



diritto & religioni

Semestrale
Anno XI - n. 1-2016
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

21



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno XI - n. 1-2016
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli (†)
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

Alla moda eppure modernamente inattuale *Francesco Finocchiaro positivista scettico*

MARIO RICCA

Dieci anni. Da dieci anni la voce – sempre rara a sentirsi – di Francesco Finocchiaro tace. Giace da dieci anni la sua penna. Lui non è più tra noi. E noi, io in questo caso, possiamo solo ricordarlo. Vieni da chiedersi quale sia il modo migliore per farlo. Da vivi? Per forza – direbbe qualcuno. Da morti è difficile ricordare qualcuno o qualcosa. Eppure, avvertire uno iato, una frattura tra noi e chi si ricorda, non aiuta, anzi rischia di creare un diaframma, una barriera d'incomprensione. Chi ricorda non dovrebbe sentirsi diverso da chi non c'è più. La ragione di ciò è duplice. Per un verso, presto o tardi non ci sarà neanche lui. Per un altro, si vive solo nel ricordo o nell'immaginazione altrui. Vivere ed esser vissuti ha un significato, per gli umani, solo perché qualcun altro legge questa esistenza, la rappresenta, la interpreta. Diversamente l'esistere si dileguerà nel silenzio, nel nulla, frammento del succedersi d'innumeri istanti; un frammento che potrebbe anche non essere mai accaduto – se non fosse che qualcuno, dall'alto del futuro, lo ricorderà per capire se stesso.

Capire noi stessi, appunto, ecco il senso del ricordare e il fondamento della continuità tra noi e chi non c'è più. Si ricorda per capirsi. E quanto più “chi è stato” aiuta in questo compito, dunque è ri-scoperto come decisivo per l'autocomprensione di “chi vive”, tanto più *sarà stato*, poiché è *ancora in e farà parte di* un futuro-presente.

Per ricordare qualcuno sarebbe preferibile essere già morti, pensando che qualcuno leggerà (forse...) quando non ci saremo più le parole con le quali stiamo ricordando chi – come noi – non c'è più. Un esercizio impossibile nella realtà ma senz'altro praticabile con l'immaginazione. Così, in una sorta di fuga in avanti di sguardi retrospettivi si guadagnerebbe la possibilità di vedersi riflessi nel ricordo altrui, generando una sorta di continuità temporale e di senso tra il nostro pensare e quello di chi manca. Sentirsi *sulla stessa barca* – quella dell'Acheronte – dona misteriosamente un nuovo

senso di vita comune, un comune destino, appaiandoci in una sorta di eterno presente. Se praticato, questo sentire da agenti assenti, e soprattutto *esenti*, consentirebbe di articolare giudizi più spassionati e non commemorativi, autentici e non troppo severi benché senza sconti: tutto questo semplicemente perché l'appartenenza comune al *passato*, all'*esser passati*, sarebbe comunque fonte di reciproca pietà. A fuochi spenti tutto si ridimensiona e i meriti come i difetti non appartengono più alle persone ma alla storia di tutti.

Una parte di Francesco Finocchiaro è tra noi proprio perché lui non c'è più e, forse, con il suo *esser stato* ha portato via una parte di ciò che *era stato* il diritto ecclesiastico prima di lui. *Eguaglianza giuridica e fattore religioso*, la sua monografia del 1958, rappresenta – vista dall'alto dell'oggi – uno spartiacque. Con quel volume, Finocchiaro tracciava una mappa. Il sestante per operare i calcoli era la Costituzione, la *nuova* Costituzione della Repubblica. Il territorio la legislazione positiva: quella vigente e quella che si sarebbe dovuta emanare – secondo l'autore – per allineare il tessuto legislativo al dettato costituzionale. Variazioni dal 1958 a oggi certo ne sono intervenute. Tuttavia in quel testo si apriva e si chiudeva, come in una parabola, l'orizzonte della riflessione ecclesiasticistica che sarebbe seguita almeno fino all'inizio del nuovo millennio.

Finocchiaro ha incarnato e impartito una lezione positivista, strutturalmente potenziata dall'entrata in vigore della Costituzione. A svanire dal raggio del suo dire giuridico erano le valutazioni di teoria generale del diritto. Valutazioni e ragionamenti così caratteristici della riflessione ecclesiasticista sviluppatasi dalla fine dell'Ottocento sino ai primi anni Cinquanta – fatta eccezione per la voce da epigono, proveniente da un'altra epoca e forse da un'altra cultura, di Cesare Magni. Negli scritti di Finocchiaro, la teoria generale del diritto sembra evaporare perché riassorbita nel dato positivo della Costituzione scritta, assunta come regolo dei rapporti tra Stato e Chiesa, fede e ragione, religione e diritto. L'adozione di questa nuova unità di misura e d'interpretazione aveva, in questo autore, una ragion d'essere profonda. Essa coincide con la necessità scientifica – avvertita con nitore quasi weberiano – di de-ideologizzare, di rendere quanto più possibile a-valutativa la riflessione sulla regolamentazione normativa delle relazioni tra la dimensione spirituale e organizzativa dell'esperienza religiosa, da un lato, e il diritto prodotto da una società democratica, dall'altro.

Finocchiaro, se collocato nel suo tempo, appare come un giurista *alla moda*. Il suo *modus iuridicus* è *modernus*, intendendo “modernus” nel suo significato originario derivato dall'uso medievale dell'avverbio latino *modo*¹:

¹ Il primo a utilizzare in un testo scritto il termine moderno, secondo le ricostruzioni filologiche, fu Papa Gelasio. Cfr. WALTER FREUND, *Modernus und andere Zeitbegriffe des Mittelalters*, Böhlau-Verlag,

cioè, in sintonia con i suoi tempi, attuale. Finocchiaro è stato anche e per lo stesso motivo un giurista laico. Agganciandosi al dato positivo, è riuscito ad attraversare le diatribe e i conflitti di appartenenza, così idiomatically connessi alla riflessione ecclesiasticistica di sempre, con una sorta di *distacco ponderato*. Un distacco che pagava la rinuncia a ogni considerazione meta-positiva o teorico-generale.

Ciò ovviamente non significa che Finocchiaro non tenesse conto della teoria generale del diritto. Piuttosto dissimulava l'utilizzo di essa nell'ermeneutica del dato positivo. Alcuni esempi potranno giovare a illustrare in modo *palpabile* questo peculiare atteggiamento². Il primo non può non riguardare la concettualizzazione della libertà religiosa. Diversamente da altri ecclesiasticisti, finalmente egli supera la stantia qualificazione della libertà come diritto pubblico soggettivo, così ingolfata da rughe storiche, ideologiche e dogmatiche, del tutto fuori luogo rispetto alle *fattezze* dell'ordine costituzionale repubblicano varato nel 1948. La libertà religiosa diventa un "diritto

Köln-Graz, 1957 (trad. it. *Modernus e altre idee di tempo nel Medioevo*, Edizioni Medusa, Milano, 2001). Sia in Gelasio (*Epist.*, 14, 14, 20, 21: cfr. ANDREAS THIEL, *Epistolae Romanorum pontificum genuinae*, I, Braunsberg, 1868, pp. 370 ss., 387, 389), sia in Cassiodoro (*Cassiodori Senatoris Variae*, 3, 5, 3; 4, 51, 2, Rec. THEODORE MOMMSEN, *MG. AA.*, 12, 1894, 81, 18; 138, 8) e nei suoi scritti di poco successivi a quelli di Gelasio, il termine *modernus* indica una connotazione temporale diretta a esprimere il carattere "attuale", "contemporaneo", "appartenente al presente" di qualcosa. *Modernus*, in questo senso, ha significato più ampio dell'espressione *modernità* riferita al tratto della storia (non solo occidentale) che (approssimativamente) dal XVI secolo ha scandito l'incedere delle civiltà umane fino a oggi – nonostante le reiterate proclamazioni di una fine della modernità etichettate e segnate dal presunto attraversamento della soglia della post-modernità. A questo riguardo è utile – anche per ciò che seguirà nel testo – riportare le osservazioni svolte da Remo Bodei nel chiudere (pag. 9) la prefazione al libro di Freund sopra citato: «Se il concetto di postmoderno ha un senso, questo va cercato nel progressivo svuotamento dell'idea di *Neuzeit*, di modernità come tempo capace di autorigenerarsi incessantemente e di futuro come luogo di attese realizzabili. Il rinnovamento del presente, la sua perenne risurrezione dalle proprie ceneri, e il compimento delle utopie (regno della libertà, società senza classi) appaiono infine come una generosa illusione.

Ma davvero il nostro presente è privo di un'esperienza accumulabile e sensata perché il passato non ci insegna più nulla? Davvero non ci resta altro, a causa dello sbarramento dell'orizzonte temporale e della "privatizzazione del futuro" in seguito alla caduta delle ideologie dominanti, che ritagliarci ciascuno una fetta di cielo, rivolgendoci alle promesse di eternità delle religioni o dedicandoci a sfruttare al meglio il tempo della caducità in cui siamo immersi? Forse la modernità ha una tenacia maggiore di quello che i suoi liquidatori pensano. Il libro di Freund ci insegna a capirlo andando alle sue radici profonde». Aggiungerei soltanto l'osservazione lessicale che nel linguaggio comune italiano (ma non solo) la parola "moderno/a" è utilizzata ancora per indicare l'attualità, la contemporaneità di qualcosa e non necessariamente la sua categorizzabilità entro le coordinate della *modernità* intesa come paradigma culturale.

² Per le tesi di Finocchiaro che saranno richiamate, rinvio qui e per il seguito, oltre alla monografia *Eguaglianza giuridica e fattore religioso*, al commento agli articoli 7, 8 e 19 cost., contenuto nel *Commentario della Costituzione* a cura di GIUSEPPE BRANCA, al *Manuale di Diritto Ecclesiastico*, nelle sue diverse edizioni, alla voce *Libertà di coscienza e di religione – Diritto ecclesiastico* realizzata per l'*Enciclopedia giuridica Treccani* (1993), e agli articoli sulla laicità apparsi su «*Il diritto ecclesiastico*».

costituzionalmente garantito” e proprio per questo – cioè per via della previsione costituzionale – è *inviolabile e opponibile* anche al legislatore e alle sue scelte normative. Come giurista del suo tempo Finocchiaro non pone in discussione la completezza e l'esclusività dell'ordinamento statale, eredità della dogmatica pubblicistica ottocentesca. La libertà rimane configurata ed etichettata comunque come un *diritto*, ancorché costituzionalmente *riconosciuto*. E ciò come se non fosse possibile immaginare la categoria “libertà costituzionale” alla stregua di una figura giuridica a se stante, differente dai diritti³. Ciò nonostante, Finocchiaro si muove oltre le coordinate stataliste e articola comunque l'idea che la matrice della libertà non sia interna all'ordinamento. Il discorso mantiene tuttavia un tratto di ambivalenza. Il diritto statale è appunto tenuto a *riconoscere* la libertà religiosa, e la religione stessa, come qualcosa di esterno a esso. Eppure, ciò non è teorizzato o concepito in termini di incompletezza e necessaria etero-integrazione dell'ordinamento statale rispetto alla fonte, alla sorgente della libertà, che è appunto il soggetto umano. L'immaginario statalista/nazionalista satura ancora il cielo della giuridicità agli occhi dei giuristi positivi – si consideri che ci muoviamo tra gli anni '50 e gli anni '80 del secolo scorso. I segnali del superamento della corrispondenza tra stato e diritto ci sono tutti, già nell'esperienza concreta, eppure molti non ne traggono implicazioni pervasive, soprattutto sul piano teorico e metodologico. Nel dir questo, il mio pensiero va alle possibili valutazioni di tale osservazione da parte di futuri lettori (sigh!) di questo scritto. Probabilmente la prospettiva dell'incompletezza e dell'eterointegrazione del diritto statale sembrerà loro insufficiente. Un diritto planetario, con il superamento del paradigma della sovranità statale già auspicato da Kelsen quasi cento anni fa, potrebbe avere preso il sopravvento. Una sorta di nuovo Sacro Romano Impero – c'è da sperare né troppo sacro, né troppo impero. Lo scenario potrebbe, però, anche essere differente. La follia retrograda nazionalista – drammaticamente all'opera proprio mentre scrivo queste pagine e in spregio a qualsiasi etica cosmopolitica dei diritti umani – potrebbe vincere la propria battaglia, generando una dialettica radicale tra globale e locale, tra planetario e territoriale, foriera di effetti contraddittori e proprio per questo politicamente imprevedibili. Quali eventi potrebbero scaturire dal percorrere questi sentieri ambigui dell'esperienza (un tedesco dell'ottocento avrebbe detto: *dello spirito*) non può sapersi in anticipo. Si tratta però di un non-sapere, di un'ignoranza tutt'altro che priva di sinistri presagi. Cosa potrà dire la teoria del diritto rispetto agli eventi futuri? Come

³ Per questo diverso approccio rinvio a MARIO RICCA, *Art. 19. Commento*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di RAFFAELE BIFULCO, ALFONSO CELOTTO, MARCO OLIVETTI, Utet, Torino, 2006.

si trasformerà? L'importante, forse, è che il diritto e la riflessione sul diritto non si lascino assorbire dal farsi delle vicende politiche. Esiste una dimensione antropologica e cognitiva dell'esperienza giuridica che non può essere ridotta alla contingenza storica, con buona pace di qualsivoglia imperativista, formalista, positivista (o storicista) di turno. I giuristi sono chiamati a comprendere non solo come il diritto è ma anche come il diritto si trasforma e può riprodursi. La sua fenomenica deve essere considerata quantomeno sul medio periodo e non schiacciarsi su un'enfaticizzazione pseudo-ontologica delle contingenti curvature del presente.

Queste parole potrebbero apparire, indirettamente, una critica a Finocchiaro. E, in effetti, lo sono – inutile negarlo. Tuttavia, esse consentono di cogliere anche un aspetto tutt'altro che positivista nel pensiero dell'autore, che funziona come una sorta di *lato B*, di controcanto, di tutta la sua produzione. Da un lato, egli è senz'altro un positivista statalista. Il modo netto e concettualmente rigido di pensare la laicità, la libertà, l'uguaglianza, proprio di Finocchiaro, sembrerebbe farne davvero un giurista *alla moda* del suo tempo e, per certi versi, irredibilmente chiuso nel suo tempo. La laicità è segnata, nel suo pensiero, da una dialettica *bianco/nero* tra stato e chiesa cattolica/confessioni; la sua libertà religiosa sconosce declinazioni sociali di tipo promozionale; l'uguaglianza sembra la stessa scandita da Esposito, e cioè una dimensione forgiata dalla legge, partorita dalle norme, allo stesso modo di una soggettività giuridica circoscritta alla sola dimensione imperativa dell'ordinamento statale. Su un altro versante, però, Finocchiaro sembra nutrire nei confronti di tutto ciò una sorta di radicale scetticismo, tanto poco sbandierato quanto irriducibile. Accanto a queste letture iper-ortodosse in termini di metodologia (e persino di sguardo) positivista, egli è tuttavia anche l'assertore della primarietà e originarietà degli ordinamenti confessionali rispetto a quello statale; al tempo stesso, e conseguentemente, nega recisamente la possibilità di includere le intese tra stato e confessioni nel novero delle fonti statali o il loro inquadramento come negozi di diritto pubblico (si badi: un diritto pubblico statalista, sintonizzato sui principi di completezza ed esclusività dell'ordinamento statale); di contro, asseconda la distinzione solennemente proclamata dall'art. 7.1 cost. tra sovranità statale e sovranità della Chiesa, per poi (quasi) cinicamente osservare che la *competenza delle competenze* spetta comunque all'ordinamento dello Stato e, dunque, che l'autonomia della dimensione religiosa si giova *del* e va conquistata *sul* piano sociale, politico, nelle dinamiche *del fare* e *del farsi* della storia.

Il susseguirsi di questi esempi sembra restituire un'immagine ambivalente, persino ambigua, dello studioso. Da una parte, da positivista davvero *alla moda*, da giurista in sintonia con il *mainstream* suo tempo, egli sembra chiu-

dere tutta l'esperienza giuridica, il *dicibile* sul diritto, entro le coordinate rigidamente contingentate del dato positivo. Dall'altra, invece, sembra ancora più *demodé* di molti altri studiosi delle relazioni tra diritto e religione, impegnati nel rintracciare in questo ambito i semi di una critica, di una sorta di confutazione dello statalismo giuridico. Basterà pensare, a questo riguardo, all'approccio di Jemolo e Ruffini, intenti a sottolineare le co-implicazioni tra diritto e storia; a Santi Romano e alla sua analisi critica della corrispondenza biunivoca tra diritto e stato, condotta muovendo da un approccio socio-istituzionale al fenomeno giuridico; alle riflessioni teorico-generaliste di De Luca e Magni; fino alle declinazioni in chiave enfaticamente politologica, talvolta da *giornalismo giuridico*, dello studio del diritto ecclesiastico – queste ultime profondamente aborrite da Finocchiaro.

Se si vuole, gli aspetti più critici e innovativi del pensiero dello studioso rappresentano l'immagine speculare della sua apparente, monolitica fedeltà al credo e all'approccio positivista. Si tratta, probabilmente, di una sorta di relazione/reazione dialettica, non priva di connotazioni psicologiche, legate alla *forma mentis* profonda dell'uomo. Egli appartiene al suo tempo eppure sembra porsi fuori dal presente. Il *lato B* del suo positivismo si nutre di qualcosa che probabilmente Finocchiaro percepiva come invincibilmente connesso all'esperienza giuridica, al modo di *sentire* la vincolatività del diritto, e quindi alle sue concrete *chance* di effettività. Così, ancora, da una parte egli continuerà a vedere nella Costituzione un limite alla potestà legislativa e non un orizzonte di fini, utilizzabile in chiave critica, rispetto al quale la legge stessa, anzi le leggi si fanno mezzo, smarrendo la loro capacità – d'ispirazione liberale-ottocentesca – di tracciare l'orizzonte della normatività e della soggettività giuridica. Simultaneamente, però, Finocchiaro sembra addirittura asserire che le formalizzazioni costituzionali non possono averla vinta sul dato storico, sulla cifra semantica, di senso, di alcuni ambiti dell'esperienza umana, come appunto quella fideistica, tanto da rendere necessaria un'articolazione pluralistico-interordinamentale dei rapporti con le confessioni. Questo modo d'intendere le cose, lo spingerà a suggerire – ma forse sarebbe meglio dire: *a immaginare* – soluzioni pressoché *oniriche* alla questione dell'ordinamento di appartenenza delle intese. In ciò, egli sembra seguire lo stesso percorso compiuto da Kelsen nelle sue riflessioni critiche sulla sovranità. Un percorso che avrebbe condotto il filosofo a negare la giuridicità originaria degli ordinamenti statali in favore di un'originarietà esclusiva, perché l'unica logicamente (ma potrebbe meglio dirsi *culturalmente*, cioè secondo gli schemi di giudizio dell'autore) difendibile dell'ordinamento internazionale. Una bizzarra conversione dialettica – verrebbe da dire. Apparentemente, almeno, analoga a quella rinvenibile in Finocchiaro, che

giunge a negare l'appartenenza delle intese sia all'ordinamento statale sia all'ordinamento internazionale (poiché le confessioni non erano accettate al tavolo della comunità internazionale, eccezion fatta per la Chiesa cattolica). Una negazione multi-fronte che lo avrebbe indotto a sostenere, quasi come una sorta di *tertium datur*, una tesi del tutto priva di supporto empirico: la coincidenza dell'ordinamento delle intese con l'intesa stessa, con ciascuna intesa: una sorta di circuito autonomo dell'esperienza giuridica prodromico alla conclusione, al prender forma di ogni accordo tra stato e confessioni. Dove e come fosse rinvenibile questo ordinamento è difficile capire. Unici indizi *positivi* della sua esistenza gli asfittici testi delle intese, dove è però impossibile rintracciare i segni dell'esistenza di una base sociale, di una fattualità organizzata simbolicamente e comunicativamente, di una qualche concrezione istituzionale, in grado di supportare quantomeno l'ipotesi che si sia in presenza di un ordinamento.

Finocchiaro, però, ha una fonte ispiratrice diversa da quella kelseniana. Egli non era un neo-kantiano e probabilmente nemmeno si poneva il problema di esserlo o di prendere posizione rispetto ai problemi epistemologici alla base del neo-kantismo di Cohen o di Cassirer. Finocchiaro sapeva invece che il sentire religioso abita un circuito di senso non assimilabile a quello statale e che nessun vincolo formale avrebbe avuto alcuna possibilità di acquisire effettività nell'ambito dell'esperienza di fede. Potrebbe pensarsi che questa convinzione sia derivata dalla constatazione dei fallimenti delle tentazioni giurisdizionaliste dell'Italia liberale: una constatazione che da ecclesiasticista è quasi *naturale* formulare. E, in effetti, anche altri ecclesiasticisti avrebbero potuto far facilmente tesoro di questo sapere di sfondo, eppure non giunsero alle conclusioni *oniriche* di Finocchiaro circa l'ordinamento di appartenenza delle intese. Se è così, è perché nella mente del nostro autore – a mio giudizio – si agitava qualcosa di più profondo e vasto, seppure assecondato forse in modo persino irriflesso. Egli sembra ricondurre l'interpretazione degli articoli 8.1 e 8.3 cost., unitamente a quella dell'articolo 19 cost., direttamente all'articolo 1.1 cost. Il fondamento dell'irriducibilità degli ordinamenti confessionali e delle intese all'ordinamento statale, la loro non configurabilità quali derivazioni di questo, giace nella cifra di legittimazione di tutto l'ordine costituzionale dello stato: la volontà popolare. Finocchiaro ha ben chiaro che la volontà del popolo integrata nelle forme e nei limiti della costituzione non è la stessa che anima e legittima l'esperienza di fede e le sue allitterazioni e concrezioni giuridiche. V'è in gioco un dato sociale, antropologico, irriducibilmente diverso, che funziona da argine a qualsiasi pretesa statalista, a qualsiasi formalismo giuridico. Ne nasce una sorta di contro-formalismo autogenerato dallo stesso approccio positivista,

appunto l'*invenzione per deductionem* di un *ordinamento che non c'è*. Tuttavia, nel dimostrarsi un *positivista onirico*, proprio in questa contraddittorietà teoricamente irrisolvibile e indifendibile, Finocchiaro dimostra forse il suo vero tratto di grandezza. Mantenendosi dentro i confini di un linguaggio positivista-formalista, che riduce la soggettività a ordinamento o a implicazione di un ordinamento necessariamente presupposto, egli inserisce una sorta di verme dentro la mela del positivismo stesso. Nel far questo, lo studioso si dimostra quasi eroicamente *démodé*, eccentrico e straordinariamente più avanti di molti costituzionalisti – che non comprenderanno il senso, l'originalità, la cifra profonda di *giuridicità* custoditi nell'*aurea* auto-contraddittorietà della sua tesi sull'ordinamento di appartenenza delle intese.

Lo sguardo sul diritto di Finocchiaro, la sua intrinseca ambiguità, aveva però una matrice culturale. Non è solo sui libri che queste connotazioni hanno preso forma; non è solo di letture cartacee che si sono nutrite. Io penso piuttosto che abbiano a che fare con la sua sicilianità, per un verso, e con la sua esperienza di magistrato, dall'altro. Da siciliano, Finocchiaro aveva una perfetta consapevolezza del potere, della sua cinica brutalità, e della tragica implicazione tra potere e diritto. Al tempo stesso, però, ancora come ogni autentico siciliano (verrebbe da dire d'altri tempi) era scettico, inguaribilmente scettico. Tutto ciò sembrerebbe averlo indotto a considerare che il diritto è fondato sul potere, su un potere che si fa istituzione, autorità, *forma formata*, ma che proprio per questo conosce limiti insuperabili. Limiti che hanno a che fare con l'eccedenza del diritto stesso, del sentire che lo anima come esperienza, rispetto alle concrezioni storiche del potere. I limiti di effettività dell'ordinamento formale, dell'ordinamento statale, sono limiti che rispecchiano e sono l'eco di altri ordini della giuridicità, radicati in una co-implicazione profonda tra diritto ed etica, tra diritto e senso. Da giudice – come narrano altri partecipanti all'incontro di commemorazione da cui scaturisce questo scritto – aveva avuto modo di conoscere di prima mano i limiti cognitivi della legge scritta e la pluralità antropologica del *senso del diritto*. In Sicilia, dove da siciliano era stato giudice, tutti sanno che il potere è invincibile fin quando ci si scontra di petto con esso ma diviene fragile quando entra in contatto con l'eterno, con il fiume carsico della socialità, che ha una sua semantica intrinseca, capace di aggirare e persino ridicolizzare la contingenza dell'ufficialità, dell'autorevolezza vantata dall'istituzione costituita in ogni tempo particolare. Il senso di *vanità* di ogni impero o regno è un tratto tragico della mentalità siciliana, della sua curvatura antropologica. Un tratto spesso non compreso, come non compresa è stata la nota frase di Tomasi di Lampedusa, messa in bocca al suo Gattopardo, per cui, ogni volta, si cambia tutto per non cambiare niente. Non è (solo?) fatalismo quel

che essa rivela, e nemmeno disfattismo politico. È invece la consapevolezza di chi vive in un luogo – in una *terra*, come si dice sempre, anche se non sa si bene perché, quando ci si riferisce alla Sicilia – che ha visto trascolorare i secoli e le dominazioni, le culture e le fedi, e tuttavia rimane lì, *capace di diventare uguale a se stessa perché costretta a mantenersi sempre diversa, in grado di adattarsi*. Naturalmente si tratta di un sapere irriflesso, un sapere culturale appunto. In esso c'è qualcosa di *antigoneo*, una sorgente di libertà, di senso di libertà. La stessa esigenza libertà che Finocchiaro, il positivista, inocula silenziosamente, quasi di soppiatto, nella trama del suo lavoro da giurista.

L'irriducibilità del dato antropologico, della connessione tra senso sociale e senso giuridico, erano nitidamente percepite da Finocchiaro, tanto da trasformarlo, talora, in narratore. Come tutti sanno, benché silente circa le sue convinzioni religiose, tanto da restituire un'immagine di se stesso da quasi-ateo, Finocchiaro era molto affezionato, pressoché in modo rituale, ad alcune gestualità tradizionali di matrice indubbiamente fideistica. Ogni anno, da solo – perché la moglie si rifiutava di recarsi in Sicilia – lui faceva la sua *migrazione di ritorno* a Catania per onorare la ricorrenza dei morti. Veniva a visitare i *suoi* morti. In quelle occasioni, molti dei suoi allievi ebbero modo di fargli compagnia, d'intrattenersi con lui, fuori dai luoghi istituzionali dell'accademia. Era allora che Finocchiaro, avaro di parole – un'avarizia ritmata da un frequente “appunto”, gettato come una sincope tra i suoi silenzi e le parole pronunciate dall'interlocutore nel tentativo (spesso disperato) di riempirli – schiudeva le porte del suo universo di ricordi, con un dire emotivamente affrancato da ogni *ruolo* accademico. Proprio in uno di questi frangenti, il “professore”, parlando di matrimoni e senso dell'esperienza matrimoniale, mi narrò una vicenda napoletana connessa al periodo fascista. «Sa – mi disse con la sua voce roca e il suo accento marcatamente siculo, mai perduto – durante il fascismo davano gli incentivi per favorire il formarsi di nuove famiglie. Chi si sposava, poteva usufruire di un sussidio. A Napoli, deve sapere, la gente misera non aveva il danaro per sposarsi. Così, per raggranellare qualche sostanza, si sposava in municipio. Era, però, quello, un matrimonio per finta, una specie di fidanzamento ufficiale. Finita la cerimonia, marito e moglie, se ne tornavano ciascuno a casa dei genitori. Quindi, aspettavano un po' di tempo, in modo... *appunto* da accumulare i sussidi. Perciò, quando avevano raggiunto una somma considerata sufficiente, allora si sposavano in chiesa. E quello era il vero matrimonio!». La narrazione si concludeva con la sua caratteristica risata; un “ah” reiterato tre volte, quasi mai di più né di meno.

Parrebbe una storiella da niente, divertente. Il racconto nostalgico, tra il serio e il faceto, di un vecchio zio. E invece no. Quella narrazione rivelava

moltissimo del lato nascosto del Finocchiaro positivista. Un lato nascosto che non aveva tanto a che fare con il diritto ecclesiastico, nonostante le apparenze, ma forse più con il civilista che egli era. Un civilista assai meno rigidamente positivista di quanto superficiali lettori delle sue riflessioni di giurista si sentono, ancora oggi, autorizzati a pensare.

Ho imparato molto da quella *storiella*. Anzi, arriverei a dire che da essa traluce una velata critica al modo di pensare la modernità giuridica e soprattutto il suo universalismo, troppo spesso inteso in senso impositivo e aprioristico, calato dall'alto, anziché articolato in modo inclusivo, aperto all'induzione, all'analisi dell'esperienza e del sentire sociale al fine di scorgere le ricette cognitive necessarie proprio per consentire al diritto di riprodursi, di esprimere le sue potenzialità di senso. Scetticismo istituzionale e consapevolezza antropologica, proprio perché opposte a una conoscenza analitica e sempre coltivata del dato positivo, sono attitudini straordinariamente potenti e al tempo stesso indispensabili per *saper usare lo stesso dato positivo con smaliziata abilità tecnica*, per essere davvero giuristi *positivi*, nel senso di *costruttori di autentica giuridicità*. Chi non ha compreso e non comprende quanto Finocchiaro dissimulasse questi *saperi altri*, forse non riesce a cogliere nemmeno il suo *modo modernamente inattuale, ancorché alla moda*, di essere giurista positivo. E direi di più, nel mancare questo bersaglio si dimostra di non aver compreso i presupposti di funzionamento dello stesso diritto positivo.

Chiudo. Finocchiaro, grazie alla sua ambiguità, al suo ambivalente e scettico positivismo, dimostra d'essere stato un giurista raffinato. Queste caratteristiche gli consentirono d'essere un giurista del suo tempo e, al tempo stesso, di porsi fuori di esso. Se letto in controluce, il suo ambiguo positivismo costituisce una lezione importante per l'oggi, soprattutto per i giovani giuristi. Quel che lui dissimulava, all'ombra dell'apparente *certezza* del contesto statalista-nazionalista, costituisce al presente il terreno aperto di un necessario ripensamento dell'esperienza giuridica e delle sue coordinate, delle sue categorie. Uno sforzo necessario e immenso al tempo stesso. Rovesciando i termini, per essere anche noi giuristi del nostro tempo e fuori da esso, proprio come Finocchiaro, c'è da resistere alla tentazione del post-modernismo giuridico, dello scivolamento nella mera casistica, nella rinuncia alla razionalità costruttiva. Come a dire che oggi c'è da criticare il positivismo ufficiale al quale Finocchiaro mostrava di aderire senza però cedere alla tentazione di diventare giuristi *troppo alla moda*. C'è, appunto, da distruggere per ricostruire, da criticare e scomporre le categorie del passato per rielaborarle e ricomporle. In altre parole, bisogna riprendere la vocazione generativa di sapere, sperimentale, propria della modernità (ideale), e

tradita invece dalle curvature aprioristiche, serializzanti e dogmaticamente universaliste che su di essa sono state impresse dalla sua stessa storia.

Finocchiaro silenziosamente chiede, a chi sappia leggere in controluce i suoi scritti, d'essere *appunto...* giuristi del nostro tempo e fuori dal tempo, simultaneamente *moderni* (nel senso generale di attuali) e *demodé*. E, per quel che posso, è la stessa cosa che io stesso chiedo a chi – foss'anche soltanto uno – domani dovesse leggere queste pagine, affidandomi a ciò che egli saprà vedere dall'*alto del suo futuro*. Quello stesso futuro che penserà a Francesco Finocchiaro e a me, entrambi, già oltre la casa del tempo; quel futuro di cui passato e presente sono soltanto *conseguenze*.