entro il quadro di un potere normativo e delle sue istituzioni¹³⁷, entro la detemporalizzazione del normativo.

Abbiamo prima insistito sul fatto che i valori non siano discorsi – proprio perché il discorso non si sottrae al circolo di sovranità, detemporalizzazione e normatività – ma prodotti e strutture della comunicazione. In tal senso essi non possono essere posseduti da alcuno (non sono oggetti del potere di un sovrano)¹³⁸, non identificano istituzioni, non escludono né disegnano nemici, ma soltanto comunicazioni nelle quali ciascuno

giustificazione normativa non dall'alto (il Sovrano), ma dal basso (la fondazione del giudizio pratico orientato a valori). Non bastava soprattutto tirar fuori frasi ad effetto come la non sussumibilità dello stato di eccezione: così C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), Dritte Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1979, p. 19: «Die Ausnahme ist das nicht Subsumierbare; sie entzieht sich der generellen Fassung, aber gleichzeitig offenbart sie ein spezifisch-juristisches Formelement, die Deziision, in absoluter Reinheit». Adesso gli si potrebbe rispondere che tale affermazione “prova troppo”, in quanto sono non riconducibili al modello sussuntivo cose assai più semplici e meno preoccupanti dello stato di eccezione, vale a dire tutti i giudizi pratici che richiamano principi. Sul rapporto tra decisione e sussunzione in Schmitt pregevoli indicazioni in A. CALABRESE, *Colpa e decisione negli scritti giuspenalistici di Carl Schmitt (1910-1912)*, in *Logos. Rivista del Dipartimento di Filosofia “A. Aliotta”*. Università degli Studi di Napoli Federico II, n.s. 7 (2012), p. 45 ss.; cfr. anche O. BEAUD, *Diritto naturale e diritto positivo negli scritti giuridici giovanili di Carl Schmitt*, in *Diritto e cultura*, 5 (1995), p. 83 ss.

¹³⁶ «Die Einheit und Ordnung liegt in der politischen Existenz des Staates, nicht in Gesetzen, Regeln und irgendwelchen Normativitäten»: C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 10.

¹³⁷ Contestare che il diritto si fondi su norme non impedisce quindi a Schmitt di dimostrare l'inattaccabilità delle norme prodotte politicamente dal sovrano.

¹³⁸ È questo il grande equivoco nel quale cade (meglio: intende lasciarci cadere) Schmitt. Egli riconosce (*Tyrannie*, 3. Aufl., cit., p. 40 s.; ID., *Tirannia*, ed. Becchi, cit., p. 53 s.) di aver preso la formula da Nicolai Hartmann, ma ne travisa il senso, poiché in Hartmann il riconoscimento di una tirannia dei valori, del loro poter divenire strumenti di fanatismo, si accompagna al riconoscimento della necessità del limite, oltre il quale nessun valore ha più valore: N. HARTMANN, *Ethik*, Berlin, de Gruyter, 1926, p. 576 s.: «Zweitens aber liegt in allen sittlichen Werten auch prinzipiell etwas vom Gegensatzcharakter. Man erkennt das sofort, wenn man die einzelnen Werte in ihrer Einseitigkeit zugespitzt nimmt, jeden in der ganzen Rigorosität seiner Idee. Das ist nicht ein Gedankenexperiment der Abstraktion. Es gibt im Leben den Rigorismus der einzelnen Werte. Er kann sich bis zum Fanatismus steigern. Jeder Wert hat – wenn er einmal Macht gewonnen hat über eine Person – die Tendenz, sich zum alleinigen Tyrannen des ganzen menschlichen Ethos aufzuwerfen, und zwar auf Kosten anderer Werte, auch solcher, die ihm nicht material entgegengesetzt sind. Diese Tendenz haftet zwar nicht den Werten als solchen in ihrer idealen Seinssphäre an, wohl aber als bestimmenden (oder seligierenden) Mächten im menschlichen Wertgefühl: sie ist eine Tendenz der Verdrängung anderer Werte aus dem Wertgefühl. Solche Tyrannie der Werte zeigt sich schon deutlich in den einseitigen Typen der geltenden Moral, in der bekannten Unduldsamkeit des Menschen (auch des sonst nachgiebigen) gegen fremdartigen Moral; noch mehr im individuellen Erfasstsein einer Person von einem einzigen Wert. So gibt es einen Fanatismus der Gerechtigkeit (fiat iustitia pereat mundus), der keineswegs bloß der Liebe, geschweige denn bloß der Nächstenliebe, ins Gesicht schlägt, sondern schlechterdings allen ^[576/577] höheren Werten. [...] In diesem Sinne läßt sich sagen, alle sittlichen Werte haben auch ihren Widerhaken – zwar nicht an sich, wohl aber für den Menschen –, eine Grenze, von der ab ihre Herrschaft im Wertbewußtsein aufhört wertvoll zu sein. Es kehrt damit ein axiologisches Motiv an ihnen wieder, das wir aus einer anderen Wertesphäre her genugsam kennen. Tätigkeit, Leiden, Freiheit, Vorsehung, Vorbestimmung sind nur in der Grenzen wertvoll, in denen der Mensch Tragkraft für sie hat». Cfr., anche, ID., *Zur Grundlegung der Ontologie*, 4. Aufl., Berlin, de Gruyter, 1965, p. 286; sul punto E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 2ª ed., 1993, p. 275; A. DA RE, *Tra antico e moderno. Nicolai Hartmann e l'etica materiale dei valori*, Milano, Guerini, 1996, p. 283 ss.

può inserirsi con ulteriori comunicazioni per proseguire, interpretare, mutare, contrastare la comunicazione stessa¹³⁹. Ecco perché sono soltanto segni: nessuno può occuparne la semantica, nessuno può pretendere di aver detto una volta e per tutte quali siano i valori, quale sia il loro significato: essi sono e restano segni – la significazione (l’attribuzione di significati a segni) è già il passaggio al normativo, la transizione dalla semiotica assiologica della comunicazione alla semantica normativa dei discorsi. Per questa ragione non ha alcun senso parlare di applicazione del valore – e meno che mai di imposizione, come fa Schmitt¹⁴⁰ (i poteri si impongono, i valori comunicano) – al modo delle norme (inclusi i principi): i valori non costruiscono né fondano regole¹⁴¹, ma le destituiscono, ne contestano la vigenza. I valori quindi non si applicano, ma si costituiscono nella comunicazione. “Applicare un valore” è un’espressione impropria per indicare che il processo comunicativo si è consolidato in un discorso che, contestando una regola vigente, ne introduce una diversa e incompatibile. L’applicazione è quindi la transizione al normativo, l’assunzione di responsabilità di noi uomini interpretanti¹⁴².

Con le antenne sensibilissime di ogni vero militante alimentato dall’odio di classe, Schmitt aveva intuito che nell’apertura dei discorsi del potere alla riflessione comunicativa alimentata da valori sarebbe andato smarrito il suo progetto di egemonia nichilista fondata sul culto di chi vince, il decisore eccezionale. Quando salmodiava in favore di uno sciagurato tiranno in camicia bruna egli non avrebbe mai scritto della tirannia dei valori: preferiva allora ricamare concetti intorno alla legalità della bestia¹⁴³. Messa a tacere dalla Storia la sua divinità razzista, che egli credeva di avere incastonato nella trinità demoniaca di Stato Movimento e Popolo, Schmitt tentò di dominare la plebe dei lettori, filistei confusi, impressionandoli con pose da Cassandra¹⁴⁴ (una sorta di acida zitella abbandonata dal dottor Destino) e oracolando dalle vette di un affettato stile umanista¹⁴⁵. Ma dietro la dolcezza del vecchio signore scorreva la serpe silenziosa

¹³⁹ Il passaggio all’atto (l’obbedienza, la devianza, la compiacenza o la violenza) sono questioni costruite nei discorsi, presuppongono il passaggio dal valore alla norma, dal divenire all’*hic et nunc (et semper)*. Non possiamo attribuire alle strutture della comunicazione la responsabilità delle nostre scelte pratiche (che sono scelte normative).

¹⁴⁰ «Ciò perché l’essenza specifica dei valori sta proprio nel fatto che possiedono, invece che un essere, soltanto una validità. Pertanto il porre dei valori non conta niente, se non lo si impone; la validità deve essere continuamente attualizzata, ovvero: fatta valere, se non deve dissolversi in vuota apparenza. Chi parla di valore intende farlo valere e imporlo. Le virtù si esercitano; le norme si applicano; gli ordini si eseguono; ma i valori si pongono e si impongono. Chi sostiene la loro validità, li deve far valere. Chi afferma che essi valgono, senza che un uomo li faccia valere, costui vuole imbrogliare»: C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, ed. Becchi, cit., p. 54; ID., *Tyrannei*, cit., p. 41. Anche se i valori non sono essere, ma soltanto vigenza (secondo la dogmatica giuridica), Schmitt li concepisce come un essere, un’entità rivelata dalla imposizione. Ma ciò che si impone è il potere; la norma è la forma linguistica del potere; il valore ne è la dissoluzione.

¹⁴¹ Le regole e i principi emergono dalla comunicazione assiologica, non sono da essa fondati. Quando la comunicazione si consolida in discorso, c’è spazio per l’evento della nascita del normativo. Sul quale la comunicazione opera, disgregandolo. Ogni emersione normativa è il registro di una disgregazione compiuta.

¹⁴² Tali argomenti possono essere avanzati anche contro le riserve di Ernst-Wolfgang Böckenförde, per questa parte (almeno) del suo pensiero interamente dipendente da Schmitt: «*weil die Werte jeweils abstrakt und allgemein gelten, auf Totalität und Geltung gerichtet, ist jeder höhere oder Höchstwert darauf angelegt, sich auf Kosten der niederen Werte durchzusetzen. So kommt es zum Kampf der Werte und Wertungen*» (E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*, in ID., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, p. 82). Sull’affinità tra i due M. DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 117 ss.; cfr., inoltre, G. SPRENGER, *Die zivilreligiöse Dimension des rechtspolitischen Diskurses über Werte*, in E. SCHIEDER (Hrsg.), *Religionspolitik und Zivilreligion*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 138 ss.

¹⁴³ C. SCHMITT, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, in *Juristische Wochenschrift*, 1934, p. 713 ss.

¹⁴⁴ C. SCHÖNBERGER, *Werte als Gefahr für das Recht?*, cit., p. 72.

¹⁴⁵ Memorabile la faccia tosta con la quale chiude lo scritto sulla situazione della scienza giuridica europea. Il teorico razzista scrive adesso con stilizzato e vuotissimo *pathos* di diritti dell’uomo, preoccupandosi che, nel mutare dei poteri, vi sia «un modo razionale di essere uomini che non può fare a meno dei principi del diritto», tra i quali indica «un riconoscimento della persona che non venga meno neppure nella contesa e

della ferocia repressiva del conservatore, che odia il tempo (il conservatore ama il tempo dei morti, il tempo che non è piú tempo, morto con i morti) e, con il tempo, i valori che del tempo sono figura¹⁴⁶.

che poggi sul rispetto reciproco»: C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea (1943-1944)*, trad. di A. Carrino, Roma, Pellicani, p. 83; ed. originale ID., *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, Internationaler Universitäts-Verlag, 1950, p. 30: «eine auch im Kampf nicht entfallende, auf gegenseitiger Achtung beruhende Anerkennung der Person» [chissà dove dormiva questo principio quand'egli propalava la lotta della scienza giuridica tedesca contro lo spirito ebraico: ID., *Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen die jüdische Geist*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1936, pp. 14-17 e 28-34]. Questa intonazione pensosamente umanista – oltre che la solita esca, con la quale questa volta voleva acchiappare non la sinistra (con le criptocitazioni marxiste in *Tyrannie der Werte*: G. ACCAME, *Presentazione*, cit., p. 12 s.; P. BECCHI, *La critica schmittiana alla filosofia dei valori*, cit., p. 257), ma la borghesia moderata egemone nel dopoguerra – dimostra anche quanto fosse tattico il posare antiassiologico (sulle sue oscillazioni cfr. *retro*, nota 128). In ciò si misura la distanza da Martin Heidegger, del quale Schmitt ricorda l'affermazione dei valori «quale surrogato positivistico del metafisico (C. SCHMITT, *Tirannia*, cit., p. 51 s.; ID., *Tyrannie*, cit., p. 38 s.; M. HEIDEGGER, *La sentenza di Nietzsche "Dio è morto"*, in ID., *Sentieri interrotti*, Firenze, La Nuova Italia, 1997, p. 207 s.; M. HEIDEGGER, *Holzwege*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1950, pp. 209 s.), ma non quanto si legge nella *Lettera sull'«Umanismo»*, con la quale nel 1947 – in piena rinascita etico-personalista (V. WINKLER, *Moderne als Krise, Krise als Modernisierung: Franz Wieacker und die große Besinnungs-Bücher nach 1945*, in *Forum historiae iuris*, 2005, in www.forhisiur.de) – Heidegger bollava le asserzioni sul valore come privazioni della dignità, poiché con «valore» si sottometterebbe comunque un oggetto al giudizio soggettivo. Il primo obiettivo polemico di Heidegger è Rickert e la sua filosofia dei valori (al quale negli anni giovanili aveva invece reso omaggio: *retro*, nota 10); l'apparente postulazione liberale del discorso di Schmitt poco si adatta a questa tesi antisoggettivista. Ancor meno, poi, si presta agli scopi di Schmitt la contrapposizione heideggeriana tra valore e dignità [concetto kantiano qui recuperato in funzione conservatrice, accanto alla virtù: sull'identificazione kantiana tra dignità e valore, M. A. CATTANEO, *Discussione sul problema del valore tra Schmitt e Kant. A proposito della recente traduzione della «Tyrannie der Werte»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 39 (2009), p. 513 s., del quale v. anche ID., *Verità e valori nell'esperienza giuridica*, in *Sociologia del diritto*, 1984, p. 79 ss.]. Cfr. M. HEIDEGGER, *Brief über den Humanismus*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1947, p. 34 s.: «Vielmehr gilt es endlich einzusehen, daß eben durch die Kennzeichnung von etwas als «Wert» das so Gewertete seiner Würde beraubt wird. Das besagt: durch die Einschätzung von etwas als Wert wird das Gewertete nur als Gegenstand für die Schätzung des Menschen zugelassen. Aber das, was etwas in seinem Sein ist, erschöpft sich nicht in seiner Gegenständigkeit, [35] vollends dann nicht, wenn die Gegenständigkeit den Charakter des Wertes hat. Alles Wertes ist, auch wo es positiv wertet, eine Subjektivierung. Es läßt das Seiende nicht: sein, sondern das Wertes läßt das Seiende lediglich als das Objekt seines Tuns – gelten. Die absonderliche Bemühung, die Objektivität der Werte zu beweisen, weiß nicht, was sie tut. Wenn man vollends «Gott» als «den höchsten Wert» verkündet, so ist das eine Herabsetzung des Wesens Gottes. Das Denken in Wertes ist hier und sonst die größte Blasphemie, die sich dem Sein gegenüber denken läßt. Gegen die Wertes denken, heißt daher nicht, für die Wertlosigkeit und Nichtigkeit des Seienden die Trommel rühren, sondern bedeutet: gegen die Subjektivierung des Seienden zum bloßen Objekt die Lichtung der Wahrheit des Seins vor das Denken bringen» (trad. it. *Lettera sull'«umanismo»*, in ID., *Segnavia*, Milano, Adelphi, 1987, p. 301). Heidegger, sia pure al coperto della “alta” speculazione filosofica, continuava con coerenza nel perseguimento del suo progetto di distruzione dell'apparato concettuale con il quale, a suo giudizio, la modernità aveva nascosto l'Essere per sostituirlo con la maschera della persona umana: dignità e virtù sono recuperate da Heidegger (in funzione antiassiologica) proprio per la loro resistenza alla riflessione: sottoporre qualcosa alla logica del valore significherebbe a suo avviso sminuirlo – persino Dio, come valore supremo sarebbe sminuito in quanto *soltanto* superiore (e non infinitamente altro) rispetto agli altri valori. La retorica conservatrice si dice ostile alla «valutazione», ma è la «riflessione», la soggezione alla critica degli oggetti di pensiero, ciò che veramente combatte (qui la nostra lettura diverge in parte da P. BECCHI, *La critica schmittiana alla filosofia dei valori*, cit., p. 265 s.). Posta la dignità umana al centro della Costituzione di Bonn [ha fatto epoca la ricostruzione di G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystem der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs 2 des GG*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 81 (1955/56), p. 117 ss.; v. anche H. COING, *Das Grundrecht der Menschenwürde, der strafrechtliche Schutz der Menschlichkeit und das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1947, p. 641], l'identificazione compiuta nel discorso giuridico tra valore e dignità non consentiva a Schmitt di servirsi del nucleo autentico della critica di Heidegger, poiché non si poteva attaccare il nuovo corso del diritto, la *Drittwirkung*, distinguendo dignità e valore [il dibattito dell'epoca era dominato dalla costruzione di Günter Dürig, il quale costruiva sul principio della dignità un ordine di valori gerarchico del quale i diritti fondamentali erano manifestazione: cfr. G. DÜRIG, *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, in *Juristische Rundschau*, 1952, p. 259 ss.]. Sulla dignità nella Costituzione tedesca rinviamo a P. BECCHI, *Il principio di dignità umana*, Brescia, Morcelliana, 2009, p. 29 ss.

¹⁴⁶ Ciò spiega il suo successo presso tutti coloro che hanno fatto della conservazione del ruolo politico della scienza giuridica la bandiera della loro lotta contro la politica nel diritto: L. MENGONI, *Recensione a Franz*

E come figura del tempo che dissolve, i valori sono le strutture non soltanto della comunicazione ma anche e soprattutto, dal punto di vista sistemico, dell'autoriflessione. Nessun valore potrebbe prevaricare, perché per prevaricare dovrebbe essere soggetto (che domina un altro soggetto reificandolo) e non processo, trasformarsi quindi in norma e non essere più se stesso¹⁴⁷. *L'inappropriabilità del valore* (nessuno può possederlo, nessuno può farlo oggetto del proprio potere e usarlo come un soggetto storico, una figura del discorso pratico, per fare violenza) è il *principio dell'autoriflessione sistemica*: processi senza soggetto¹⁴⁸ – ma prodotti dalla frizione di sistemi linguistici (psichici e non) – orientano la comunicazione infrasistemica all'autotrascendenza¹⁴⁹. La molteplicità dei processi comunicativi di

Wieacker, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (1981), in ID., *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 212: «i valori sovente si contrappongono in relazioni di antinomia» e «sono in sé guide pericolose, che possono portare alla tirannia di una giustizia politicizzata, se l'uso corretto delle clausole generali che ad essi rinviano non sia garantito da una disciplina dogmatica cui il giudice possa attingere criteri razionali di soluzione di quelle antinomie»; Luigi Mengoni condivide pienamente la confusione schmittiana tra collisione di regole e principi. Ove è chiaro il passaggio dal timore per il pluralismo (chiamata tirannia dei valori, poiché non c'è un unico valore – quello preferito dal teoreta – così tirannico da aver sterminato tutti gli altri, cancellandone la memoria e la rilevanza nel discorso pubblico) alla pretesa di conservazione del ruolo tradizionale della scienza giuridica (discorso elitario riservato ad un ceto selezionato per cooptazione), immune dalla critica politica dei propri risultati e pronto a controllare invece i risultati dell'azione politica. Questa è la *politica del discorso dell'impoliticità* della scienza giuridica: un ceto vorrebbe controllare l'intera società (ruolo politico della scienza giuridica), asserendo che il proprio discorso, in quanto giuridico, non sia politico (cioè vuol controllare politicamente ma non essere politicamente controllato). La ragione dell'equivoco è ancor più profonda: in quanto non esiste un sistema politico in sé, ma la politica è una qualità interna ad ogni sistema (secondo le specifiche differenziazioni funzionali di ciascuno di essi). Cfr. P. FEMIA, *Against the 'Pestilential Gods'*, cit., p. 265 ss. Diversa lettura, che vuole privilegiare la posizione di Mengoni, in quanto, diversamente da Schmitt, non appiattita sul significato economico in L. NOGLER, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, in A. NICOLUSSI e L. NOGLER (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Padova, Cedam, 2007, nota 39 (si potrebbe replicare che la differenza sorge dalla posizione rispetto al discorso assiologico nel diritto – avversa in Schmitt, favorevole in Mengoni – non rispetto alla potenza del concetto).

¹⁴⁷ Sulla reificazione come «oblio del riconoscimento» A. HONNETH, *Reificazione. Uno studio in chiave di teoria del riconoscimento* (2005), trad. di C. Sandrelli, Roma, Meltemi, 2007, p. 55 ss.

¹⁴⁸ L. ALTHUSSER, *Réponse à John Lewis*, Paris, Maspero, 1973, pp. 31 e 69 ss.; ID., *Marxisme et humanisme*, in *Pour Marx*, Paris, Maspero, 1975 (1965), p. 225 ss.; ID., *La querelle de l'humanisme* (1966), in *Écrits philosophiques et politiques*, t. II, Paris, Le Livre de poche, 2001, p. 449 ss. Non mancano fondate critiche alla desoggettivizzazione (T. NEGRI, *Fabbriche del soggetto, XXI Secolo. Bimestrale di politica e cultura* n. 1 – settembre-ottobre 1987, p. 92; J. RANCIÈRE, *La leçon d'Althusser*, Paris, Gallimard, 1974, p. 221: «*La 'critique du sujet', la théorie du 'procès sans sujet', c'est le tour qui permet au dogmatisme de parler à nouveau au nom de l'universel prolétarien, sans avoir à se poser la question de savoir d'où il parle et à qui*»; su Jacques Rancière cfr. T. BOLMAIN, *De la critique du "procès sans sujet" au concept de subjectivation politique. Notes sur le foucauldisme de Jacques Rancière*, in *Dissensus. Revue de philosophie politique de l'ULg*, 3 (2010), p. 176 ss.); esse riguardano la costruzione di discorsi – in questo senso i discorsi sono discorsi di un soggetto e le azioni pratiche producono soggetti; ma prima della costruzione del discorso c'è la comunicazione assiologica e questa non può avere soggetti, perché significherebbe consumarne il significato in un'azione (l'applicazione o imposizione schmittiana del valore), mentre essa è soltanto segno inesauribile.

¹⁴⁹ G. TEUBNER, *Selbstsubersive Gerechtigkeit*, cit., p. 27 ss.; si reagisce in tal modo al pericolo che le teorie sistemiche divengano strumenti repressivi. Criticandole da questo punto di vista, Toni Negri imputava loro la «distruzione dei valori», in polemica con Niklas Luhmann: «come nella teoria neocontrattualistica avevamo visto i soggetti sfumarsi dentro un meccanismo formale di interrelazioni, così ora vediamo l'orizzonte del valore dissolversi dentro la mobilità del sistema. Al di là dello schema teorico v'è quindi un duplice meccanismo: il primo è quello della distruzione dei valori nel senso del riconoscimento che questi possono in ogni caso organizzare un elemento di blocco, di opposizione e di crisi, del processo di legittimazione dello Stato democratico-capitalistico; il secondo è un meccanismo di sostituzione dell'orizzonte stesso sul quale le contingenze si scontrano» (T. NEGRI, *Fabbriche del soggetto*, cit., p. 72). L'assunzione dei valori entro le dinamiche autosovversive del sistema costituisce non l'addomesticamento del valore ma lo scatenamento del sistema. L'insufficienza di risposte ispirate ad un vago umanesimo emerge quindi con chiarezza. Alla sfida lanciata da Heidegger e Schmitt non si può rispondere invocando l'umanità e i diritti dell'uomo, poiché è proprio per dissolvere le loro retoriche e ipocrisie che si costituisce il discorso antiassiologico; ma attraverso un radicale ripensamento dei valori, che comporti l'affrancazione dei valori dalla sfera della normatività (e soprattutto da quella della regola, come pretende di fare Schmitt, quando confonde collisioni di valori e collisioni regole: in tal senso anche R. ALEXY, *Teoria dei diritti*

critica, di scissione dei discorsi normativi – praticata infrasistemicamente, giuridicità costituita in alternativa e contro il normativo – impedisce ad un processo di paralizzarne un altro: è la porta dell’autoriflessione, la quale, diversamente dalla porta della giustizia pensata da Franz Kafka e proprio grazie a Kafka¹⁵⁰, dovremo oltrepassare.

12. Congedo

Affidiamo, come le prime, anche le ultime parole a Yves Bonnefoy. Egli ci ha insegnato che dinanzi ai segni di una voce si esita, si vorrebbe fuggir via¹⁵¹:

*J'ai reculé longtemps devant tes signes,
Tu m'as chassée de toute densité*

L'enigmatica Douve di Bonnefoy resta, nel congedo, l'evocazione di una presenza impossibile, norma che cresce custodendo l'antinomia¹⁵². Abbiamo cacciato via la voce; e adesso, con la voce ridotta in segni, continueremo il nostro viaggio tra sistemi sociali e matrici anonime dei discorsi. Verso dove? Non il Paradiso perduto delle verità nascoste, ma la Terra riconciliata nella sua potenza creatrice radicata nella finitudine: una non ipocrita coscienza dei valori, della loro instancabile dissoluzione del divenire, ci ha liberati dalla violenza della consistenza, dall'illusione di possedere i significati una volta per tutte quando sia stato scritto il Testo sacro. Non ci sono padroni né custodi nell'Intertesto. Essere cacciati dalla consistenza è la liberazione. Abbiamo indietreggiato a lungo dinanzi ai segni. Esitavamo; la loro apertura chiedeva e chiede di diventare responsabili, non bravi bambini ubbidienti ai comandi dell'Imperatore. Liberati dalla consistenza, dalla *densité*, corriamo incontro ai segni. Non sono gli scrigni di una sapienza che possiamo soltanto riconoscere, di un bene che solo per colpa nostra non abita, come dovrebbe, la terra. Sono gli strumenti della felicità o del dolore

fondamentali, cit., p. 178 s.). Sono quindi fuori bersaglio le critiche di F. BATTAGLIA, *Heidegger e la filosofia dei valori*, Bologna, Il Mulino, 1967, p. 98 ss., il quale, nel ricordare che in Heidegger tutto «ricade nell'essere e in esso si consuma» e che consuma quindi il concetto dei valori, soggiunge che «l'intuizionismo ontologico è ai danni dell'umano discorso, dell'adeguata ragione, della consapevole filosofia che quindi ne deriva» (p. 98 s.); così non è dimostrato che l'«umano discorso» sia adeguato, ragionevole, consapevole: questo può dirsi di qualunque articolazione del pensiero, anche di quelle heideggeriane. Il torto di chi dice umanità è di pretendere per sé il monopolio del bene (anche quando la sua umanità conduca a risultati disumani). Sul rapporto tra Heidegger e la filosofia dei valori cfr. anche H. MONGIS, *Heidegger et la critique de la notion de valeur*, Le Hague, Nijhoff, 1976 (ove una *Lettera*, posta a prefazione, dello stesso Heidegger, il quale ricorda la relazione tra soggettività e valore: *ivi*, p. VIII); U. REGINA, *Heidegger*, cit., p. 42 ss.

¹⁵⁰ G. TEUBNER, *Das Recht vor seinem Gesetz*, cit., p. 19.

¹⁵¹ Sono versi della poesia dal titolo *Una voce (Une voix)*:

*Ho indietreggiato a lungo davanti ai segni,
Tu mi hai cacciata da ogni consistenza*

(Y. BONNEFOY, *Movimento e immobilità di Douve*, cit., rispettivamente pp. 96 e 97).

¹⁵² C. J. ROULAND, *What's in a Name? Yves Bonnefoy and the Creation of 'Douve'*, cit., p. 318: «When attempting to decipher the significance of this strange name, the reader is constantly confronted by an antinomy, so that finally the antinomy itself becomes the allegorical interpretation of Douve's identity. (...) The law of Douve's name is, in fact, an anti-law or an anti-name. It is through a juxtaposition of opposite principles or essences – human and inhuman, fire and cold, life and death – that Douve signifies; she denotes the unnameable by being an anti-name, by naming nothing except a zero».

senza nome; amici della riflessione, nemici della genuflessione. Perché questo è il primo comandamento: non adorare i segni.

civilistica.com

Recebido em: 4.4.2014,
mediante convite.

Como citar: FEMIA, Pasquale. Segni di valori. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/segni-di-valori/>>. Data de acesso.