

Indice

Premessa	9
<i>Fatto, norma e valore. Per un'introduzione</i> di Antonio Incampo	11
I. I diritti umani e le fondamenta della <i>com-</i> <i>munitas</i>	15
II. <i>Communitas</i> e costituzione. Le (im)mutabili regole della convivenza	35
III. L'aporia del «partigiano divino» e la lotta al terrorismo	49
IV. Il positivismo giuridico tra auto ed etero integrazione dell'ordinamento Lo strano caso del codice napoleonico	61
V. Diritto e processo. Per un recupero del rea- lismo giuridico	71
VI. L'eterno confronto tra potere e diritto nel processo possessorio. Simmetrie e asim- metrie di un sistema	87
VII. Gli <i>(in)terminati spazi</i> al di là del diritto	115
VIII. Dall'insipienza del legislatore alla saggez- za correttiva della giurisprudenza	131

IX. La formazione dei giuristi oggi. Per un «sapere per fare» tra classicità e attualità	149
Per una (interlocutoria) conclusione Giuridicità del fatto e nuova idea di effettività nella dialettica tra norma, esperienza e interpre- tazione	169
Indice dei nomi	187

Premessa

Il presente lavoro rappresenta la ricostruzione del mio percorso di ricerca, maturato negli anni, percorso che mi ha portato ad indagare vari istituti e aspetti del diritto, sotto diverse visuali e prospettive personali, dal quale emerge un unitario filo conduttore, come evidenziato da Antonio Incampo nella prefazione che segue.

Si è voluto rileggere alcuni passi che hanno caratterizzato questo viaggio, passi che, in alcuni casi, denunciano la semplicità della acerba ricerca dei primi anni ma, comunque, spaziano in diversi, e a volte lontani tra loro, ambiti di ricerca.

I contributi, anche per questi motivi, sono stati, pur nel rispetto dell'originaria tesi, riletti, rielaborati e, spesso, approfonditi alla luce della propria maturata esperienza.

In ogni caso, si tratta di contributi che segnano un cammino e che denunciano la vicinanza e la naturale influenza, sia scientifica che personale, dell'insegnamento di illustri filosofi del diritto. Si percepisce chiaramente la matrice originaria data dall'insegnamento del Prof. Francesco Gentile, che mi ha consentito di muovere i primi passi e di svolgere, comunque e sempre in grande libertà, il mio percorso di ricerca e studio, libertà che veniva sempre rispettata anche in quei casi in cui il cammino mi portava a percorrere posizioni lontane e, forse anche, divergenti da quelle del Maestro.

In alcuni di questi contributi, emerge manifestamente, anche e soprattutto nell'approfondimento bibliografico, la significativa partecipazione e costante insegnamento del Prof. Franco Todescan che, con pazienza, ha seguito una parte del mio percorso.

Il risultato di alcune ricerche mette in luce, poi, il costante e benevolo confronto *autenticamente* dialettico, con il Prof. Gian Pietro Calabrò, il primo allievo del Prof. Francesco Gen-

tile, nonché i preziosi consigli e la solidale amicizia del Prof. Antonio Incampo.

In conclusione, comprendo che la raccolta dei miei lavori, anche se in buona parte riveduti e rielaborati, è stato un modo, forse originale, per ringraziare tutti coloro che mi hanno benevolmente accompagnato in questo viaggio, anche quando il mio animo mi portava a scegliere «la strada meno battuta» e, a volte, lontana dai loro insegnamenti e dalle loro posizioni, ma che non per questo e, forse, proprio per questo, non hanno mai mancato di far sentire la loro preziosa vicinanza.

Torquato G. Tasso

Fatto, norma e valore. Per un'introduzione

di Antonio Incampo

L'opera propone un percorso ampio e coerente attraverso alcuni nodi fondamentali della teoria e della prassi giuridica contemporanea, mostrando come questioni storiche, concettuali e pragmatiche si intreccino nel definire la natura viva del diritto. Un diritto che si limiti esclusivamente ai codici [*law in the book*], e non sia praticato dalle giurisdizioni, o non abbia effetti sulla realtà sociale, non è davvero tale. Ma vale anche il contrario. Il diritto in azione [*law in action*] non è cieco, e ha bisogno della dogmatica e dei suoi concetti per non disperdere il senso dei fatti giuridici. Un allievo di Kant direbbe che il diritto senza prassi è vuoto, e che l'esperienza giuridica senza concetti è cieca.

A ciò si aggiunge un ulteriore elemento decisivo nella dialettica tra norma e fatto. È il profilo etico del diritto, senza il quale l'esperienza giuridica risulta incomprensibile. La validità, infatti, non può ricondursi alla sola *Geltung* formale à la Kelsen. Una concezione puramente formalistica dell'esistenza giuridica appare oggi non solo inattuale, ma anche teoreticamente insufficiente. Basti pensare alla centralità dei diritti fondamentali e, più in generale, dello *ius cogens* universale. Genocidi, crimini di guerra, crimini contro l'umanità o di aggressione sono condotte il cui carattere antigiuridico è assoluto e innegabile. È vero, persiste un *deficit* di giustizia. I tribunali internazionali non dispongono di una forza adeguata, e molte grandi potenze non riconoscono neppure la giurisdizione delle corti sovranazionali. Eppure, è indiscutibile la natura inderogabile di tali crimini all'interno del diritto penale internazionale.

Un metodo preciso attraversa, allora, come un *fil rouge* chiaro e consapevole, l'intera raccolta di saggi, che costituisce in realtà un volume unitario, al di là delle allusioni «rapsodiche» del titolo. Al centro, come ho detto, il rapporto tra fatto e norma.

La norma richiede il fatto, e, viceversa, il fatto ha bisogno della norma. Senza cogliere la particolarità del metodo, non si comprende neppure la portata scientifica di quest'opera.

Ecco, quindi, due prospettive essenziali. La riflessione sui diritti umani è la prima prospettiva. Non è solo un *prius*, ossia il tema del primo capitolo, ma anche un *primum*, poiché rivela immediatamente la dimensione assiologica dell'esperienza giuridica. L'affermazione, infatti, dei diritti nella modernità, a partire dalla *Dichiarazione d'indipendenza americana* (1776), non va intesa come un semplice atto fondativo collocato in un determinato momento storico; essa affonda le proprie radici molto più indietro nel tempo. In altri termini, è un errore confondere, come spesso accade, la storicità dei diritti con la loro relatività. L'irreversibilità dei diritti – il convincimento che non sia neppure concepibile tornare indietro rispetto, ad esempio, al divieto di discriminazioni razziali o di genere — rappresenta, infatti, la prova più eloquente della solidità teoretica che li sorregge.

A questa prima prospettiva se ne affianca una seconda. Questa volta riguarda, appunto, il modo in cui emerge la moralità del diritto. Non sorprende la sua associazione al problema dell'incompletezza degli ordinamenti giuridici. L'incompletezza non è solo la fisiologica limitatezza di qualsiasi sistema normativo di fronte alle incognite del divenire. L'ordinamento, da questo punto di vista, messo dinanzi alla vita, somiglia a una mano che, piegandosi verso l'interno, tenti invano di toccare il proprio polso: per quanto si avvicini, non riesce mai a raggiungerlo.

Ma non è in gioco soltanto l'insufficienza di uno *Sprachspiel* – per parlare del diritto con Wittgenstein come di un «gioco linguistico» – a confronto con la continua creazione della vita. Sarebbe troppo poco per cogliere il nesso profondo tra diritto e tempo. L'incompletezza degli ordinamenti, sotto un altro aspetto, rivela l'irrequietezza del diritto nel tentativo di rispondere al meglio allo stato di indigenza dell'uomo. In questa prospettiva, l'incompletezza è lo stesso metodo attraverso cui il diritto matura, mediante l'esperienza, un fine intrinsecamente morale.

Quale la dinamica? Nella riflessione giuridica dell'Autore operano sempre un orizzonte e un limite che gli si contrappone. Dall'orizzonte ideale si scivola verso i limiti del sistema; e, a loro volta, proprio i limiti aprono nuovi orizzonti.

Nella prima direzione, i limiti sono la crisi del sistema. È il caso, ad esempio, dell'impatto del terrorismo globale sulla morfologia dei conflitti e sulle categorie giuridiche tradizionali. La natura asimmetrica e transnazionale del terrorismo incrina le distinzioni classiche tra guerra, pace e crimine, e impone una revisione dei concetti di sovranità, uso della forza e legalità internazionale.

Ma la storia del diritto è sempre l'intera storia, nelle sue dimensioni più grandi come in quelle più minute. Per questo diversi saggi affrontano le questioni più immediate. Si pensi alla disciplina delle locazioni del 1992, che mostra come l'ambiguità normativa e la divergenza giurisprudenziale possano compromettere la certezza del diritto. Analogamente, dall'analisi del diritto possessorio emerge la crisi del formalismo positivista. La sua applicazione non fa che mettere in luce l'inadeguatezza delle categorie astratte e conferma il ruolo costitutivo della pratica nell'elaborazione del diritto.

Lo snodo è sempre la giurisprudenza, ossia il «diritto in azione» da cui si è partiti. Il fatto giuridico è una costruzione concettuale mediata, frutto di selezione e qualificazione normativa della prassi. Ne deriva l'impossibilità di un sistema completamente chiuso e autosufficiente. E il mezzo più consono per questi passaggi è l'interpretazione, intesa come attività che dà forma e significato al diritto nel confronto tra norma e caso concreto, piuttosto che come mera tecnica astrattamente esegetica. In tale attività, l'interprete è co-autore del diritto, chiamato a ricomporre l'ordine giuridico nelle situazioni reali, con un compito etico e istituzionale che superi la rigidità del formalismo.

Poi c'è l'orizzonte che si oppone ai limiti. La direzione ora s'inverte: dalla crisi del sistema a nuovi orizzonti. Ogni potere di revisione è sempre nei termini in cui è modificabile l'assetto costituzionale. Ha ragione l'Autore a distinguere nettamente le modifiche formali dalle trasformazioni sostanziali che incidono sull'identità materiale della Costituzione, interrogando così

il confine decisivo tra revisione e potere costituente. La Costituzione, insomma, prima di tutto. Senza questo confine, l'esperienza giuridica torna ad essere cieca. E forse definitivamente.

Unità del sapere giuridico

Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Serie I. Editore A. Giuffré, Milano

1. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*. Atti del Convegno (Bari, 21-22 maggio 2004, Facoltà di Giurisprudenza), 2005.
2. Angiola Filipponio (a cura di), *Verità e normatività*, 2005.
3. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Unità del sapere giuridico ed eterogeneità dei saperi del giudice*, 2005.
4. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, 2006.
5. Giuseppe Spagnolo (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*. Atti del Convegno (Bari, 26-27 maggio 2006-2007, Facoltà di Giurisprudenza), 2007.
6. Vincenzo Garofoli (a cura di), *La sentenza della Corte Costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione*. Atti del Convegno (Trani, 2-3 febbraio 2007, Hotel S. Paolo al Convento), 2007.
7. Miranda Zerlotin, *Diritto originario in Erik Wolf*, (con la traduzione italiana dell'opera di Erik Wolf, *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf*), 2008.
8. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Unità del sapere giuridico e poliformismo normativo*, 2008.
9. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'udienza preliminare e il contenimento dei tempi processuali*, 2008.
10. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*. Atti del Convegno (Bari, 29 novembre 2008, Villa Romanazzi Carducci), 2009.
11. Angiola Filipponio/Aldo Regina (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro*. Atti del Convegno (Bari, 20 giugno 2008, Facoltà di Giurisprudenza), 2010.
12. Angiola Filipponio/Vincenzo Garofoli (a cura di), *In ricordo di Franco Cipriani*, 2010.
13. Vincenzo Garofoli/Antonio Incampo (a cura di), *Verità e processo penale*, 2012.

Serie II. Editore Cacucci, Bari

14. Antonio Incampo/Wojciech Żełaniec (eds.), *Universality of Punishment*, 2015.

Serie III. Editore Cacucci, Bari

15. Antonio Incampo/Adolfo Scalfati (a cura di), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, 2017.
16. Lucio Franzese/Antonio Incampo (a cura di), *Potere e libertà al tempo delle emergenze/Power and Freedom in the Time of Emergencies*, 2021.
17. Piero Marra, *Per una moralità procedurale del diritto. Considerazioni attuali a partire da Lon L. Fuller* 2022.
18. Domenico Siciliano, *Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*, 2023.
19. Antonio Incampo/Maria Antonella Pasculli (a cura di), *Partecipazione, rappresentanza e crimini di genere. L'obiettivo 5 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite*, 2024.
20. Leonardo Di Carlo, *La validità tra identificazione, applicatività e concetto di diritto*, 2024.
21. Maurizio Sozio, *Dall'opinione pubblica all'infosfera. Linguaggio, diritto e pubblicità in J. Habermas*, 2025.
22. Torquato G. Tasso, *Rapsodia del Diritto. Percorsi diacronici di Filo-sofia e Teoria Generale del Diritto*, 2026.