



IL DIRITTO COME STRUMENTO DI COMPARAZIONE

GIORGIO LICCI

La tesi che intendo formulare prende le mosse dalla convinzione che la comparazione giuridica non si risolve in un confronto che ha per oggetto il diritto, ma presenti anche una dimensione di confronto che si attua mediante il diritto.

Così come la ricerca dello storico non ha per oggetto le vicende storiche, bensì il profilo storico delle vicende, parimenti la comparazione è giuridica non perché confronta esperienze giuridiche, bensì perché utilizza il diritto come filtro teorico e teoretico, cioè come lente e chiave di lettura per confrontare realtà extragiuridiche.

La dimensione della comparazione giuridica di cui intendo parlare era incoativamente presente nel pensiero di Bachofen e nella sua interpretazione della civiltà greca, formulata attraverso le categorie del diritto materno e del diritto paterno, categorie che costituiscono il punto di partenza obbligato del mio discorso.

Quella di Bachofen è una comparazione antropologica, come tale guardata con sospetto dai giuristi, come spesso avviene quando uno studioso del diritto cerca di emanciparsi dal microcosmo della legislazione locale per aspirare ad una conoscenza universalizzante.

Come noto, Bachofen è un romanista, allievo di Von Savigny e comparatista per necessità, come tutti i giuristi elvetici, obbligati dalla *suissitude* a confrontarsi col diritto intercantonale. Ma come avviene ai giuristi di maggior respiro culturale, Bachofen, muovendo da una peculiare esperienza giuridica, approda ad un tipo di comparazione dove il diritto abbandona la riduttiva dimensione in cui lo colloca la tradizione giuspositivistica e assume una nuova veste.

In questo contesto, il diritto diventa un preciso filtro teoretico, capace di propiziare la lettura della civiltà greca come luogo dello scontro fra il diritto delle madri e il diritto dei padri.

La traduzione abituale dell'opera fondamentale di Bachofen, scritta nel 1861, è 'Il Matriarcato', traduzione etimologicamente ineccepibile, perché *αρχή* significa, in primo luogo, principio, ma filologicamente inopportuna, perché la capacità allusiva del segno linguistico tende a dissociarsi dal contenuto significativo, evocando un fenomeno ben diverso da quello considerato, al quale Bachofen riserva invece il vocabolo 'ginocrazia'.

Il *Mutterrecht* di Bachofen, come noto, ha ben poco a che vedere con la questione del potere femminile; si tratta invece di un confronto fra concezioni del mondo e della vita. La tragedia greca diviene così leggibile come l'espressione di uno scontro fra un diritto



materno, tellurico, egualitario e giusnaturalistico ed un diritto paterno, solare, aristocratico e giuspositivistico.

Elementi caratteristici del primo, espresso dal culto di Demetra, sono la centralità dei legami di sangue, l'accettazione del destino e dei fenomeni naturali, il predominio del sentimento, la paritetica posizione di tutti i figli, in quanto generati dalla stessa madre, e di tutti gli esseri umani, in quanto generati dall'unica madre-terra.

Elementi diacritici del secondo, espresso dal culto di Apollo, sono la centralità dei legami di autorità e di stima, il predominio del pensiero razionale, lo sforzo eroico di modificare i fenomeni naturali e di confrontarsi col destino.

Sono troppo noti gli esiti di questa dicotomia sull'interpretazione della tragedia greca e, in particolare, dell'Agamennone, dell'Edipo Re e dell'Antigone. Non mi soffermerò pertanto su questi aspetti, ma tengo ad annotare che uno schema sotto certi profili analogo presiede a tecniche di comparazione ben più attuali, come quelle che gli antropologi adottano nelle loro ricerche sul campo. Penso, in particolare, alle ricerche africane di Francesco Remotti e alla distinzione, fra i modi di essere di popoli reciprocamente confinanti: il confronto fra gli Efe, uomini della giungla, per i quali la vita è natura, e i Lese, paladini della cultura razionale, in lotta per emancipare l'essere umano dal mondo naturale, arginando artificialmente l'avanzare implacabile della foresta che li circonda e li minaccia, è di sapore squisitamente bachofeniano.

Nel caso i miei interlocutori fossero colti dal dubbio che non il diritto in sé, bensì le concezioni giuridiche costituiscano lo strumento della comparazione cui alludo, posso prevenire questa obiezione accennando al rapporto fra diritto e simmetria.

Il punto di partenza è il celebre, quanto enigmatico, frammento di Anaximandros, secondo il quale, la vita, emergendo dall'essere, commette ingiustizia e deve pagare il fio.

Come noto, le traduzioni del frammento prospettate da Nietzsche e da Heidegger sono profondamente diverse, ma dalle differenze è possibile astrarre un aspetto che solo il giurista può cogliere con precisione.

Al di là del linguaggio forense adottato da Anaximandros, (...*διδοναι δικην*....), dal frammento emerge che *ἄπειρον* (cioè il senza confini), nella sua indeterminatezza, è vulnerato dalla nascita della vita, perché l'esistenza, sporgendosi fuori dall'essere, genera asimmetria e perciò *ἀδικία*.

Compito del diritto è ristabilire la simmetria e la giustizia. E poiché solo il nulla è simmetrico, il diritto, nel ristabilire *ἄπειρον*, nega la vita. Chi nasce deve tornare inesorabilmente al nulla o alla totalità originaria di cui è parte.

Questa esigenza di ricomporre la simmetria, nel suo duplice aspetto di ritorno al nulla o di ritorno al tutto originario, è presente, come ha rilevato Vittorio Mathieu, nei versi 1340 e 1350 del Faust goethiano, là dove Mephistopheles afferma che Nulla c'è che nasca che non meriti di essere dissolto, per confessare, subito dopo, di essere "una parte della parte che, un tempo, era il TUTTO".

Del resto, nella mitologia germanica, il peccato originale è la *Trennung*, la scissione, la separazione dal tutto. L'in-dividuo, nel distaccarsi dall'unità indifferenziata dell'essere, pecca



di ego-ismo, ma l'*ego* è necessariamente votato a dissolversi nuovamente nell'unità dell'elemento primordiale.

Di questo postulato metafisico è intessuta tutta la tetralogia wagneriana a partire dal tema dell'acqua, l'elemento da cui tutto deriva e a cui tutto ritorna.

La ricostruzione della simmetria originaria, che passa attraverso il *nich mebr sein*, evocato nel Tristan, culmina nella IV scena del *Rheingold*, quando Erda la *Ur-Mutter*, profetizza allo sconcertato Wotan che tutto ciò che è finisce: «Alles was ist endet».

Ma il centro della questione non è l'annuncio che neppure gli Dei sono immortali e che anche su di loro incombe l'oscuro giorno del crepuscolo.

Il punto centrale, per quanto ci interessa, è un altro: tutto il ciclo del *Ring*, letto mediante il filtro del diritto, è un conflitto fra l'*élan vital* e la simmetria dell'ordinamento giuridico.

Non a caso, Wotan rimane imprigionato dal diritto che egli stesso ha posto.

Non a caso, Siegfried infrange la lancia di Wotan su cui sono incise le rune del diritto.

Non a caso, l'amore di Siegmund e Sieglinde è doppiamente antiggiuridico, perché adultero e incestuoso.

Non a caso, il genocidio dei Velsi viene compiuto dai Neidingen, cultori della legge e della morale farisaica.

Ho speso il termine 'farisaico', forse con un eccesso di disinvoltura, di cui farò ammenda tra poco, per introdurre l'ultimo ambito di analisi cui voglio accennare: la comparazione fra mitologie e religioni.

Procedendo ad una ricostruzione semplificante, i modelli di religiosità costituiscono fenotipi di un più ristretto gruppo di genotipi fondamentali.

Precisamente, esistono genotipi di religioni non giuridiche e genotipi di religioni giuridiche.

Il primo modello è costituito, per esempio, dalla religiosità di Krishna e di Budda.

Al secondo modello rispondono il politeismo greco e il monoteismo delle religioni rivelate, eredi della riforma di Akkenaton.

Lo schema giuridico che presiede al paganesimo greco è quello del diritto privato: il credente è appunto *iste qui credit*, colui che vanta un credito verso il Dio.

Il contenuto del rapporto è sinallagmatico: *do ut des*.

Emblematiche, in merito, sono le parole di Crise nei vv. 40 – 43 del I canto dell'Iliade (che voglio richiamare nella mirabile traduzione del Monti):

« Se di serti devoti unqua il leggiadro
tuo delubro adornai, se di giovenche
e di capretti io t'arsi i fianchi opimi,
questo voto m'adempì; il pianto mio
paghino i Greci per le tue saette ».

Emblematico del secondo modello è il fenotipo ebraico: Dio è un *Sippenführer*, legislatore e giudice, dispensatore di comandi e di sanzioni. Qui il modello è penalistico: alla



trasgressione dei comandamenti, cioè ai peccati, conseguono misure sanzionatorie punitive individuali e collettive.

In questo sistema di precetti eteronomi irrompe, per lo più incompresa, la rivolta antiggiuridica di Gesù.

I dialoghi fra Gesù e i suoi interlocutori di cultura farisaica sono casi emblematici di comunicazione paradossale.

Il coltissimo ceto dei farisei ha elaborato raffinatissimi ragionamenti giuridici per districarsi fra le centinaia di precetti della religione ebraica: in particolare ha tematizzato il problema del concorso apparente di norme.

A fronte dei due precetti apparentemente contraddittori di curare gli infermi e di astenersi da qualunque attività durante il sabato, la dottrina farisaica distingue le malattie croniche, rispetto alle quali prevale il precetto del riposo del sabato, dagli incidenti e dalle malattie acute, rispetto alle quali è lecito intervenire anche il sabato.

La replica che il sabato è fatto per l'uomo, riportata da Marco, Matteo e Luca, esprime la tendenza, costante nel pensiero di Gesù, ad opporsi all'anticipazione razionalistica ed astratta della fattispecie per preferire la risposta dettata, nel caso concreto, dalla percezione della fratellanza umana, corollario della comune discendenza divina.

Dunque, in base all'impiego del diritto come filtro teoretico, emerge che Gesù non contesta i contenuti concreti, bensì la giuridificazione della religione, la sua positivizzazione in dogmi e precetti, frutto di una mentalità che utilizza l'ossequio alla legge come garanzia per la propria coscienza.

La metanoia cui allude Gesù consiste nell'emancipazione dalla religione del diritto e, *a fortiori*, dal formalismo giuridico: la conversione non è fare intellettualmente proprio un sistema di dogmi e di precetti, bensì realizzare che il prossimo è costituito da fratelli, destinatari del nostro rispetto e del nostro amore, indipendentemente dalla circostanza che un'Autorità superiore ci imponga di rispettarli e di amarli (infatti, il primo comandamento, l'amore, è un non-comandamento, perché nessuno può costringere ad amare).

Qui finisce il mio discorso: la tesi che ho sommariamente delineato con pochi esempi, necessariamente sintetici, costituisce una risposta cognitivista all'interrogativo se i ragionamenti e le categorie comparatistiche siano in grado di produrre conoscenza.

Contro le posizioni non-cognitivistiche, dominanti nel pensiero contemporaneo, ancora condizionato dall'ipoteca del divisionismo neokantiano e neopositivistico, ritengo che le categorie giuridiche possano avanzare una pretesa cognitivista, cioè abbiano la capacità di produrre conoscenza, in quanto capaci di attribuire significati attraverso schemi significanti.