

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
Dipartimento di Scienze Giuridiche



Dottorato in
Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)

Curriculum
Storico-filosofico giuridico
(XXX CICLO)

LE REALTÀ DEL DIRITTO. Istituzioni, spazi e forme della normatività

Coordinatore
Ch.mo Prof. Geminello Preterossi

Dottorando
Dr. Carmelo Nigro

Tutor
Ch.mo Prof. Antonio Tucci

Anno accademico 2017/2018

*«The pound of flesh which I demand of him
Is dearly bought, 'tis mine, and I will have it.
If you deny me, fie upon your law!
There is no force in the decrees of Venice.
I stand for judgment. Answer, shall I have it?»
(W. SHAKESPEARE, The Merchant of Venice)*

Indice

Introduzione	4
I Capitolo: Ritrarre il Sovrano	10
1. Un racconto mai interrotto: Morte del Leviatano?	10
2. Modelli della sovranità	15
3. Soggetti e strumenti del diritto globale	26
4. Nuovi equilibri internazionali	31
5. Confine e sovranità: il significato dei nuovi muri.....	37
6. Il globale come assemblaggio post-nazionale	44
7. Graduazioni di sovranità	54
II Capitolo: Panorami giuridici	61
1. Pluralismi	61
2. Il pluralismo nell'esperienza giuridica medievale	71
2.1. Diacronie	71
2.2. L'officina della prassi.....	73
2.3. Dal Diritto sapienziale alla <i>reductio ad unum</i>	81
3. Santi Romano.....	92
3.1. L'istituzionalismo.....	92
3.2. Un paesaggio plurale.....	105
III Capitolo:	111
Il reale della Finzione	111
1. Realtà e finzione.....	111
2. Mondi della specie e mondi istituiti	119
3. «Né più né meno di una libbra esatta»: la finzione del diritto tra stabilità oggettiva e adattamento specifico.....	128
4. L'istituzione della realtà: Yan Thomas	135
4.1 Uno strumento interpretativo: la <i>fictio</i> nella cultura giuridica romana	138
4.2 Lo spazio istituito e il potere istituyente delle cose.....	146
5. La realtà istituzionale tra decisione e norma.....	154
Bibliografia	163

Introduzione

Metamorfosi è forse uno dei termini che meglio descrive la nostra epoca. Non che il cambiamento sia mai mancato, come dimostra lo stesso fluire della Storia. In alcuni nodi più che in altri tuttavia, è percepibile un salto nei paradigmi dell'ordine esistente, e raramente come in questo momento le trasformazioni si susseguono, lasciando poco spazio alla stabilità: è l'epoca della «*modernità liquida*», per utilizzare la fortunata formula coniata da Bauman¹. I paradigmi del diritto non fanno ovviamente eccezione a questa tendenza, e anzi il giuridico è una delle creazioni dell'uomo che si muove oggi con maggiore rapidità e varietà. Non potrebbe d'altro canto essere altrimenti: legato a doppio filo alla vita sociale che dovrebbe regolare, non può che muoversi con essa, in parte adattando le proprie forme, in parte dirigendola, sia nel senso della conservazione che dell'innovazione.

Leggere il diritto significa allora mai come oggi, osservarlo nel suo movimento, talvolta rapido e lineare, talvolta spasmodico e imprevedibile ma sempre in cerca di una stabilità, che si fa ogni giorno più provvisoria. Oggi più che mai dunque comprendere il diritto significa accettarlo come realtà proteiforme, in costante divenire.

Tenendo fermo tale assunto questo lavoro si concentra sui movimenti più che sulle posizioni, sui salti invece che sulle continuità: ne è scaturito non tanto un viaggio quanto una sorta di peregrinare attraverso epoche diverse e geografie distanti, alla ricerca degli elementi di continuità nelle mille forme concrete di un concetto sfuggente, sia in linea sincronica che in linea diacronica.

Nella prima parte questo lavoro affronta il percorso che attraversa il moderno fino ad arrivare alla situazione che possiamo chiamare contemporanea, tentando di fornire un quadro delle trasformazioni che questo nodo epocale ha comportato. Dopo aver tracciato brevemente le trasformazioni storiche e teoriche interne all'esperienza moderna, statale e nazionale, il primo capitolo ri-allaccia quel quadro moderno con l'esperienza storico-politica attuale, evidenziando gli *adattamenti* che tale passaggio ha comportato sul piano teorico. La trasformazione in atto può ad esempio essere letta come fa Sassen sotto la lente analitica fornita

¹ Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità Liquida*, Laterza, Roma-Bari.

dal tritico *territorio, autorità, diritti*. Le trasformazioni storiche non sarebbero in altri termini che un disassemblarsi e riassemblarsi di questi tre elementi, a partire però da una sorta di eterogenesi delle capacità sviluppate dall'assemblaggio precedente. Sarebbe insomma la stessa sovranità a rappresentare un tassello fondamentale per il processo di *denazionalizzazione* e l'imporsi di scalarità nuove rispetto a quella dello Stato moderno². Un sistema di città globali, ad esempio, costruito a partire da strategie politiche nazionali, starebbe producendo una rete infrastrutturale, economica e normativa autonoma rispetto ai confini delle nazioni di appartenenza delle singole città³. Lo stesso linguaggio giuridico sta forse costituendosi in uno strumento di comunicazione e accordo dall'estensione inedita in età moderna. Favorito dalla partecipazione e dal dialogo di attori a vari livelli di formalizzazione (*law firms*, corti internazionali, Organizzazioni governative e non governative, ecc.) il diritto si allontana dalle forme chiuse e dalle gerarchie statuali, per produrre strumenti sempre più malleabili, dedicati alla risoluzione di problemi specifici e al perseguimento degli interessi di attori sempre più protagonisti⁴. Attraverso tali posizioni verrà ricostruita la trasformazione e l'alto tasso di variabilità che le forme del diritto assumono nel panorama contemporaneo.

Ciò che emerge in ogni caso, è l'immagine di un centralismo statualistico costantemente impegnato durante l'epoca moderna, a mantenere l'apparenza di unità sulla quale si fonda il suo reale potere e la sua concretissima capacità di *reductio* giuridico-politica. Nel momento in cui la pluralità deborda dalla capacità dello Stato di proporsi come sintesi, il potere sovrano è costretto a ricollocarsi all'interno di uno scenario più ampio, quello della *governance* neoliberale e dei tanti poteri emergenti che la percorrono. Ne sarebbe prova il tentativo di ripristinare l'esclusività del potere Sovrano attraverso la costruzione dei nuovi muri, autentica *messa-in-scena* del controllo assoluto degli Stati sul territorio nazionale⁵.

Il potere sovrano però non scompare, ma resta inserito all'interno di un più ampio panorama, popolato di agenti che, sempre più padroni del linguaggio giuridico-

² S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal medioevo all'età globale*, tr. It. A cura di N. Malinverni e G. Barile, Mondadori 2008.

³ S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, tr. It. a cura di N. Negro, Il Mulino, Bologna 2010.

⁴ M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006.

⁵ W. BROWN, *Stati murati, sovranità in declino*, tr. It. A cura di S. Liberatore, Laterza, Roma-Bari 2013.

normativo, sono in grado di piegarlo ai propri interessi, e di travalicare in confini nazionali. È qui che il passaggio a geografie altre rispetto a quelle occidentali si rivelerà particolarmente utile. Descrivendo le tecnologie di *zoning* in atto nel sud est asiatico, Aihwa Ong individua ad esempio una sostanziale compresenza di *governance* e sovranità. Una compresenza che trova nel concetto di eccezione la sua chiave di volta. La sovranità persiste qui come eccezione al neoliberalismo⁶ funzionalizzata alla stessa logica neoliberale, accanto ad un neoliberalismo che si pone come eccezione: in grado cioè di fungere da matrice di ordine legittimo e istituzionalizzante. Abbandonando la pretesa di generalità moderna, la sovranità si fa allora secondo Ong *graduata*, ritirandosi o estendendosi a seconda delle necessità di governo. Ciò che emergerà da tali letture è il ruolo ambivalente del sovrano contemporaneo: ancora fondamentale ma non più solo nel panorama globale.

Accanto e intorno al sovrano insomma, le pratiche esibite dalla *governance* suggeriscono la presenza di altre forme di potere: disciplina, governamentalità, biopolitica. Forme di potere inscritte nei corpi e nelle dinamiche sociali, consustanziali alle relazioni quotidiane. Tecniche di normalizzazione che «si sviluppano a partire, al di sotto, ai margini e persino in opposizione a un sistema imperniato sulla legge»⁷.

È a partire da questa produttività tendenzialmente innovante e soggettivante delle norme che il percorso approda più direttamente alla prospettiva pluralista. Il secondo capitolo parte da una breve rassegna delle possibili accezioni che l'idea pluralista può assumere, mostrando come tale prospettiva sia nel suo complesso tanto ricca di potenzialità quanto di difficile addomesticamento. Più che una prospettiva univoca infatti, il pluralismo si rivela come un insieme di approcci estremamente eterogenei, tenuto assieme dall'obiettivo polemico che con Griffiths possiamo chiamare *centralismo giuridico*⁸, e dall'idea che per leggere il fenomeno giuridico sia necessario scomporre l'unità presupposta da tale centralismo.

⁶ A. ONG, *Neoliberalismo come eccezione. Cittadinanza e sovranità in mutazione*, tr. It. A cura di M. Spanò, Volo publisher, Firenze-Lucca 2013.

⁷ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, tr. It. a cura di P. Napoli, Feltrinelli, Milano 2005.

⁸ J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, in «*Journal of Legal Pluralism*» Vol. 18, N. 24, 1986, pp. 1-55.

Da questo crocevia di possibilità teoriche il lavoro prosegue scegliendo un sentiero che trova nel concetto di istituzione il suo nucleo di avvio. Verrà ricostruito innanzi tutto il nodo storico-teorico speculare a quello della modernità, cioè il passaggio dalla lunga esperienza medievale al sorgere della sovranità e alla costruzione degli Stati nazionali. Ciò con il duplice intento di fornire un esempio chiaro di pluralità ordinamentale stratificata, e di delimitare l'altro confine storico-teorico della modernità incastonandola così all'interno del fluire di cui è parte.

Si intravede già a questo punto la centralità, nella definizione di giuridico, del legame tra le forme e i soggetti che agiscono al suo interno, o meglio che *lo agiscono*⁹: l'interazione tra soggetti, norme e spazi è in fondo il cuore di questo percorso, e lo conduce costantemente come una domanda muta.

Al fine di indagare tale rapporto nella sua dimensione dinamica e tensionistica, si utilizza il concetto di istituzione come una sorta di *relè* teorico, cioè come un dispositivo concettuale individuabile e dotato di una apparente stabilità e univocità, ma che acquista un senso solo quando inserito all'interno di un circuito dinamico, come chiusura che dando, continuità, attiva la dinamica del discorso. Tale strumento viene recuperato dalle posizioni teoriche di Santi Romano.

L'istituzione definita da Romano infatti, sembra possedere il pregio di essere assieme un elemento, per così dire, semplice, osservabile nella sua datità storica e nella sua conclusa fattualità, e insieme un oggetto complesso, ancora scomponibile nei suoi meccanismi interni e soprattutto plasmabile e adattabile dalle sue stesse dinamiche. L'istituzione insomma può essere definita alternativamente sia come scena che permette l'azione, che come complesso dell'azione degli attori.

Scomporre e ricomplexificare il concetto di istituzione, evidenziandone l'elemento autofondante, è lo scopo del terzo capitolo. Esso parte principalmente dai contributi di Gilles Deleuze e Arnold Gehlen, mostrando come l'istituzione costituisca l'ambiente necessario dell'essere umano, in quanto essere privato di una struttura istintuale in grado di fornire un significato e una direzione alle proprie azioni. Privo di un ambiente 'naturale', cioè non socialmente e culturalmente costituito, da un lato l'essere umano è indefinitamente libero da automatismi irreflessi, dall'altro è però vulnerabile in quanto mancante di una guida di senso per interpretare

⁹ A. CATANIA, *Diritto effettivo e positività*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009.

l'ambiente che lo circonda. Egli non possiede, nei termini di Deleuze, mezzi *diretti* per il soddisfacimento delle proprie esigenze.

L'istituzione costituisce così la *realtà* necessaria dell'essere umano, lo strumento indiretto per soddisfare le proprie necessità. D'altro canto però è evidente che l'esistenza di tale realtà dipenda in maniera reciproca dagli uomini che la compongono. È il loro agire in conformità con i significati di questa stessa realtà ciò che la sostanzia e la conferma: è dal potere trasformativo delle decisioni e dei comportamenti che le istituzioni ricevono concretezza, stabilità e, in altri termini, esistenza.

Attraverso la lente di questa tensione dicotomica il percorso proseguirà, tentando di inquadrare il movimento del giuridico: al contempo realtà, in quanto contesto che trascende le vite individuali, e finzione, dipendente in ogni istante proprio dalle decisioni e da comportamenti di quelle vite. L'immagine della *fictio*, mutuata dall'analisi del diritto romano condotta da Yan Thomas (un altro attualissimo salto nel passato remoto) fornirà allora un possibile ologramma¹⁰ del fenomeno giuridico. Lungi dalla pretesa, da parte di chi scrive, di restituire una esaustiva e completa ricostruzione degli istituti e della cultura romanistica, il pensiero di Thomas viene qui utilizzato per fornire al percorso una serie di strumenti utili ad inquadrare e comprendere molte delle dinamiche giuridiche contemporanee. L'immagine della *fictio* infatti, fornisce un nodo di sintesi per definire l'ambivalenza di fondo della vita giuridica, dato che l'idea di finzione da un lato contiene quella di forma, di artificio strumentale al servizio di volontà agenti¹¹, e dall'altro rappresenta una condizione vissuta comunemente come reale, *come se* fosse la verità che essa stessa nega. Dunque una sorta di *verità volontaria*, costruita, *istituita*, quindi costantemente attingibile e modificabile dall'*agere*, dall'*ex-facere* degli agenti attraverso la tecnica giuridica.

Immagine complessa, entro cui si muovono tutti gli elementi di cui qualsiasi esperienza giuridica non può fare a meno: decisione, ordine, norma. Sarà il complesso rapporto tra di essi l'ultimo *focus* di questo lavoro, grazie alla rilettura

¹⁰ M. SPANÒ-M. VALLERANI, *Come se. Le politiche della finzione giuridica*, in Y. THOMAS, *Fictio Legis*, tr. It. a cura di G. Lucchesini, Quodlibet, Macerata 2016. p. 95.

¹¹ Ciò che è finto è senza dubbio ciò che è stato creato, inventato *volontariamente* dall'uomo, ed è dunque opposto all'idea di una *verità* indipendente e inattingibile dalla *volontà*.

del concetto di diritto hartiano, attraverso quel raffinato e ricco strumentario a cui Alfonso Catania volle dare, non a caso, il titolo di «*Metamorfosi del diritto*»¹².

¹² A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari 2008.

I Capitolo: Ritrarre il Sovrano

1. Un racconto mai interrotto: Morte del Leviatano?

«[...U]n Leviatano invincibile e immortale, proteiforme come una salamandra e capace di evolvere in ogni ambiente? Un Leviatano-destino che come Moby Dick 'ci naviga addosso rollando dalle sorgenti dell'eterno'? Per nulla. Il Leviatano di Hobbes non è il simbolo del potere in generale, ma è uno specifico dispositivo di potere moderno. È un'invenzione barocca; certo, di straordinaria fortuna, ma anche mortale.

E la morte del Leviatano c'è: una morte lenta, iniziata nel XX secolo con quella che appariva la sua vittoria, cioè con la sua capacità di includere in sé ogni altra istanza, o con la violenza della sua soverchiante capacità tecnica o con la pervasiva prestazione di assistenza e di promozione dei diritti, benessere e forme di vita psichica (felicità, solidarietà, compassione). [...] Questo Leviatano autonomo e iperpotente – anche se animato da intenzioni democratiche – ha come effetto che, finché funziona efficacemente, pare rendere superflue le soggettività, presentandosi come un automatismo talmente efficace che non richiede neppure di essere voluto dai cittadini. Come un potere naturale, che si giustifica da sé e si impone da sé.

Ciò ha fatto sì che quando anche lo stesso Leviatano è stato aggredito, pochi si siano sentiti in dovere di difenderlo – nemmeno nelle avanzatissime forme della sua ibridazione con elementi di costituzionalismo –, perché la sua morte è stata vista come un processo naturale di eliminazione di una forma vecchia, a favore del Nuovo. Che altro non era (non è) se non l'economia, la forma produttiva avanzata ed efficace proprio per la quale (se non dalla quale) il Leviatano è stato creato: l'economia che, dopo essersi sviluppata nello spazio interno – sicuro, razionale, pacificato – della statualità è esplosa nei propri vettori potenzialmente globali e ha travolto, nel proprio disordine, controlli e istituzioni, confini e barriere [...]»¹³.

In queste righe, Carlo Galli fornisce una efficace sintesi di più di quattro secoli di Storia occidentale: l'ascesa inesorabile e l'apparente immortalità dello Stato,

¹³ C. GALLI, *All'insegna del Leviatano*, introduzione a T. HOBBS, *Leviatano*, tr. It. di Gianni Micheli, RCS, Milano 2011, p. XLVIII.

l'onnipotenza della sovranità, la sua capacità *proteiforme* di adattamento che (come vedremo) ha saputo crisi dopo crisi correggere, modificare e raffinare le proprie forme, per rispondere alle sfide della società che intendeva incarnare. E infine la morte lenta, il progressivo e inevitabile mutare in qualcos'altro dell'equilibrio statale, del mondo dello stato.

Qualcosa che ancora non è dato vedere. Viviamo infatti in un'epoca di passaggio, nella quale l'*eidos* specifico dello Stato moderno torna a mostrarsi per ciò che è: una forma transitoria del potere sociale, grande auto-narrazione soggetta come tutte allo scorrere del tempo. Il nostro mondo non assomiglia più, evidentemente, a quello dello stato moderno e tuttavia quest'ultimo non è certo scomparso, ma anzi continua a 'camminare' in mezzo agli uomini, in questo mondo magmatico e contraddittorio, non ancora nuovo e non più moderno. Il Leviatano lascia le sue pesanti impronte in una realtà differente dalla propria, dove '*propria*' va letto in modo letterale. Come si intuisce dal testo, lo stato non è semplicemente un attore nello spazio sociale, ma piuttosto l'Attore unico e lo spazio assieme: «automatismo talmente efficace che non richiede neppure di essere voluto dai cittadini», «potere naturale, che si giustifica da sé e si impone da sé»¹⁴. Orizzonte di senso sottratto al dubbio, sfondo sicuro e imperturbabile di ogni azione individuale.

La vicenda ha qualcosa di paradossale, come paradossale è in fondo la Storia dell'Uomo, che nella sua linearità diacronica si avvita in inevitabili circolarità e contraddizioni logiche. Il grande artificio dello Stato, macchina sovrana, «creazione barocca», produce sé stesso in un automatismo naturale, si fa paesaggio, realtà onnicomprensiva capace di far dimenticare – come tutti i meccanismi ben riusciti – la propria storicità e la propria artificialità. Da artificio della volontà a natura delle cose: se l'*auctoritas* aveva sottratto alla *veritas* il potere della legge, quest'ultima si era trasformata a sua volta in *veritas*. In fondo proprio il noto capitolo XXXVII (*Dei miracoli e del loro uso*) del Leviatano sta lì a ricordarci che è la parola del sovrano a costituire la garanzia finale circa la verità politica, perfino sugli atti divini. All'individuo, l'altro capo dell'endiadi moderna, non restava che conservare celata la propria convinzione.

¹⁴ *Ibidem*.

Il modello di un'*auctoritas* unica e centripeta ha fondato il pensiero giuridico moderno, e il diritto dello Stato è diventato il diritto *tout-court*, anche per autori notoriamente non in sintonia con la difesa della forma-Stato. La sovrapposizione di legge e norma, ad esempio, è presto diventata assoluta, favorendo l'oblio di altre forme normative e oscurando le caratteristiche comunicative e relazionali del concetto di norma a favore della sua carica imperativa. Le ricostruzioni storiche evidenziano quanto in realtà tale stato di cose sia il risultato di conflitti costanti e necessarie cooperazioni/negoziazioni tra potere politico centrale, poteri periferici e gruppi organizzati¹⁵.

Lo spazio unificato dello Stato-nazione si rivela cioè, agli occhi degli storici, come una molteplicità di istanze e differenze, tenute assieme da uno sforzo costante di accordo, sintesi, narrazione. Il mondo plurale delle esperienze premoderne fu rimodellato attorno ad una elegante e severa scissione, il cui perno divenne, nemmeno a dirlo, lo Stato: da un lato uno spazio interno, nazionale, di confini e cittadinanza, nel quale tutto è Stato, in quanto tutto deve allo Stato la possibilità della propria esistenza¹⁶; uno spazio dell'estensione, pacificato dal *pactum* e libero dalla paura provocata dallo Stato di natura grazie alla legittimazione del Sovrano. Dall'altro uno spazio esterno, internazionale, ancora e per sempre naturale in quanto non-pacificato, popolato esclusivamente di giganti, di soggetti non ulteriormente riducibili, e per questo condannati ad una condizione di minaccia perenne; una eterna guerra potenziale, e dunque reale nella logica dello stesso Hobbes¹⁷. Un mondo di solo Stato all'interno e di soli Stati all'esterno, nel quale

¹⁵ Per una prospettiva storica sul tema cfr. E ROTELLI-P. SCHIERA, *Lo stato moderno*, il Mulino, Bologna 1971; G. POGGI, *La vicenda dello stato moderno. Profilo sociologico*, il Mulino, Bologna 1978; M. FIORAVANTI, *Stato: dottrine generali e storiografia*, in ID., *Stato e costituzione*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 9-104; N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, il Mulino, Bologna 1993; M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino 1993.

¹⁶ Gruppi e associazioni sono per Hobbes i «vermi» nel corpo del Leviatano, mentre anche approcci statualistici e contrattualistici più democratici – Rousseau ad esempio – hanno visto nei corpi intermedi il pericoloso spettro della disaggregazione della infallibile «volontà generale». Il potere sovrano ha così proceduto così in vari modi, a scioglierle, neutralizzarle o almeno a disinnescarle politicamente. Il pluralismo d'altronde, come scrive ancora Galli, è «la vera arma contro il Leviatano», perché lo riduce a «minuscolo frammento istituzionale», parte di una «politica che non dipende dallo Stato né vi coincide». C. GALLI, *All'insegna del Leviatano*, cit. p. XLVI.

¹⁷ Proprio nel Leviatano infatti, al capitolo XIII, Hobbes fornisce la sua nota definizione di guerra e, per contrasto, di pace: «[...] come la natura delle condizioni atmosferiche cattive non sta solo in un rovescio o due di pioggia, ma in una inclinazione a ciò di parecchi giorni insieme, così la natura della guerra non consiste nel combattimento effettivo, ma nella disposizione verso di esso che sia

l'unico pluralismo concesso e concepibile era la moltiplicazione *ad libitum* di un solo elemento/soggetto: pluralità di Stati grazie al monismo statualistico. Ciò che diede vita alla dottrina dello *ius publicum aeuropaeum*¹⁸.

Lo sgomento causato dalle trasformazioni del XX secolo – soprattutto nella sua ultima tranche, la cui deriva approda direttamente nell'apparente caos del XXI –, lo smarrimento dovuto alla «lenta morte del Leviatano», è allora nulla più che la lenta e faticosa presa d'atto che quello moderno era pur sempre un equilibrio di forze sociali e politiche, e dunque apparente, storico, transitorio; che il diritto statale era ed è pur sempre un 'diritto positivo', legato all'azione e al pensiero di coloro che lo pongono in essere, che lo attraversano, che lo agiscono essendone agiti, che lo strutturano e ne sono strutturati.¹⁹ Questa liquefazione delle precedenti certezze è certamente un'esperienza sconvolgente ma certo non nuova, volgendosi alla Storia umana. Se non forse per la rapidità inedita con la quale la crisi²⁰ del moderno si sta attuando²¹.

Così l'interesse che l'eterogeneo discorso pluralista ha assunto nell'indagine giuridica, è il sintomo, e insieme la via, di un ripensamento necessario delle categorie del progetto moderno. Il ruolo di primo piano dell'Economia²² rivela un

conosciuta e in cui, durante tutto il tempo, non si dia assicurazione del contrario. Ogni altro tempo è pace». In T. HOBBS, *Leviatano*, cit. p. 130.

¹⁸ Cfr. C. SHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «ius publicum europaeum»*, tr. It. a cura di E. Castrucci, Adelphi, Milano 1991.

¹⁹ Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari 2008.

²⁰ Utilizzo qui il termine crisi con tutta l'originaria ricchezza semantica del greco *κρίσις*, in quanto momento di separazione e scelta, processo e giudizio. Sia come momento empirico di scissione, da un ordine conosciuto ad una situazione ancora da decidere; sia nel senso più proprio della filosofia delle idee, come momento nel quale l'insieme di idee e dottrine tipiche della modernità non appare più sostenibile, suscitando quindi l'esigenza di una dottrina nuova con cui sostituirla.

²¹ Esperienza non nuova per l'uomo, che per usare le parole di Gehlen, è un animale piantato in asso dall'istinto, aperto al mondo (*Weltoffen*). Abituato dunque e costretto, anzi abituato perché costretto, ad elaborare il proprio orizzonte simbolico perché non sta dinanzi ad un ambiente i cui significati siano articolati e istituzionalmente ovvi, ma un mondo – ossia in termini negativi, un campo di sorprese, dalla struttura imprevedibile, che va elaborato, cioè esperito, con circospezione e prendendo ogni volta misure e provvedimenti. Cfr. A. GEHLEN, *Antropologia filosofica e teoria dell'azione*, tr. It. A cura di E. Mazzarella, Guida Editori, Napoli 1990, p. 63.

²² La stessa posizione dell'economia nelle trasformazioni in atto solleva dubbi, diventando oggetto di visioni diametralmente opposte. Se da un lato essa è letta come un caos, in quanto ha scoperto di "non avere in sé la forza normativa che millantava"; C. GALLI, *All'insegna del Leviatano*, cit. p. XLIX. Da prospettive diverse essa viene letta come una logica ordinante estremamente pervasiva, dalla grande capacità di adattamento; una sorta di sovranità senza sovrano, un Dio ubiquo che non necessita di Decisione; W. BROWN, *Stati murati, sovranità in declino*, tr. It. A cura di F. Giardini, Laterza, Roma-Bari 2013.

panorama ben più ampio delle severe geometrie statualistiche, fatte di dualismi assoluti, di inclusioni hard ed appartenenze forti. La riscoperta di spazi altri rispetto a quelli costruiti dall'ufficialità, di dinamiche imprevedibili e irriducibili alla nettezza del permesso/vietato, fa riemergere una dimensione collettiva della società, ormai contratta nella cristallizzazione statuale composta da quelle *microcollettività* sacrificate nella totalizzante dialettica *Stato-individuo*. È questo senza dubbio un mutamento ambivalente, segnato da un lato dal ritorno, nel discorso giuridico, di caratteristiche pre-moderne; ma che vede anche, dal lato opposto, lo sviluppo di elementi, strumenti e dinamiche inediti, oltre che di sinergie dagli esiti imprevedibili. Contrastanti sono anche le letture di questo scenario. Per qualcuno l'arretramento dello Stato dalla sua posizione di centralità e superiorità segna un vero e proprio «ritorno al diritto» in quanto prodotto di una diffusa creatività sociale. Esso tornerebbe ad essere, in questa visione, uno strumento innanzi tutto comunicativo, piuttosto che coattivo. Altri invece non mancano di rilevare le nuove forme di esclusione, divisione e sfruttamento che sorgono da questa incertezza normativa. Sembra chiaro in ogni caso che la logica del diritto moderno, così come emersa dal «modello hobbesiano di neutralizzazione dei conflitti e delle differenze²³» vacilla, anche nella sua forma disincarnata e aggiornata del normativismo kelseniano, e ciò che siamo chiamati a capire oggi è una società nella sua complessità e frammentarietà, nella quale il diritto di matrice statuale è sempre più affiancato da un gran numero di «*agencies* giuridiche scomposte, spesso incoerenti»²⁴. Tuttavia, nella critica già in atto delle certezze sovraniste, bisogna tenere presente l'impossibilità di decretare la «fine delle forme, delle istituzioni e dei dispositivi cui il discorso politico e giuridico ci aveva abituati fino agli ultimi decenni del secolo scorso²⁵», a pena di una parzialità che ancora una volta oscurerebbe il quadro attuale nella sua completezza e complessità.

Ripensare il giuridico significa allora, senza cedere a facili entusiasmi o condanne senza appello, abbandonare modelli e grandi dicotomie per tornare ad interrogare le pratiche, gli spazi e i soggetti nel loro farsi continuo. Significa ricollocare il diritto

²³ A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 4.

²⁴ Ivi, p. 11.

²⁵ A. TUCCI, *Dispositivi normativi della governance*, in L. BAZZICALUPO-S. VACCARO (a cura di), *Vita, politica, contingenza*, Quodlibet, Macerata 2016, p. 253.

all'interno di un divenire inesausto e in buona parte imprevedibile, sottraendosi così alla tentazione di incatenarlo a definizioni essenzialiste. Significa infine tentare – con tutte le difficoltà e i limiti del caso – di seguirlo nel suo incessante polimorfismo. Qualsiasi tentativo di tracciarne compiutamente i vincoli definitivi non può che, in una dimensione sincronica o diacronica, inciampare nella sua evidente capacità di adattamento. Il diritto così, assomiglia molto al tempo nella visione di Sant'Agostino: se nessuno lo chiede, non è difficile averne un'idea. Una volta posta la domanda però, ogni certezza crolla.

Nei prossimi paragrafi si procederà alla ricostruzione delle forme assunte dal giuridico negli ultimi anni, confrontandole con il paradigma moderno, che di esse sembra essere comunque l'ineliminabile punto di partenza.

Il prossimo paragrafo sarà quindi dedicato a una breve ricostruzione della concezione moderna del diritto.

2. Modelli della sovranità

Fornendo un punto di fuga univoco per le linee di forza che attraversano il sociale, l'organizzazione del potere statale ha costituito per secoli il solido sfondo di riferimento dell'analisi teorica. Stato e sovranità, sovrapposti nella visione di una tradizione giuridico-politica che affonda in Hobbes le sue profonde e ramificate radici, hanno rappresentato il fuoco univoco di un gioco prospettico elaborato, capace di sintetizzare il complesso ambiente sociale in un paesaggio organizzato *more geometrico*. Le origini di questa visione organizzante sono note: la condizione di insicurezza e violenza lasciata dalle guerre di religione spinsero alla costruzione di un nuovo ordine politico europeo, fondato sulla divisione del potere fra soggetti politici fortemente territoriali, capaci di accentrare tutte le prerogative e i poteri sociali, precedentemente polverizzati a livelli differenti della società. A metà del XVII secolo la scena europea era pronta per gli Stati nazionali, i quali trovarono nella sovranità la fonte della legittimità.

Con il principio *cuius regio eius religio* veniva meno l'universalismo religioso di matrice papale, sostituito da quel dio artificiale rappresentato dal sovrano (il

Leviatano, appunto): potere concreto capace di monopolizzare l'uso della forza legittima entro il preciso confine normativo e spaziale della nazione. Omogeneità del territorio nazionale e gestione amministrativa della ragion di Stato (*ratio status*)²⁶. Un unico diritto, garantito dalla centralità della tecnica legislativa. Eletta a strumento principale della regolazione giuridica, la legge consentì non solo di costruire una cornice normativa comune, ma anche di regolamentare in dettaglio tutti gli aspetti della vita. Il potere giudiziario, formante centrale nel pluralismo medievale, venne relegato alla funzione ancillare di 'bocca della legge'.

Sebbene il processo di effettiva centralizzazione del potere statale e la sua costruzione dottrinale abbiano ovviamente seguito un percorso parallelo e intrecciato di interdipendenze, resta necessario conservare la distinzione tra i due piani: Sovranità e Stato in altri termini non coincidono. Pur riconoscendo il profondo legame storico e dottrinale che lega l'una all'altro, resta necessario distinguere le pratiche storiche effettive dai concetti e dalle dottrine che mirano ad una razionalizzazione. Dal punto di vista teorico Hobbes, facendo della validità un precipitato dell'autorità («*auctoritas, non veritas facit legem*») collegò saldamente il diritto alla forza, garantendone la riconoscibilità e la vincolatività: diritto sarebbe stato da quel momento la decisione sovrana, espressa attraverso la forma della legge. E sovrano, avrebbe chiosato tre secoli dopo Carl Schmitt, «è chi decide sullo stato d'eccezione»²⁷. Stato, sovranità e diritto venivano così a coincidere in una rappresentazione trascendente, che vedeva nella teologia politica il sostituto perfetto della legittimazione sostanziale fornita dalla condivisione culturale e religiosa durante l'esperienza medievale.

²⁶ Fondamentale a proposito la definizione data da Foucault: «Oggettivamente, si chiamerà ragion di stato ciò che è necessario e sufficiente affinché la Repubblica, nei quattro sensi della parola 'stato', conservi esattamente la sua integrità»; M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione, Corso al Collège de France 1977-1978*, tr. It. a cura di P. Napoli, Milano 2005, p. 185. I quattro sensi della parola 'stato' a cui fa riferimento il passo sono: stato come ambito territoriale (*dominium*), stato come «istituzione o insieme di istituzioni», stato «come condizione di vita», stato come «qualità di una cosa in quanto opposta al movimento». Per Foucault tutti e quattro le accezioni sono riferibili alla Repubblica; *Ibidem*.

²⁷ C. SCHMITT, *Teologia politica, in Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio, e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 33-35; nell'amplessima letteratura cfr. almeno C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna 2010; G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari 1996; ID. *Autorità*, Il Mulino, Bologna 2002; S. PIETROPAOLI, *Schmitt*, Carocci, Roma 2012.

La normatività forte della legge venne così legata ad un monopolio della forza legittima in capo allo Stato. La norma, come concepita dal diritto moderno, divenne principalmente uno strumento per imporre obblighi e divieti, la cui violazione è sanzionabile attraverso l'uso della coercizione legittima.

Il carattere di *ius scriptum* della legge contribuì a sviluppare «quella tradizione dell'interpretazione giuridica in chiave esegetica che ha dominato a lungo la cultura giuridica dell'Europa continentale»²⁸. La scrittura provvedeva ad una sorta di «certificazione» statutale della norma, producendo un linguaggio caratteristico del rigido modello di *civil law*, nel quale il contenuto della legge era un oggetto solido, certo, e tendenzialmente onnicomprensivo, al quale l'interpretazione giudiziaria doveva attenersi senza allontanarsi. Inoltre, il carattere scritto della legge rendeva possibile «fondere insieme il criterio (politico) della decisione, con quello (giuridico) della regola, nella cosiddetta 'norma' [...]»²⁹. Un mezzo, come nota Ferrarese sulla scia di Schmitt, per far apparire «sovraperpersonali» decisioni pur sempre personali e frutto delle circostanze³⁰. L'immagine dello Stato, in altri termini, produceva (e per molti versi continua a produrre), una scena unitaria, centripeta, formale. La efficace narrazione della sovranità provvedeva così al progetto moderno di *reductio ad unum*, attraverso gli strumenti di un diritto specifico, le cui categorie erano costruite attorno allo Stato stesso.

Nemmeno il formalismo normativista, pur rifiutando la visione assoluta del Leviatano e il sostanzialismo comunitarista del decisionismo, poté fare a meno della coercizione sovraordinata e della violenza. Sciogliendo la decisione puntuale schmittiana nel *novum* costante della *auctoritatis interpositio*, Kelsen ricondusse in ultima istanza il fondamento di validità del suo *Stufenbau* nello spazio puntiforme della *Grundnorm*, rispettando l'esigenza tutta moderna della *reductio ad unum*: sciolta la sovranità nelle decisioni autoritative a vari livelli, rimaneva l'ipotesi conoscitiva a strutturare un obbligo univoco e centripeto. Mutata l'essenza, rimane l'esigenza di un'essenza.

Dal punto di vista storico tuttavia, tale immagine rivela una progressione: se osservata nel dettaglio essa si divide in una serie di *frame* consecutivi, fra loro assai

²⁸ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 39.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

divergenti. La successione degli stadi storici del modello statale è già sufficiente per rivelarne la variabilità. Dal suo procedere si evince inoltre quanto l'apparente autonomia della sovranità sia da sempre collegata ad una costante interdipendenza del politico con altri poteri, in prima istanza quello della borghesia mercantile³¹. Una profonda interdipendenza tra forze sociali e politiche, in grado di influenzare e dare forma alle strutture normative e istituzionali. In altri termini, al di là della narrazione unitaria, la stessa possibilità di individuare nella realtà e nella teoria statale una genealogia riconduce alla natura processuale dello Stato, alla sua realtà di 'farsi' storico. Sul punto saranno di grande utilità le posizioni di Saskia Sassen, che ricostruendo l'ordine di trasformazioni successive che dal sorgere dell'assemblaggio nazionale portano al suo superamento nell'attuale assemblaggio globale, contribuiscono ad una messa in prospettiva del racconto della sovranità, fornendo l'immagine di una realtà istituzionale plurale, stratificata, le cui linee di fuga, esulando in gran parte dalla spazialità nazionale, disegnano un panorama plurale.

Ma procediamo con ordine. È necessario per il momento portare alla luce i mutamenti e le discontinuità che segnano al suo interno il lungo percorso moderno. Cinque secoli di Storia separano i nostri anni dalla nascita dello Stato moderno. Cinque secoli in cui il contesto sociale ed economico non cessa di mutare, in cui rapporti politici continuano a ricombinarsi in nuovi equilibri. Tutto avviene però all'interno del contesto spaziale e concettuale dello Stato moderno, il quale tiene fornendo un ordine teorico e pratico.

Molti sono gli strappi e gli adattamenti, anche radicali, che l'analisi storico-sociale individua entro il *continuum* evolutivo dello Stato moderno. In un primo momento un coagularsi progressivo del potere politico segna la strada che dai regni feudali, attraverso «l'organizzazione fluida e complessa denominata Stato dei ceti³²», porta al sorgere degli Stati assoluti fra XVI e XVII secolo.

Tale accentramento comporta lo sfaldamento dei corpi cetuali e l'emergere degli individui-sudditi, titolari di quel foro interno teorizzato da Hobbes e guidati dal proprio interesse economico individuale. Durante questa fase, al riparo dalla paura

³¹ Cfr. S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal medioevo all'età globale*, tr. It. A cura di N. Malinverni e G. Barile, Mondadori, Milano 2008.

³² A. CATANIA, *Lo Stato moderno. Sovranità e Giuridicità*, Giappichelli, Torino 1996, p. 9.

della guerra, sotto l'ombrello protettivo della sovranità assoluta del Leviatano «Stato e società si polarizzano»³³. Alla crescita del potere statale corrisponde cioè quella della società, soprattutto del ceto borghese, che progressivamente si autonomizza. Il secolo che separa Hobbes da Locke segna già un mutamento genetico nel cuore stesso del Leviatano: un *pactum subiectionis* che tuteli semplicemente la vita non è più sufficiente per la borghesia, che intanto si è trasformata da ceto in classe, in un classico esempio di eterogenesi dei fini³⁴. Ripensando lo stato di natura, la classe borghese espande la sfera dei propri diritti: libertà e proprietà devono così essere aggiunti al catalogo, trasformando radicalmente i compiti, i limiti e le prerogative del sovrano³⁵. È un primo rovesciamento: la società dei singoli ed eguali, prosperata all'ombra del Leviatano, non ne tollera più le limitazioni, sfida l'*Ancien Régime*, e lo delegittima³⁶.

Lo Stato assoluto diventa allora Stato di diritto, con la discrezionalità del sovrano trattenuta dalla forma-legge (*rule of law*).

Due particolari a questo punto devono essere evidenziati. Il primo: proprio il ceto borghese, alleato fondamentale del principe nella lotta contro la nobiltà, assurge ora a polo contrapposto, rivendicando a suo favore una serie di limiti alle prerogative del sovrano, rovesciando la sede della sovranità come apparirà chiaro nel contrattualismo di stampo rousseauiano, che ri-collocherà nella collettività democratica il luogo della *decisione*. Sovrano deve essere considerato a questo punto il popolo, ancora comodamente monoclasse. La borghesia si autorappresenta cioè a questo punto come soggetto collettivo (il popolo) depositario della effettiva sovranità. La volontà generale è ciò che legittima lo Stato, il quale non è altro che una sua emanazione:

«Trovare una forma di associazione che difenda e protegga, mediante tutta la forza comune, la persona e i beni di ciascun associato e per mezzo della quale ognuno, unendosi a tutti, non obbedisca tuttavia che a se stesso e rimanga libero come

³³ Ivi, p. 13.

³⁴ Cfr. G. MARRAMAO, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Bollati Boringhieri, Torino 2013.

³⁵ Cfr. J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, tr. It. A cura di A. Gialluca, RCS, Milano 2010.

³⁶ L. BAZZICALUPO, *Politica. Rappresentazione e tecniche di governo*, Carocci, Roma 2013, p. 33.

prima.' Questo è il problema fondamentale di cui il contratto sociale offre la soluzione»³⁷.

Il secondo particolare, legato al primo, è il risorgere della così detta *rule of law*. Questa va però letta in una chiave completamente diversa da quella che caratterizzava il concetto in età classica e medievale. Come scrive Tamanaha: «*In liberalism the rule of law emphasizes the preservation of individual liberty*»³⁸. Nell'esperienza democratica greca libertà voleva dire autogoverno collettivo. La legge era da considerarsi suprema in quanto espressione della tradizione e della moralità collettiva. Nel modo di vedere dei giuristi medievali, la legge era un limite al re, posto dalla comunità (*Gemeinschaft*) per la protezione della comunità. L'idea di una libertà in quanto difesa della sfera privata dell'individuo nei confronti tanto del potere sovrano quanto della collettività è nuova in questo momento storico. Nelle parole di Berlin:

«*The sense of privacy itself, of the area of personal relationship as something sacred in its own right, derives from a conception of freedom which, for all its religious roots, is scarcely older, in its developed state, than the Renaissance or the Reformation*»³⁹.

Le conseguenze non saranno lievi. Il risultato sarà infatti il consolidarsi di una netta separazione fra pubblico e privato, che diverrà uno dei caposaldi della dottrina giuridica moderna, e sarà inscritta da Bobbio tra le grandi dicotomie del diritto⁴⁰: potere pubblico, e libertà privata dovevano rimanere perfettamente separate. Le funzioni del primo sarebbero state limitate al così detto stato minimo, consentendo agli interessi privati di trovare autonomamente la propria soddisfazione.

³⁷ J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, a cura di R. Gatti, RCS, Milano 2010, p. 18; sul punto Cfr. V. RAPONE, *Totalità e democrazia: la costruzione del moi commun in Rousseau*, in A. ARGENTINO (a cura di) *Totalità e democrazia*, Editoriale scientifica, Napoli 2012.

³⁸ B. Z. TAMANAHA, *On the rule of law. History. Politics. Theory*, Cambridge University Press, New York 2004, p. 33.

³⁹ I. BERLIN, *Four Essay on Liberty*, Oxford University Press, Oxford 1969, p. 129.

⁴⁰ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 123 e ss. Grande dicotomia è per Bobbio il prodotto di un'operazione di classificazione, che sia totale in quanto vi rientrano tutti gli enti cui la disciplina si riferisce, e principale, in quanto tende a risolvere tutte le altre dicotomie. Caratteristica principale di una grande dicotomia per l'autore «l'impiego privilegiato dei suoi due termini allo scopo di delimitare l'orizzonte entro cui si iscrive una determinata disciplina», ciò che Bobbio stesso chiama «uso sistematico».

Nemmeno questo equilibrio sarebbe durato. Il moltiplicarsi delle istanze dovute alla ripluralizzazione della società avrebbe imposto all'apparato statale di intervenire in maniera sempre più pregnante nella sfera privata. L'esigenza di riconoscere l'esistenza di queste forze portò ad una serie di riflessioni sulla crisi dello Stato⁴¹. Ricostituendosi sotto altra forma, i corpi intermedi in cui si sostanziava la vita di individui concreti, tornarono a premere per la tutela di interessi sempre più specifici, che il contenitore dell'uguaglianza generale e astratta non era in grado di recepire.

Il polo sociale rappresentato come unitario si stava già frantumando in linee di forza e in soggettività contrapposte, in lotta per il riconoscimento. La pluralizzazione del polo sociale sarebbe stata definitivamente riconosciuta nel secondo dopoguerra, e sancita in diversi paesi dalla nuova ondata di costituzioni.

Il momento era maturo per un nuovo adattamento, pur se all'interno della spazialità nazionale, della sovranità e delle categorie giuridiche del moderno: mentre la cittadinanza si estendeva a contenere una nuova generazione di diritti, quelli sociali, lo Stato potenziava il proprio apparato burocratico per garantirne l'implementazione. Ne è un valido esempio la carta costituzionale italiana, che all'articolo 3, confermando al primo comma la conquista giuridica acquisita dell'uguaglianza formale di fronte alla legge, sancisce al comma secondo il progetto di una uguaglianza *sostanziale*, consistente nella:

«rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»⁴².

Attraverso questa tensione progettuale, il testo costituzionale introduce la pluralità sociale nel cuore stesso del diritto Statale ancora una volta rinnovato, che da questo momento si sarebbe trasformato in luogo sempre più complesso di negoziazione politica, di riconoscimento e tutela attiva di istanze disseminate e differenti. In particolare la risposta alle esigenze degli strati più deboli fu lo Stato

⁴¹ Sul tema si rinvia fin d'ora a S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi. Discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-1910*, Vannucci, Pisa 1910.

⁴² *Costituzione della Repubblica Italiana*, art. 3 c. 2.

sociale, una sostanziale ritorno dell'ingerenza nella gestione dell'ordine economico e una appropriazione da parte del pubblico del benessere come fine, inteso anche come progressivo riequilibrio sociale⁴³. Tende a spostarsi l'equilibrio tra Stato e Società, mentre la forma di legittimazione dello Stato moderno, individuata da Weber nella validità legale dei comandi statali, diventa più gravosa, dato che «l'accresciuto peso politico delle forze sociali implica una frequente violazione delle regole procedurali dello Stato di diritto»⁴⁴. Il cambio di paradigma è sostanziale. Resta ancora forte l'elemento territoriale nella costruzione dello spazio, ma tale spazio si complessifica dal punto di vista politico e giuridico: da monade politica lo Stato assume i connotati un orizzonte decisionale condiviso. Da sfondo inamovibile, esso diviene equilibrio politico in perenne discussione. Ancora una volta una *reductio*, ma non più in quanto dato indiscutibile, bensì come risultato riconosciuto di lotte continue. Sintesi politica da raggiungere, mai completamente raggiunta.

Ciò che è interessante notare a questo punto è in che modo tali evoluzioni coinvolgono le categorie giuridiche della modernità. Si è già visto lo spostamento della decisione, che dal soggetto unitario passa ad una platea di soggetti sociali non unitari. Si amplia lo strumentario costituito dai diritti soggettivi, e con esso il contenitore della cittadinanza, la quale si adatta al frastagliato manto sociale. Se resta fermo il carattere artificiale dell'ordine statualistico, che lega decisione e forma alla sovranità (*auctoritas, non veritas facit legem*), l'aggancio costituzionale riconosce l'esistenza di pretese sostanziali: i diritti costituzionali. Lo Stato dipende anzi sempre più da forme di legittimazione sostanzialistica che stressano ed eccedono il severo formalismo della legge.

La questione centrale è però il mutamento del criterio di validità implicato dalle due trasformazioni dello Stato moderno descritte fino ad ora: i passaggi da *ancien régime* a Stato di diritto, e da Stato di diritto a Stato costituzionale.

Il primo mutamento è segnato dal passaggio dalla validità di tipo sostanzialistico di età pre-moderna a un criterio di validità puramente formalistico: è l'introduzione del *principio di legalità formale*. Grazie ad esso la nozione stessa di validità è investita da un cambiamento radicale, in quanto si dissocia dall'idea di *giustizia o di*

⁴³ Cfr. E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Giuffrè, Milano 1973.

⁴⁴ A. CATANIA, *Lo Stato moderno*, cit., p. 15.

*verità*⁴⁵. È il lento processo di secolarizzazione che produrrà una delle caratteristiche fondamentali del diritto moderno: la separazione tra diritto e morale. Su questa linea, la stessa scienza giuridica abbandona il suo contenuto immediatamente normativo, per diventare una «disciplina tendenzialmente cognitiva, cioè esplicativa di un oggetto – il diritto positivo – da essa autonomo e separato»⁴⁶. Il principio di legalità produce un cambiamento anche a livello istituzionale, nella ricollocazione della funzione giurisdizionale. Accettando la legge come unica fonte della propria legittimazione i giudici vi si assoggettano. Da ciò «deriva il carattere tendenzialmente cognitivo anche del giudizio, chiamato ad accertare i fatti previsti e nominati dalla legge, per esempio come reati, sulla base delle regole d'uso da essa stessa stabilite»⁴⁷.

Il secondo mutamento di paradigma avviene a metà del XX secolo, all'indomani dell'«età della catastrofe»⁴⁸ costituita dalle due guerre mondiali. Il ripensamento profondo della vita e della società seguito al trentennio con cui apre il «Secolo breve» non poteva non lasciare un segno profondo sulle categorie giuridiche, affiancando al principio di stretta legalità quello, estremamente innovativo, di *legalità costituzionale*. La legge si vede ora subordinata ad una fonte normativa superiore: la costituzione, in quanto nucleo normativo sovraordinato alla legislazione ordinaria, impone limiti sia formali sia sostanziali al legislatore, fornendo un appiglio positivo per la sindacabilità delle sue scelte. Tale sindacabilità è esercitata da una specifica giurisdizione di legittimità delle leggi, quella delle corti

⁴⁵ L. FERRAJOLI, *Iura Paria, I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, p. 8.

⁴⁶ *Ivi*, p. 9.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ L'espressione è di Eric J. Hobsbawm che ne *Il secolo breve*, designa gli anni che vanno dall'inizio del primo conflitto alla fine del secondo come il vero inizio dell'intensa epoca costituita dal secolo XX. «Il genere umano è sopravvissuto. Tuttavia il grande edificio della civiltà ottocentesca crollò tra le fiamme della guerra mondiale e i suoi pilastri rovinarono al suolo. Senza la guerra non si capisce il Secolo breve, un secolo segnato dalle vicende belliche, nel quale la vita e il pensiero sono stati scanditi dalla guerra mondiale, anche quando i cannoni tacevano e le bombe non esplodevano. La sua storia, e più specificatamente la storia della sua età iniziale di crollo e di catastrofe, deve cominciare con in trentun anni di guerra mondiale». E. J. HOBBSAWM, *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, tr. It. a cura di B. Lotti, R.C.S., Milano 1997, p. 34. Da una prospettiva più specificatamente giuridica cfr. anche Paolo Grossi, secondo il quale già il primo conflitto mondiale «segnando l'indebolimento degli apparati di potere degli Stati, permette l'emergere e il consolidarsi delle forze – appunto, vive ma represses – circolanti nella dinamica sociale, culturale, e politica. È proprio in quegli anni bellici e immediatamente post-bellici che si ha una fioritura singolare all'insegna del pluralismo sociale e, quindi, giuridico». P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma 2017, p. XI.

costituzionali, che garantisce così la sovraordinazione del documento costituzionale. Questo passaggio, da Stato di diritto a Stato costituzionale, vede ancora una volta per Ferrajoli un triplice ordine di alterazioni dell'ambito giuridico. Sul piano della teoria della validità, quest'ultima riacquista un contenuto sostanziale, sebbene positivizzato in un documento 'supremo', individuato nel sistema di valori e principi contenuti nella fonte costituzionale: l'esistenza e il vigore delle norme dipendono ora da un principio di legalità sostanziale, o di stretta legalità, vincolando anche i contenuti delle norme oltre che il modo con il quale vengono prodotte. Grazie al sindacato costituzionale l'esistenza della norma è sottoposta all'ulteriore condizione della sua compatibilità con un nucleo di principi. Inutile dire che sia il criterio di validità in generale che le specifiche norme saranno da questo momento entità molto più complesse e sfaccettate.

La seconda e la terza alterazione avvengono a livello epistemologico e politico-istituzionale.

Il paradigma epistemologico si riapre a valutazioni di carattere critico e progettuale: pensare il diritto significa ora anche scovare ed eliminare le sue inevitabili antinomie, dovute all'attrito fra piani normativi differenti, fra contenuto della legge formalmente valida e sostanza costituzionale⁴⁹.

Ma è sul piano politico-istituzionale che si ha il cambiamento più significativo. Proprio grazie all'attrito fra livelli normativi infatti, riemerge quel ruolo attivo delle corti cui si accennava, disinnescato dalla primazia del legislativo durante la fase di piena maturità dello Stato di diritto. La possibile esistenza di norme non valide non solo determina la creazione di corti costituzionali dedicate al controllo di legittimità costituzionale delle singole leggi, ma finisce per restituire al potere giudiziario nel suo complesso un ruolo ermeneutico di manipolazione e creazione del diritto positivo. La «scoperta della costituzione» avvenuta per esempio nel nostro paese negli anni '60, implica una crescente diretta utilizzabilità dei criteri costituzionali da parte dei giudici di merito, i quali assumono così sempre più sulle proprie spalle l'onere di adattare il vestito giuridico alla realtà sociale, facendo aderire la liscia superficie delle norme alle asperità irriducibili e imprevedibili dei singoli casi concreti.

⁴⁹ L. FERRAJOLI, *lura paria*, cit., pp. 11-12.

È, se vogliamo, un primissimo ritorno del carattere *sapientiale* del diritto, che come vedremo ha percorso gran parte della storia giuridica occidentale: il giuridico cioè vissuto, trasmesso e adoperato come conoscenza condivisa, e in buona parte esoterica, di un ceto di *iuris prudentes* incaricati di ricercarlo e *invenirlo*⁵⁰ *nelle pieghe del sociale*, adattandolo costantemente e silenziosamente alle necessità della società di riferimento. È un primo ritorno anche dell'anima *fattuale* del diritto. Questi spostamenti e mutamento di equilibri e categorie restano tuttavia, per il momento, pur sempre all'interno del campo spaziale e concettuale della *reductio* statualistica: complessità sì, ma ancora all'interno di un'unità politico-istituzionale ben individuabile.

Secondo Ferrajoli entrambi questi modelli vivono oggi una ridefinizione evidente, che si sostanzia in un ritorno a modelli antecedenti. Tale ridefinizione anzi assume i toni di una vera e propria crisi:

«Una crisi che si manifesta sotto forma di regressione a un diritto di tipo premoderno: nel collasso della capacità regolativa della legge e nel ritorno al ruolo creativo della giurisdizione; nella perdita dell'unità e della coerenza delle fonti e nella convivenza e sovrapposizione di più ordinamenti concorrenti; nella subordinazione della politica all'economia e della sfera pubblica ai dettami dei cosiddetti mercati»⁵¹.

È, come la definì Natalino Irti, la *fine dell'età dei codici*⁵². Il codice infatti è forse lo strumento normativo che più di ogni altro incarna e riassume il tentativo moderno di organizzare *more geometrico* l'intero campo sociale, attraverso una struttura legale coerente e unitaria.

⁵⁰ Qui il termine assume il senso proprio dell'originario verbo latino *invenire*, indicando «l'atto del trovare o del ritrovare qualcosa, e si riferisce alla percezione del diritto non come qualcosa che si crea da parte del potere politico ma come qualcosa che si deve cercare e trovare [...] nelle radici di una civiltà [...]»; P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. X. Fin d'ora però, come si chiarirà nel prosieguo, non si rinuncia al significato più attuale del termine, cioè quello sostanzialmente opposto di produzione, creazione di qualcosa di nuovo. L'ambiguità del termine letto nella sua evoluzione infatti, ben sintetizza la complessità del ruolo del giudice oggi, il quale costituisce in fondo uno dei problemi principali della teoria giuridica. I due significati insomma si tengono reciprocamente, e l'invenzione come ritrovamento, sostanziandosi in decisioni specifiche, produce l'invenzione di dispositivi giurisdizionali di volta in volta nuovi.

⁵¹ L. FERRAJOLI, *Iura paria*, cit., p. 23.

⁵² Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1999.

Da una diversa prospettiva, come vedremo, questo cambiamento viene letto al contrario come un *ritorno al diritto*⁵³, un ritorno alla sua forza produttiva, alla sua malleabilità e capacità di creare soluzioni specifiche a problemi specifici.

Lo stesso fenomeno viene dunque letto e valutato in modi assai diversi. Ciò che resta ferma è la sensazione di una metamorfosi radicale degli equilibri istituzionali tipici della modernità, ai quali eravamo abituati, e la conseguente necessità di revisione delle categorie che a quegli equilibri erano ispirate. Un mutamento che va nella direzione di una ri-pluralizzazione delle voci in campo. La complessità di tale trasformazione emerge nell'ambivalenza dei processi in atto: da un lato il legislativo arretra di fronte a produzioni normative polverizzate; dall'altro proprio l'iperproduzione legislativa, provocata dalla necessità di inseguire interessi specifici e contrastanti, costituisce uno dei motivi dell'indebolimento del paradigma legale. I prossimi paragrafi saranno dedicati a ripercorrere il paesaggio contemporaneo nella sua progressiva ricomplexificazione⁵⁴.

3. Soggetti e strumenti del diritto globale

Quali sono gli effetti di questa 'crisi' dello Stato? Che vengano accolte con favore o criticate come la fine non auspicabile dell'ordine moderno, da più parti si parla del ritorno delle caratteristiche pre-moderne del diritto, soprattutto in virtù di una progressiva autonomizzazione del mercato globale dai vincoli giuridici.

La libertà territoriale dei flussi economici e finanziari favorisce la loro autonomizzazione dai recinti normativi della nazione. L'adozione anzi di criteri economici quali efficienza ed efficacia sottopone diritto e politica a una validazione eteronoma rispetto alla propria logica interna. Tutto questo comporta per molti aspetti uno spostamento centrifugo dei luoghi della decisione e della validazione giuridica. Istituzioni ufficiali e forme consolidate coesistono accanto a una sempre

⁵³ Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015.

⁵⁴ Per una ricostruzione della critica al formalismo cfr. A. TANZI, *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Raffaello Cortina, Milano 1999; G. RENZI, *La filosofia dell'assurdo*, Adelphi, Milano 1991. Per un approfondimento sull'irrazionalismo di Giuseppe Renzi si rinvia inoltre a F. MANCUSO - A. MONTANO, *Irrazionalismo e impoliticità in Giuseppe Renzi*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2009.

più ampia platea di protagonisti della vita giuridica, armati di strumenti non ancora del tutto formalizzati. Per questo, secondo una efficace espressione di Ferrarese «descrivere il diritto globale significa andare per periferie giuridiche»⁵⁵. Una esplorazione difficile, che richiede una ricerca capillare e diffusa, con uno sguardo sulle particolarità e specificità, e uno sulla articolata complessità del quadro generale. Tale allontanamento dal centro rimane tuttavia indispensabile:

«entrare nei meccanismi della *governance* internazionale, che sono molteplici e variegati, e ognuno dei quali chiama in causa specifici attori e modalità, è una operazione non solo scientificamente indispensabile, per ricostruire una conoscenza dei meccanismi istituzionali oggi operativi, ma anche politicamente necessaria, per restaurare una più piena visibilità dei processi che ci governano»⁵⁶.

Comprendere il funzionamento degli odierni sistemi istituzionali significa quindi allontanarsi dalla legalità nazionale, per esplorare le forme nate dalla pratica eterogenea del diritto, in una quotidianità sub, trans e sovrastatale.

Emergono in questo quadro innanzi tutto i modelli della *governance* globale e della così detta *lex mercatoria* che per certi aspetti si affiancano e si sovrascrivono alla legalità nazionale. Come scrive Sassen:

«Oggi, la sfera privata sta originando gli standard critici e le norme per la propria gestione. In questo senso stiamo assistendo alla formazione di un nuovo tipo di blocco sociale che riorganizza la sfera privata.

Attori privati stanno dando vita a nuove forme di autorità che superano le forme private e quelle miste di pubblico e privato che ci erano familiari. Esse stanno anche dando vita a forme nuove e non abbastanza riconosciute di autorità pubblica. Il dominio internazionale è qui particolarmente attivo: in parte perché non è mai stato regolamentato quanto il dominio nazionale e oggi, in un contesto di privatizzazione, regolamentazione e mercantilizzazione, il dominio internazionale diventa sempre più transnazionale in quanto la comunità di stati, o la comunità di autorità nazionali, comprende un numero relativamente minore di transazioni transfrontaliere, mentre queste ultime diventano sempre più di natura economica. La proliferazione di regimi privati senza una delega dello stato può essere intesa come un'indicazione che ai mercati occorra più regolamentazione di quanto

⁵⁵ M. R. FERRARESE, *Sulla governance para-giudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in «*Politica del diritto*», Fascicolo 3, settembre 2014, Il Mulino, p. 376.

⁵⁶ Ivi, p. 375.

suggeriscano le comuni nozioni della neutralità del mercato. Il momento attuale rende tutto ciò visibile come raramente in passato; in questo senso è un momento euristico. La *soft law* è sempre più presente perché si occupa dei problemi che la legge in senso stretto o *hard law* non riesce a gestire, specialmente in ambito internazionale»⁵⁷.

La prima caratteristica del nuovo assetto è dunque uno spostamento di logiche provenienti dal diritto privato verso il contesto del pubblico, a cui si accompagna un radicale mutamento del ruolo e della struttura della norma. L'*hard law* del diritto pubblico, la cui obbligatorietà poggia sulla coercibilità e sul monopolio della forza da parte degli Stati, cede il passo ad un regime di *soft law*, di regole leggere, la cui legittimità non dipende dai classici criteri di validità, ma dall'efficacia che l'applicazione della norma riesce a dimostrare in termini di risultati. È insomma una regolarità che assume caratteri orizzontali, che sorge dall'immanenza delle pratiche di attori distribuiti su di un piano apparentemente paritario: dal pubblico sovraordinato e trascendente al privato para-ordinato e immanente.

Cambiano ovviamente tanto le caratteristiche e il ruolo dei soggetti, sempre più coinvolti e partecipi, quanto gli strumenti e gli spazi della normatività.

Sul piano degli strumenti una delle direzioni più evidenti è senz'altro in senso contrattualistico. Il paradigma di questo rinnovato ruolo del contratto è spesso indicato nella già citata *lex mercatoria*. Coniato in età medievale⁵⁸, il lemma ha oggi acquisito un nuovo utilizzo di fronte all'effervescenza dell'attività economica e finanziaria, per designare quel complesso di norme transnazionali generato dal costante movimento di affari e capitali nei mercati globali. Questo fenomeno, come il suo omologo medievale ruota attorno alla triade di usi, contratti e giurisprudenza privata.

⁵⁷ S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*, cit., p. 249.

⁵⁸ Termine originariamente usato per designare l'equilibrio giuridico pre-moderno generato dalle pratiche economiche e mercantili durante il secondo medioevo e il rinascimento. La *lex mercatoria*, sviluppatasi dalle e attraverso le esigenze mercantili di un'epoca di fermento economico, sociale e culturale, sviluppò forti caratteristiche di specialità rispetto agli altri piani giuridici dell'epoca (*ius commune*, *iura propria*, diritto canonico, *usus feodorum* ecc.). Seppur con non poche differenze, tale assetto viene quindi oggi comunemente utilizzato come chiave di lettura dell'intenso sviluppo del diritto globale su base economica e finanziaria. Sull'argomento P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 2006; indispensabile sulla "risemantizzazione" della *lex mercatoria* nel diritto globale F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna 2010; si veda dello stesso autore anche *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna 2006.

La struttura del contratto è particolarmente utile per regolamentare i rapporti economici e finanziari che si intrecciano ad ogni livello. La sua struttura di accordo fornisce uno strumento comunicativo in grado di avvicinare parti differenti, portatrici di interessi divergenti quando non contrapposti, consentendo loro un incontro su punti specifici e modulando il grado di formalità, a seconda dei bisogni del caso. In questo modo soggetti appartenenti sul piano nazionale ad ordinamenti giuridici distanti sia per geografia che ispirazione, trovano punti di incontro altamente specifici utilizzando un linguaggio giuridico comune come piattaforma comunicativa. La grammatica degli interessi si muove così attraverso la tecnica del diritto, per creare spazi condivisi che incrociano e superano i confini tra le nazioni, mentre la logica dell'efficacia dona valore di legittimità generalizzato a strumenti pensati per situazioni specifiche.

Cresce di conseguenza l'ambito della contrattualità atipica, che genera e si arricchisce di strumenti dall'applicabilità generalizzata, in grado di avere una diffusione superiore a quella di molte leggi nazionali, imponendosi come fonte normativa per una moltitudine di persone di gran lunga superiore a quella soggetta ad alcune leggi⁵⁹. L'atipicità contrattuale soppianta la tradizionale tipicità dell'era codicistica, grazie alla sua capacità di assecondare la tendenza alla flessibilizzazione degli strumenti normativi e porsi in linea con la trasformazione economica, che da industriale si fa sempre più finanziaria. L'intero impianto giusprivatistico tradizionale è investito da questo cambiamento nel suo complesso. La creatività contrattuale permette ad esempio di smembrare l'impianto proprietario tipico della solida e statica economia industriale:

«i diritti proprietari vengono via via piegati alla *ratio* del 'valore di scambio' e ad atteggiamenti imprenditoriali, che permettono di scoprire o inventare nuove utilità che si possono trarre dai vari pezzi della proprietà»⁶⁰.

Risultato di una vera e propria «ingegneria giuridica»⁶¹, tali contratti richiamano l'attenzione sul ruolo sempre più attivo dei giuristi. La predisposizione di strumenti

⁵⁹ Un esempio banale è costituito dagli ormai onnipresenti contratti telematici, sottoscritti quotidianamente dalla moltitudine degli utenti di servizi internet. Altro esempio noto è la serie degli altrettanto diffusi «contratti in *ing*»: *leasing*, *factoring*, *franchising*, *marketing* ecc. .

⁶⁰ M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 86.

così delicati infatti, richiede un elevato livello di conoscenza e preparazione. Sono ad esempio le così dette *law firms*, studi forensi di alto profilo, a fornire l'esperienza e la conoscenza necessarie a costruire strumenti così sofisticati. È qui che si rende evidente quella riemersione del carattere sapienziale del diritto, il quale torna ad essere affidato ad un ceto di *iuris periti* diffuso a livello internazionale e non formalizzato, in grado di controllarne e manipolarne il linguaggio⁶² in senso produttivo. Un ruolo che ricorda quello esercitato dal ceto dei giuristi medioevali, ma in fondo anche dei sapienti della prima età romana, in grado di manipolare lo *ius* direttamente attraverso la sua applicazione, grazie allo strumento dei *responsa*⁶³.

Fatte salve le grandi e ovvie differenze, e senza alcuna posizione valutativa, quel che è interessante notare a questo punto è che l'elemento tecnico-sapienziale così caratteristico dell'assetto contemporaneo, al netto delle specificità, non è in sé inedito per la Storia del diritto occidentale: si è già assistito insomma a contesti nei quali, come oggi, l'elemento autoritativo arretra a vantaggio di un «alto grado di autoregolazione, nel senso che regolatori e regolati sono sullo stesso piano»⁶⁴.

C'è da dire che questa diffusione dello strumento pattizio sembra favorita dalla tendenziale adozione di una comune teoria economica di tipo americano, spesso incompatibile con le esigenze specifiche delle realtà locali.

La logica dell'efficienza economica tende a tacitare le forme del dissenso e le esigenze delle fasce più deboli, instaurando così differenze difficilmente intaccabili sul piano politico. Oggi le priorità dei governi non sono più l'alleviamento della povertà o lo sviluppo economico; l'attenzione si volge sempre più su garanzie contrattuali, diritti alle imprese, proprietà intellettuale. Eppure si tiene fermo il postulato che i criteri legali sono neutrali, tecnici e trasparenti⁶⁵.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ivi*, p. 87.

⁶³ Cfr. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*. Einaudi, Torino 2005.

⁶⁴ S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 43.

⁶⁵ S. SASSEN, *Territorio autorità diritti*, cit., p. 257.

4. Nuovi equilibri internazionali

Un'altra trasformazione riguarda i rapporti tra stati, sempre più legati da accordi internazionali. Il carattere episodico e puntuale di tali accordi cede il passo di fronte ad un quadro sempre più multilaterale⁶⁶. La nuova frequenza dei trattati internazionali ha prodotto e produce una struttura complessa e stratificata, al cui interno gli individui-Stati agiscono come soggetti formalmente ordinati su un piano orizzontale e paritario: una realtà complessa e organica, plurilaterale, in grado di produrre vari livelli istituzionali (dalle aree commerciali agli organismi internazionali, passando per esperimenti complessi e difficilmente categorizzabili, come l'Unione Europea). In altri termini l'ordinamento giuridico globale, già nella sua componente pubblica e internazionale, procede verso la costruzione di un contesto di natura cooperativa e negoziale.

La legge conserva tuttavia un ruolo fondamentale, che è quello di conferire accettabilità e riconoscibilità a questo progetto in quanto nuova ideologia di sviluppo⁶⁷. Ne è prova la frequenza con cui rapporti e dichiarazioni programmatiche delle principali istituzioni per lo sviluppo riportano riferimenti ai vantaggi dello Stato di diritto, alla necessità di costruire buone strutture di governo e più in generale all'uso sempre più frequente di criteri come quello della *governabilità* nella valutazione di governi e apparati politici⁶⁸. L'intervento legale è dunque auspicato e anzi invocato a favore del mercato, dato che la competitività economica diventa criterio di valutazione anche delle scelte politico-giuridiche.

Servizi un tempo forniti dallo Stato si spostano nella gestione dei privati, in ossequio all'idea di 'sbarazzarsi' dello Stato per massimizzare il bene pubblico. Tale privatizzazione delle funzioni pubbliche avviene attraverso forme diverse. Una di quelle più comuni e di vecchia data è la *deregulation* di attività basate sul mercato,

⁶⁶ Cfr. M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari 2012.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Nel 2001 il *Comprehensive development framework* della Banca mondiale per esempio, ha indicato nella presenza di un governo onesto e un sistema legale efficace due elementi essenziali per uno sviluppo sostenibile e per la lotta alla povertà.

ma si assiste anche alla creazione di nuovi mercati per la gestione di funzioni pubbliche⁶⁹, o ancora a partnership pubblico-privato.

Questi fenomeni non provocano soltanto una riduzione *tout court* del ruolo dello Stato, ma anche e soprattutto uno spostamento di poteri tra istituzioni ufficiali all'interno dello Stato. Secondo Sassen, negli USA ad esempio «privatizzazione, deregolazione e mercantilizzazione hanno ridimensionato il ruolo del Congresso ma hanno accresciuto quello dell'esecutivo per il grande potere assunto dalle commissioni specializzate create per l'occasione»⁷⁰. Tale ricollocazione di poteri è indice di un ruolo ancora centrale degli Stati, ma al contempo di una riconfigurazione della loro posizione all'interno del panorama sociale.

Più in generale il diritto moderno ad «alta definizione» lascia progressivamente spazio a un diritto globale a «bassa definizione»⁷¹, che ricorda ancora una volta equilibri istituzionali ed esperienze giuridiche pre-nazionali. L'alta densità di informazioni contenuta nel sistema legislativo è legata a tre caratteristiche fondamentali, tipiche della normatività legalistica e statualistica: pubblicità, normatività, scrittura⁷². La prima in particolare è direttamente connessa con la sua matrice statuale: la validità della legge è legata alla rigidità del percorso istituzionale necessario alla sua produzione; un percorso predefinito e conoscibile, un iter pubblico che consegna alle istituzioni statuali il monopolio della produzione normativa, ma che al contempo rende il processo conoscibile e controllabile. Come abbiamo visto, la forma-legge è uno strumento fondamentale nella strutturazione del paradigma statale.

Le interdipendenze generate dal diritto globale spostano gli equilibri tra i classici poteri dello Stato nazionale. Il legislativo fatica a mantenere fede alla propria missione istituzionale di produrre regole astratte e generalizzate; lo stile in cui le

⁶⁹ Sassen ricorre all'esempio piuttosto eclatante della privatizzazione delle prigioni, fenomeno drammaticamente esteso ed attuale, soprattutto nei paesi di aria anglosassone. S. SASSEN, *Territorio, autorità diritti*, cit. p. 253; cfr. S. SASSEN, *Espulsioni*, tr. It. A cura di N. Negro, Il Mulino, Bologna 2015. 70 S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*, cit. p. 253.

⁷¹ Entrambe le espressioni sono di Ferrarese. A «bassa definizione» sarebbero le forme giuridiche premoderne, in quanto basate su un numero di informazioni ridotto. Le norme stabilite *ex ante* cioè si basano su un numero molto limitato di «variabili predefinite», lasciando alle singole decisioni delle corti e alle applicazioni concrete il compito di specificare e chiarire il contenuto. Ad alta definizione è invece il diritto moderno, in quanto elegge a propria fonte primaria la legge. Quest'ultima, in quanto strumento normativo sovraordinato alla realtà sociale, contiene una mole di informazioni molto specifiche e dettagliate; M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, cit., pp. 32 e ss.

⁷² Ivi, p. 37 e ss.

leggi sono redatte rende evidente tale difficoltà di sintesi: si opta per ampi quadri normativi *open texture*, che di fatto delegano sempre più ai giudici la responsabilità di riempire di significato la vaga cornice normativa. Oppure, al contrario, si assiste all'emanazione di leggi dal contenuto sempre più specifico (leggi-provvedimento) pensate non in un quadro di generalità e astrattezza, ma per casi estremamente specifici. Sono provvedimenti di matrice soprattutto amministrativa, provenienti dall'iniziativa del potere esecutivo, il quale vede aumentare le proprie prerogative e il proprio peso nell'equilibrio di poteri nazionali⁷³.

È quasi dimenticato il mito moderno di un giudice mero esecutore, 'bocca' di una legge omnicomprensiva e perfettamente conoscibile ex-ante; il sentiero imboccato è per molti versi quello di un *judge made law*: un diritto *ex-post*, frutto della alluvionale sedimentazione del lavoro di corti nazionali, sovranazionali e private, che a più livelli fissano, alla luce di casi concreti, *standard* normativi condivisi ma sempre ri-discutibili. Il *judge made law* produce a sua volta una *ubiquità giudiziaria* per la sua implicita tendenza a superare la dimensione territoriale, data la funzione di perseguimento della giustizia: le corti «si sentono parte» di un circuito internazionale per la tutela dei diritti umani, facendo emergere una loro vocazione internazionale che vede nella comunicazione trans-giudiziale uno strumento per il superamento dei confini⁷⁴. Favoriscono questa ubiquità anche le tante organizzazioni transnazionali di giudici, corti e circuiti giudiziari, nonché il dialogo sempre più serrato fra giudici consentito dagli strumenti elettronici, che tende a definire un *ethos* condiviso e partecipato, o come la chiama Anne-Marie Slaughter, una «emergente giurisprudenza globale»⁷⁵.

⁷³ Sull'argomento, S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*, cit.

⁷⁴ Particolarmente significativa al riguardo la vicenda legata al caso Pinochet, citata dalla stessa Ferrarese. Nel 1998, recatosi in Inghilterra per cure mediche, Augusto Pinochet venne raggiunto da alcuni mandati d'arresto, emanati sulla base delle richieste d'extradizione della Reale Procura spagnola in virtù del principio della punibilità universale dei crimini internazionali enucleato a Norimberga. Mentre il *Queen's Bench Division* (organo amministrativo di polizia, incaricato sia di convalidare gli arresti sia di stabilire in concreto la pena da scontare) annullò i mandati, il *Crown Prosecution Service* (CPS, procura generale del Regno Unito), decise di appellarsi alla *House of Lords*, la quale, dopo un iter in realtà piuttosto travagliato, confermò parte delle accuse convalidando l'extradizione. L'evento secondo Ferrarese delineò «per la prima volta con chiarezza quell'intesa giudiziaria tra corti di paesi e tradizioni giuridiche diverse [...]»; M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., p. 122.

⁷⁵ A. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton 2004, p.78.

Facendo propria le posizioni di Stone Sweet, Ferrarese individua tra i tratti tipici di questa *governance* giudiziaria la tendenza a far coincidere il giudice con il soggetto che dà le regole, in quanto «Chi decide una controversia risolve un conflitto tra due parti e, allo stesso tempo, pone in essere elementi della struttura normativa»⁷⁶. Già a partire dagli ultimi anni del XX secolo si è assistito ad un proliferare di sedi giurisdizionali extrastatali, di matrice sia pubblica che privata, anche grazie ad un sostanziale mutamento degli strumenti del diritto interno.

Questo costante rafforzamento della interdipendenza fra equilibri normativi inter, trans e sovranazionali suggerisce l'immagine di un diritto sconfinato in un duplice senso: per un verso, esso deborda dai confini nazionali, creando zone di sovrapposizione. In questo senso andrebbe il costante rafforzamento del diritto internazionale, in crescita sia per il numero di istituzioni che di funzioni. Per altro verso il diritto sarebbe sconfinato nel senso della cancellazione dei confini nazionali, apparendo sempre più simile ad una sorta di mappa aeroportuale, uno spazio definito da linee di relazione, nel quale l'aggancio territoriale acquista rilevanza solo nei momenti di partenza e di arrivo. Si delinea così un quadro reticolare di soggetti differenti ma in grado di agire sul diritto: corti internazionali, *law firms*, organizzazioni governative e non governative. Ognuno di essi contribuisce a vario titolo all'assemblaggio di un ordine giuridico globale. Tutto ciò finisce per delineare un quadro di dinamiche orizzontali: è l'idea del passaggio dalla piramide alla rete di Ost e van de Kerchove⁷⁷, o la metafora del mondo piatto di Friedmann⁷⁸: immagini che insistono sull'aspetto cooperativo e paritetico delle relazioni.

Si affermano «equivalenti funzionali»⁷⁹ rispetto alla giurisdizione statale: l'espansione della giustizia arbitrale, costante fin dagli anni '70 del secolo scorso con un picco a partire dai '90, ha determinato la costituzione di una vasta cultura arbitrale, la quale si è avvalsa di una varietà di formule e di sedi. Alcune sono sedi 'istituzionali', le cosiddette *arbitration houses*. Altre sono state istituite «sotto le

⁷⁶ A. STONE SWEET, *Judicialization and the Construction of Governance*, in M. SHAPIRO-A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford 2002, p. 64.

⁷⁷ Cfr. F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 2002.

⁷⁸ Cfr. T-L FRIEDMANN, *Il mondo è piatto. Breve storia del ventesimo secolo*, tr. It. A cura di A. Piccato, Mondadori, Milano 2006.

⁷⁹ M. R. FERRARESE, *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in «*Politica del diritto*», Fascicolo 3, settembre 2014, Il Mulino, Bologna, p. 382.

insegne di trattati internazionali»⁸⁰. Questa crescita di organismi giudiziari e paragiudiziari realizza un processo di giuridificazione internazionale, che permette alle imprese più forti di richiedere sanzioni a carico degli Stati, anche in caso di situazioni di *non compliance* precedentemente non tutelate: la *giudiziarizzazione* appare così per qualcuno «l'anello un tempo mancante che permette di rendere effettivi obblighi e diritti fissati nei trattati internazionali, e che assume funzioni precedentemente svolte dalla diplomazia [...]»⁸¹.

Insomma lo Stato sembra assumere sempre più il ruolo di attore insieme ad altri attori⁸². La sensazione è quella di una partecipazione paritaria, condivisa e costante, anche al di fuori degli istituti democratici moderni, nella quale c'è chi legge una progressiva costituzionalizzazione del diritto internazionale, o almeno una più diffusa partecipazione alla vita e alla costruzione dell'ordine giuridico globale. L'immagine delineata non deve però mascherare le persistenti differenze che innervano le dinamiche di potere nel diritto globale. La parità dalla quale partono i soggetti degli accordi è in larga misura apparente. Come vedremo la rete, che non si sostituisce ma affianca la persistente piramide della sovranità, è sempre da intendersi come struttura multilivello, stratificata.

Quello che si può registrare è in ogni caso un riemergere del carattere diffuso e comunicativo del giuridico, il cui sviluppo può ricercarsi nell'attrito delle pratiche, nell'uso costante degli elementi che costituiscono il diritto. Quello dello Stato e della sovranità, d'altro canto, resta un ruolo non certo marginale. Come anzi vedremo esso risulta fondamentale in questo nuovo quadro. Ma per comprenderne il ruolo va ridiscussa la sua narrazione, adottando una serie di prospettive che, senza liquidarla, la inseriscano in questo mutato e mutante contesto istituzionale, spaziale e sociale.

Fra gli altri, Slaughter propone la visione di un ordine mondiale basato su *network government*, insiemi di soggetti ufficiali e non ufficiali in grado di produrre un ordine normativo, simile a quello dello Stato, ma che attraversa i confini delle nazioni. Attori di governo che interagiscono con organizzazioni non governative, le quali sopportano responsabilità diverse nel gioco della *governance*. Un governo

⁸⁰ Ivi, p. 386.

⁸¹ Ivi, p. 387.

⁸² M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, cit., p. 27.

pluricentrico e transfrontaliero che segnerebbe uno spostamento nella struttura dello Stato. Un passaggio secondo l'autrice rimasto sotto traccia in gran parte degli studi sull'argomento. Mentre molti studiosi si sarebbero infatti concentrati sul passaggio da nazionale a globale, e da governo (*government*) a *governance*, sarebbe stato infatti trascurato lo scarto tra Stato unitario a Stato disaggregato:

«The disaggregated state sounds vaguely Frankensteinian — a shambling, headless bureaucratic monster. In fact, it is nothing so sinister. It is simply the rising need for and capacity of different domestic government institutions to engage in activities beyond their borders, often with their foreign counterparts. It is regulators pursuing the subjects of their regulations across borders; judges negotiating minitreaties with their foreign brethren to resolve complex transnational cases; and legislators consulting on the best ways to frame and pass legislation affecting human rights or the environment»⁸³.

L'attività di *government* sarebbe dunque non solo ancora presente e necessaria, ma starebbe acquistando una forma adeguata alla funzione di regolazione transnazionale che la nuova realtà richiede. La comunicazione fra istituzioni nazionali attive all'interno del proprio ordinamento, produrrebbe una serie di *network* in grado di esercitare una forma di governo transnazionale. In altri termini non sarebbero esclusivamente le corti a produrre una cultura giuridica comune attraverso il costante dialogo: fenomeni di questo tipo sarebbero oggi prodotti anche da altri sistemi reticolari di istituzioni transnazionali, come ad esempio i sistemi di banche centrali. Molte funzioni di controllo un tempo esercitate dagli Stati verrebbero cioè riprodotte su un piano transfrontaliero e in modo appunto *disaggregato*.

Sembra eccessivo l'ottimismo di Slaughter per quanto riguarda l'effettiva capacità di tali *network* di produrre uno spazio politicamente controllabile; ottimismo forse dovuto alla preferenza che il suo punto visuale sembra accordare alla prospettiva nord-occidentale. Quello che è interessante tuttavia è l'idea della scomponibilità delle funzioni statuali. Se così è, l'unità dello Stato si presta a letture che la vedono come il risultato di un lavoro di ri-composizione dell'attività di istituzioni e attori differenti, cooperanti all'interno di una realtà politica e territoriale da essi stessi

⁸³ A. SLAUGHTER, *A New World Order*, cit., p. 12.

tracciata. Una immagine insomma, un racconto scomponibile e ricomponibile a seconda dei casi. Un *Theatrum*, come scrive Bourdieu a proposito dell'ufficialità. L'unità dello Stato, così come l'unità di qualsiasi struttura sociale complessa, sarebbe allora nient'altro che il racconto ufficiale della sua unità, la sua teatralità, «dal momento che l'ufficialità è il visibile, il pubblico, il teatrale»⁸⁴.

Le immagini proposte riguardo la condizione e il destino del Sovrano sono tanto eterogenee quanto le esperienze giuridico-istituzionali originate dalle pratiche di *governance*. Ripensare il giuridico significa allora metterlo innanzi tutto alla prova di questi assetti e di questi problemi, stressando i confini teorici entro il quale esso è comunemente immaginato.

I paragrafi seguenti proporranno diverse prospettive riguardanti le trasformazioni della sovranità in atto e la sua posizione all'interno degli eterogenei assetti istituzionali emergenti. L'obiettivo è quello di ripartire da pratiche, spazi e forme di organizzazione osservabili, per tracciare un quadro complesso delle intersezioni e delle complessità con le quali le categorie del giuridico devono oggi confrontarsi.

5. Confine e sovranità: il significato dei nuovi muri

Abbiamo visto quanto l'idea dello spazio limitato e dunque del confine, sia fondamentale nella costruzione – e nella comprensione – dell'equilibrio moderno statualista, nonché nella produzione dello *ius publicum europaeum*.

Lo spazio è in generale elemento fondamentale per qualsiasi forma o esperienza giuridica: spazio e diritto si influenzano vicendevolmente in maniera incredibilmente profonda. Se da un lato infatti il giuridico può essere considerato come il mezzo fondamentale per la definizione dello spazio sociale, dall'altro il perdurare o il mutare dell'equilibrio spaziale non può non riverberare – spesso in maniera violenta

⁸⁴ P. BOURDIEU, *Sullo Stato. Corso al Collège de France. Volume I (1989-1990)*, tr. It. A cura di M. Guareschi, Feltrinelli, Milano 2013, p. 84. Per Bourdieu «Theatrum, infatti, è ciò che si vede, ciò che si mostra come spettacolo. In gioco, quindi, è l'idea che il gruppo vuole avere e dare di se stesso»; *Ibidem*. Sull'idea più generale della ufficialità come apparenza e dell'istituzione come teatro dell'ufficialità si tornerà più specificamente nel terzo capitolo.

– sull’assetto giuridico istituzionale che lo aveva prodotto⁸⁵.

L’importanza centrale assunta nel dibattito giuridico e politico contemporaneo dal tema degli spazi e dei confini è per altro evidenziata da un insieme di fenomeni anche molto drammatici, tra cui la prepotente ricomparsa dei muri e una localizzata tendenza alla chiusura di confini. Un fenomeno apparentemente paradossale, se accostato alla grande apertura delle frontiere, all’aumento di dialogo e alla stretta interconnessione in cui si sostanzia, come appena visto, la globalizzazione. Contraddizione particolarmente visibile e stridente in un continente come quello europeo, che a partire dalla fine del XX secolo ricostruì la sua immagine proprio abbattendo i muri, e che oggi invece sembra sempre più impegnato a costruirne di nuovi⁸⁶. In un’epoca di forti interdipendenze tra territori distanti e reti di scambio internazionali, in cui la tecnologia informatica e bellica rende evanescenti le linee di demarcazione fra paesi, il rafforzamento materiale dei confini appare come il ricordo anacronistico di un’era precedente. Eppure l’apparato di recinzioni e strutture di contenimento destinate a dividere l’esterno dall’interno torna ad essere una presenza costante nel discorso politico, nonché sempre più spesso una presenza ingombrante nella realtà degli spazi transfrontalieri di tutto il pianeta.

Partendo da questa relazione profonda e biunivoca Wendy Brown ha posto sotto osservazione le attuali condizioni e il ruolo del confine nazionale, al fine di ricavare una prospettiva privilegiata sulla condizione della sovranità degli Stati di fronte all’avanzare dell’era globale⁸⁷. L’analisi ha messo in evidenza quanto la comparsa di nuovi muri transfrontalieri non solo non contraddica ma addirittura accompagni il processo di globalizzazione⁸⁸: dalla nota barriera di confine tra Stati Uniti e Messico, al muro Israelo-Palestinese, l’ansia di recinzione in funzione securitaria attraversa il

⁸⁵ Cfr. C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europeum»*, cit. Qui Schmitt indica una vera coincidenza tra legge e confine, proprio a partire da un’analisi etimologica. L’originale significato della parola νόμος (legge) in greco è ricondotto dall’autore all’atto di misurare e dividere il terreno. La legge dunque, come atto di misurazione produce lo spazio all’interno del quale essa può avere significato. Sull’argomento, da una prospettiva diversa cfr. anche Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, a cura di M. Spanò, Quodlibet, Macerata 2015, sul quale tornerò estesamente più avanti.

⁸⁶ G. M. LABRIOLA, *Muros y confines: una reflexión sobre el renacimiento de la idea de límite*, in «Soft Power» *Volumen 5, numero 1, enero-junio, 2017*, p. 123. Sul rapporto tra diritto e spazio cfr. anche G. M. LABRIOLA, *Nuovi spazi, nuovi diritti*, in Ead. (a cura di), *Filosofia, politica, diritto. Studi in onore di Francesco M. De Sanctis*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, pp. 267-304.

⁸⁷ Cfr. W. BROWN, *Stati Murati. Sovranità in Declino*, cit.

⁸⁸ Ivi, p. 21.

globo, proprio nel momento in cui fitti scambi economici e informatici collegano realtà distanti mettendo in discussione le divisioni territoriali dell'ordine nazionale. Partendo da questa apparente contraddizione, l'autrice fa ri-emergere il legame profondo che unisce sovranità e territorio, Stato e sicurezza, mostrando il filo sottile che congiunge costantemente lo Stato ai propri cittadini. Riprendendo evidentemente la linea teorica di Carl Schmitt, Brown parte dall'assunto che:

«la decisione [...] è la modalità dell'azione politica perché il politico stesso è sovrano, non è soggetto né alle norme né alla legge, non è responsabile nei confronti di nient'altro e non deriva da nient'altro»⁸⁹.

La competenza fondamentale del politico è la decisione *beyond the pale* sull'amico e il nemico, cioè la decisione originaria ed assoluta che taglia, pone il confine tra ciò che fa parte della comunità, dell'ordine sovrano (l'amico) e ciò che ne è escluso (il nemico). La sovranità implica una perfetta autonomia da qualsiasi potere in gioco nel proprio territorio, compreso il potere religioso ed economico. Ricordiamo che è proprio dalla temperie delle guerre di religione che sorge la necessità della macchina statale, in grado di offrire sicurezza e stabilità in un momento in cui la carica unificante della verità religiosa non era più disponibile. Da questa esigenza origina il carattere teologico del sovrano: «a livello teorico la sovranità politica ricorre sempre a una struttura con le sue implicazioni teologiche, che impersonifichi, bandisca, uccida o serva Dio»⁹⁰. L'esistenza stessa della Sovranità, in quanto potere autonomo e sovraordinato, sarebbe incompatibile con qualsiasi altro potere che si ponga su un livello paritario. Essa è «potere politico supremo e imprescrittibile»⁹¹. In Hobbes il momento del riconoscimento (*Owe*) deve essere immediatamente superato, nascosto, affinché il dio artificiale possa presentarsi come autentico e pretendere una assoluta legittimità. Una legittimità che gli viene proprio da coloro sui quali la esercita:

«Le formulazioni schmittiane della sovranità e del politico sono interdipendenti, e l'idea della sovranità politica replica il concetto di dominio divino su tutte le cose, o,

⁸⁹ Ivi, p. 50.

⁹⁰ Ivi, p. 57.

⁹¹ *Ibidem*.

come dice Bodin, la sovranità politica 'imita' la sovranità religiosa»⁹².

Ma per Brown, questo è proprio ciò che sta avvenendo. Interdipendenze e *agencies* globali indeboliscono la capacità dello Stato di porsi come sintesi politica, come sede della decisione imperscrutabile. L'insicurezza conseguente investe l'individuo, la cui coerenza era in qualche modo assicurata e difesa dall'appartenenza alla comunità descritta/decisa dal sovrano. Lo Stato tenterebbe allora di tornare al proprio nucleo teologico, provando a ripristinarlo attraverso la messa in scena, lo spettacolo del muro, segno concreto della decisione sulla quale si fonda il potere sovrano: nel momento in cui svanisce, lo Stato-nazione riattinge al suo nucleo più profondamente teologico. Nel farlo tuttavia attinge a risorse che finiscono per indebolire quella stessa rappresentazione, con l'ennesimo paradosso.

Spesso ad esempio è la cultura religiosa ad essere usata come risorsa unificante. Ma da un lato le religioni stesse sono transnazionali, e dunque contribuiscono a rafforzare appartenenze e legami che si muovono sopra le teste degli Stati, attraversando i loro territori. Dall'altro le loro interpretazioni e implicazioni sono differenti anche all'interno dei singoli Stati, fornendo un ulteriore motivo di frammentazione, rendendo ancora più difficile la sintesi decisionistica⁹³.

Persino peggiore sarebbe il ricorso alla logica economica come fonte di legittimazione delle politiche nazionali. Il capitale infatti «si delinea alla stregua di una sovranità globale emergente»⁹⁴. Ubiquo, irresponsabile e selvaggio, esso sembra essere l'unica forza «perpetua e assoluta» eppure «fuori dalla portata del *nomos*». Il capitale nell'analisi di Brown si contrappone apertamente alla sovranità statale, in quanto suo contendente nella pretesa di obbedienza. Eppure il capitale non decide. Non ha né la competenza né il carattere distintivo attribuiti da Schmitt alla sovranità politica. Sarebbe una sorta di «sovranità senza sovrano». Anzi:

«per certi versi, forse, il capitale è più simile a Dio di quanto siano mai stati i sovrani politici moderni, perché somiglia a un potere divino di produrre il mondo in assenza di deliberazione o calcolo»⁹⁵.

Di fronte a questo attacco combinato di frammentazione interna e concorrenza

⁹² Ivi, p. 68.

⁹³ Ivi, p. 60.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Ivi, p. 61.

esterna gli Stati sarebbero sempre più privi di sovranità, cioè attori pur sempre fondamentali, ma che si limitano a reagire al mercato e ad altri fenomeni globali, più che dominarli o regolarli. Questa *autonomia del politico*, la sua capacità di essere decisore inoppugnabile di ultima istanza, è per Brown da un lato l'elemento costitutivo della sovranità politica, dall'altro una *finzione operativa*. O meglio una finzione che era stata operativa durante la modernità, ma che ora non lo è più o lo è sempre meno. Ne consegue che riattingere al nucleo teologico della sovranità significa ripristinare tale finzione, renderla nuovamente operativa attraverso una sorta di messa in scena fisica della decisione schmittiana. Il muro è allora il mezzo retorico attraverso il quale mostrare la scissione sovrana fra un dentro buono, positivo e ordinato, ma fragile e bisognoso di protezione, e un fuori caotico e distruttivo, che preme alle porte per distruggere, frammentare, cancellare l'ordine interno. I muri tagliano⁹⁶ e insieme ripristinano, cioè separano interno ed esterno, assicurando coerenza tanto al macro-individuo Stato quanto al micro-individuo singolo: sono un tentativo di ripristinare tanto la comunità quanto l'io.

Non può non tornare in mente la copertina del *Leviatano*, concepita dallo stesso Hobbes: il corpo dello Stato, rappresentato come un gigante composto dai corpi dei propri sudditi. Il doppio legame che unisce e incatena fin dall'inizio individuo e Stato, *io* e *sovrano*, soggetto e oggetto della sovranità, doveva nelle intenzioni di Hobbes essere reso evidente fin dall'inizio della dissertazione. Tale legame è il patto per la sicurezza, l'accordo che garantisce al sovrano ogni potere e all'individuo un unico diritto, quello ad essere protetto. Il mezzo per garantire l'attuazione e l'operatività dell'accordo è l'apparenza del potere sovrano, la narrazione della sua coerenza, il racconto del suo ordine e della sua esistenza. Il sovrano è così il composto dei propri sudditi, senza i quali non solo non avrebbe potere, ma nemmeno alcuna esistenza. L'individuo Stato è un insieme di individualità differenti, incoerenti, contrapposte e *naturalmente* conflittuali. Ma è proprio per evitare questa naturale conflittualità che gli individui si fanno sudditi, sottomettendosi ad un sovrano da loro stessi investito di potere, fino a quando conserverà la sua

⁹⁶ Il termine è qui da considerarsi alla luce della sua valenza originaria, in quanto derivazione del latino *de-caedere*, tagliare, tagliare via. L'origine etimologica ben fa emergere la carica di scissione, scelta e sacrificio che la decisione porta sempre con sé. De-cidere significa così innanzitutto escludere, distinguere un dentro da un fuori, una appartenenza alla luce di una espulsione; in quell'ottica binaria che è tipica del maturo diritto moderno.

apparenza di autonomia e potere.

Il muro rende quindi evidente e tangibile il bordo evanescente della sovranità, rende visibile la finzione invisibile della *reductio*, contribuendo alla costruzione «dell'immaginario di una nazione integra, a cui dovrebbe corrispondere una sovranità altrettanto integra»⁹⁷. Al fine di mettere in scena l'unità perduta, il rafforzamento dei confini spezza «la realtà dell'interdipendenza globale e del disordine globale mettendo in scena l'integrità, l'autonomia e l'autosufficienza della nazione»⁹⁸.

I muri agiscono realizzando due ordini di fantasie rassicuranti per chi sta all'interno del territorio recintato: incarnano da un lato fantasie di impermeabilità, dall'altro di innocenza e purezza. Nel primo senso i muri ripristinano la perduta protezione provocata dall'attenuarsi dell'orizzonte di senso nazionale. La realtà globalizzata minaccia la sicurezza del soggetto, la cui coerenza era resa possibile dall'identificazione nello Stato-nazione. «Quando si fa evanescente, la sovranità statuale diventa incapace di contenere la nazione e il soggetto. [...] I muri sono dei feticci analoghi, un feticcio che influenza tutti, dallo Stato al soggetto, con la sua promessa di una potenza ritrovata»⁹⁹.

Ma il muro evoca anche l'immagine di una nazione in pericolo, «sotto assedio», che deve difendersi da un 'fuori' aggressivo e minaccioso. In questo senso, spiega Brown, i muri possono nascondere l'aggressione sotto l'apparenza di una difesa necessaria:

«nel momento in cui i discorsi di tipo razzista che giustificano il colonialismo, la naturalizzazione delle gerarchie e le ingiustizie globali hanno una facile egemonia, i movimenti globali di persone e di capitali hanno sgretolato i mondi separati in cui vivono le popolazioni prodotte da queste stratificazioni [...]. Il risultato è un mondo di estrema e profonda disuguaglianza, senza più discorsi forti di legittimazione»¹⁰⁰.

Il muro funge allora autenticamente da schermo per chi vuole pensarsi equanime e corretto, poiché rappresenta la disuguaglianza come invasione illegale.

Il rafforzamento dei confini assolverebbe alla funzione narrativa di un rassicurante

⁹⁷ W. BROWN, *Stati Murati*, cit., p. 108.

⁹⁸ Ivi, p. 109.

⁹⁹ Ivi, p. 124.

¹⁰⁰ Ivi, p. 129.

ripristino della coerenza nazionale, proprio mentre le interdipendenze globali mettono in discussione l'autonomia della sovranità, e il senso di protezione e coerenza soggettiva che gli individui ne ricavano.

L'equilibrio dello Stato-nazione venne costituito proprio grazie alla delimitazione dello spazio entro il quale la sovranità avrebbe potuto esercitare il proprio potere di produzione e gestione dei diritti. La costruzione di una tale sicurezza passa ovviamente attraverso la proposizione di uno schema astrattizzante, in grado di riunire sotto un'unica appartenenza politica e una sola fedeltà giuridica soggetti provenienti da diversi ordini normativi. L'astrattezza della legge e l'*égalité* squisitamente formale della rivoluzione aiutarono in quest'opera di unificazione, ma già a partire dalle riflessioni di Hobbes traspare la necessità per il sovrano di costituire e limitare l'orizzonte culturale dei propri sudditi, in modo che nessun altro riferimento possa mettere in dubbio la sua autorità¹⁰¹.

L'intera stagione della modernità giuridica è stata fortemente debitrice della dissimulazione storica operata sulla molteplicità del reale, dall'eclissi degli altri possibili orizzonti di senso possibili:

«La sovranità politica è sempre stata una sorta di finzione, in particolare nelle democrazie, dove la sovranità oscilla tra formulazioni popolari e assolutiste e quindi tra un'astrazione che le attribuisce il popolo e un'abrogazione della democrazia che le attribuisce il potere autonomo dello Stato. Il disgiungimento del potere sovrano dallo Stato nella tarda modernità rivela in modo più patente questa finzione»¹⁰².

Questo tentativo di ripristinare il monopolio della sovranità statale attraverso il rafforzamento fisico dei confini nazionali è per l'autrice piuttosto ingenuo, finendo per sortire l'effetto contrario, cioè cedere spazio ad agenzie di senso non-nazionali (religione, economia, gruppi di cittadini che privatizzano funzioni di sicurezza e controllo). Al contempo però sottolinea la sensibilità della realtà statale alla percezione che la collettività ha di sé stessa.

¹⁰¹ Oltre alla ben nota questione dei miracoli e del loro uso, affrontata nel capitolo XXXII, Hobbes mette in guardia anche dal pericolo rappresentato dallo studio di altri modelli istituzionali nel capitolo XXIX: «E quanto alla ribellione contro la monarchia, in particolare, una delle cause più frequenti di essa è la lettura dei libri di politica e delle storie degli antichi Greci e Romani [...]» T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 346.

¹⁰² W. BROWN, *Stati murati*, cit., p. 66.

La prospettiva di Brown finisce tuttavia per assegnare un ruolo piuttosto limitato sia al sovrano che al confine. Il primo è in fondo ritratto nell'atto di ritirarsi, nel suo preteso arroccamento di fronte alla marea montante dell'Esterno globale. Il confine è invece colto nella sua coincidenza con il muro, come spazio scenico che ospita la messa in scena teologica.

Il punto che sembra più significativo in questa prospettiva, è la centralità rivestita dall'elemento immaginativo. La finzione sembra avere un ruolo centrale nell'operatività e nell'esistenza della realtà sovrana: lo Stato in questo senso non sarebbe altro che un discorso, ma è proprio questo discorso a rendere possibile la realtà dello Stato. L'analisi della teatralità del muro fa riemergere in altre parole, il nucleo narrativo dell'ordine statale, e più in generale l'importanza della credenza, della fiducia, nel funzionamento di un ordine sovrano. Più in generale, come vedremo, il concetto di finzione, nel senso di realtà storicamente costruita dalla conoscenza umana, strutturazione di un ordine di senso, si rivela come il tratto comune di ogni esperienza giuridica. La finzione è esattamente il metodo di azione dell'istituente e la condizione di persistenza dell'istituito: qualsiasi ordinamento giuridico inteso come ordine istituzionale, non solo la specifica forma Stato, si regge su quella che potremmo chiamare realtà finzionale.

6. Il globale come assemblaggio post-nazionale

Saskia Sassen attribuisce all'insieme dei processi in atto su scala globale il nome di *denazionalizzazione*: la rimodulazione del vecchio assemblaggio nazionale di *territorio autorità e diritti* (TAD)¹⁰³. Partendo dal presupposto che «di rado il nuovo nella storia è semplicemente *ex nihilo* e, al contrario, esso è profondamente

¹⁰³ Ovviamente anche questo assemblaggio è frutto a sua volta di un processo di nazionalizzazione, avvenuto progressivamente tra XIII e XVII secolo, con il rafforzamento dei sovrani europei in quanto autorità centrali nei propri rispettivi territori. Tale sviluppo, spiega l'autrice, è solo uno dei possibili percorsi storico-sociali che avrebbero potuto avere luogo a partire dalle capacità sviluppate dal precedente assemblaggio feudale. L'alleanza fra nascente borghesia mercantile e corone nazionali, ebbe come risultato da un lato lo sperato indebolimento della nobiltà feudale, con conseguente erosione dei loro privilegi; dall'altro una costante omogeneizzazione dei territori che cancellò assorbendola la nascente rete di città mercantili europee.

embricato con il passato, specialmente tramite dipendenza dal percorso»¹⁰⁴, l'autrice ricerca l'origine delle trasformazioni degli assetti storico-sociali nelle condizioni che li hanno preceduti. Per compiere tale operazione Sassen sceglie territorio, autorità e diritti come tre possibili *vie analitiche d'accesso* a ciò che lei chiama *assemblaggi*. Questi tre elementi sono considerati come «istituzionalizzazioni complesse»¹⁰⁵ della società, e in quanto tali costantemente presenti nella Storia in forme diverse, dunque idonei a rappresentare altrettanti navigatori entro le *scatole nere* degli assemblaggi; nel nostro caso dei due assemblaggi costituiti dal nazionale e dal globale¹⁰⁶. L'obiettivo è di rilevare le differenze e le continuità nelle trasformazioni storico-sociali, evitando al contempo di normativizzare l'esistente. Lo sforzo teorico è quello di «usare la storia per illuminare l'aprirsi e il chiudersi di possibilità, piuttosto che per tracciare un'evoluzione»¹⁰⁷. Un dato assemblaggio di territorio, autorità e diritti può allora essere letto come il risultato possibile, ma non necessario, del riorganizzarsi di capacità prodottesi nel periodo antecedente¹⁰⁸. Sassen ricostruisce in questo modo, una complessità oscurata dalle costruzioni storiche lineari, e svela una rete di rapporti e alleanze fra attori che contribuisce a smentire il racconto della sovranità come realtà realizzata e atemporale. L'idea è quella di rendere leggibile la «multivalenza delle capacità e quindi contribuire a chiarire una parte dell'illeggibilità delle maggiori trasformazioni in atto»¹⁰⁹.

La progressiva centralizzazione e monopolizzazione della forza, che ha permesso di costruire una cornice giuridico-politica *nazionale*, si rivela così il frutto temporaneo di un complesso di alleanze e lotte, di soggettivazioni e interdipendenze. La compresenza di questa pluralità prospettica, dovuta alla polivalenza insita nelle capacità, spiegherebbe anche le difficoltà nel leggere le trasformazioni in corso: le capacità maturate nell'assemblaggio nazionale infatti, non hanno una valenza meccanica e necessitante, non portano cioè necessariamente allo sviluppo di un

¹⁰⁴ S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*, cit., p. 7.

¹⁰⁵ Ivi, pp. 8 e ss.

¹⁰⁶ Ivi, p. 10.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Le capacità sono infatti definite come «produzioni collettive il cui sviluppo comporta tempo, formazione, concorrenza e conflittualità, e la cui utilità è [...] multivalente». Ivi, p. 11. Lo sviluppo di determinate capacità quindi, non determina una linea di sviluppo ma una molteplicità di traiettorie.

¹⁰⁹ Ivi, p. 12.

assemblaggio globale. Un insieme di capacità può virare in direzioni differenti, dando potenzialmente origine, a partire dalle stesse condizioni, a tipi di assemblaggi molto differenti. Così ad esempio, nel momento dello sviluppo del nazionale, venne superata e cancellata la possibilità, all'epoca concreta, di una costruzione reticolare di un sistema di città interdipendenti.

Il punto focale di questa possibilità trasformativa viene individuato nel «punto di svolta»¹¹⁰: il momento nel quale le capacità maturate in un dato assemblaggio mutano la propria funzione, schiudendo nuove possibilità di sviluppo e determinando un assemblaggio del tutto diverso, spesso apertamente contraddittorio rispetto a quello di origine. Questa analitica delle capacità e dei punti di svolta elimina per l'autrice il postulato secondo il quale l'affermazione di un nuovo ordine implica necessariamente la fine del vecchio, ma contemporaneamente evita «la tesi che lo stato nazionale stia ancora facendo quel che ha fatto per lungo tempo e che non molto sia cambiato»¹¹¹.

Per quanto riguarda il passaggio dal nazionale al globale, Sassen individua tre punti fondamentali, strettamente connessi fra loro. Il primo è che le capacità essenziali a questo processo erano giunte a maturazione fin dal periodo successivo alla Seconda guerra mondiale. Fino agli anni '70 tuttavia tali capacità hanno forgiato «una scala mondiale destinata a governare il sistema internazionale al fine di proteggere le economie nazionali da forze esterne»¹¹². Il sistema di *Bretton Woods* era quindi una fase di sviluppo delle capacità grazie alle quali, nei decenni successivi, sarebbe stata costruita la scala globale, pur restando molto più vicino alla precedente «scala mondiale».

Il punto di svolta, che ha rifunzionalizzato le capacità precedenti in chiave globale, è individuato nei rivolgimenti economici degli anni 70-80, quando la rete internazionale di soggetti resa possibile dall'equilibrio di *Bretton Woods* consentì un assemblaggio del tutto nuovo.

In terzo luogo, questa nuova logica organizzativa è la conseguenza di un complesso di dinamiche attuate in parte mediante un «riallineamento fondamentale all'interno dello stato e, di conseguenza, tra lo stato e il regno del

¹¹⁰ Ivi, p. 13.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Ivi, p. 184.

privato»¹¹³. Lo stato ha un ruolo costitutivo in tale riallineamento, e nel nazionale si colloca un *locus strategico* di questa trasformazione epocale¹¹⁴. Una trasformazione che vede nella moltiplicazione degli ordini specializzati una delle sue conseguenze possibili (e sempre più attuali) è una «proliferazione di cornici spaziali e temporali e una proliferazione di ordini normativi dove un tempo la logica dominante andava verso la produzione di cornici spaziali, temporali e normative unitarie»¹¹⁵. Una logica insomma centripeta, e difficilmente leggibile se forzata entro categorie rigide. Se i nuovi assemblaggi ricordano distribuzioni di potere pre-moderne, ad esempio, non va trascurato il significativo particolare della loro specificità. Essi sono infatti caratterizzati da un alto livello di specializzazione, parzialità ed elevata uniformità interna, oltre che da un livello di normatività difficilmente contrastabile dagli Stati stessi. Questi nuovi ordini normativi «tagliano» le unità matrici ancora esistenti e segmentano componenti un tempo unitari, producendo nuove disuguaglianze¹¹⁶. Così:

«La perdita di potere del livello nazionale produce la possibilità di nuove forme di potere di politica a livello subnazionale. Il Nazionale come contenitore di processi e potere sociale si è rotto, schiudendo possibilità per una geografia della politica degli spazi subnazionali. Le città sono gli elementi più importanti in questa nuova geografia»¹¹⁷.

L'assemblaggio globale si muoverebbe dunque verso un ritorno della metropoli come nodo focale degli equilibri sociali, economici e politici. La deterritorializzazione libererebbe le città dal precedente incapsulamento nazionale, conferendo ad alcune il ruolo di *città globale*, cioè di snodo focale per una complessa struttura reticolare transfrontaliera. Tale rete rappresenterebbe un tipo di scalarità del tutto nuova, che vede nelle città altrettanti *hub* specifici per la concentrazione di servizi e informazioni per il capitale globale¹¹⁸.

Gli assemblaggi sarebbero dunque strutture mobili, frutto temporaneo della ri-funzionalizzazione delle capacità, in quanto prodotto storico e collettivo della re-

¹¹³ Ivi, p. 185.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Ivi, p. 530.

¹¹⁶ Ivi, p. 531.

¹¹⁷ Ivi, p. 401.

¹¹⁸ Cfr. S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, tr. It. A cura di N. Negro, Il Mulino, Bologna 2010.

istituzionalizzazione e del riassetto dei tre elementi sopra indicati: territori, autorità e diritti.

A differenza della interdipendenza forte del nazionale, le connessioni globali non sono mai perfettamente compiute, risolvendosi in altrettanto incompiute sconessioni¹¹⁹. Il risultato è quello di un panorama instabile, centrifugo, nel quale acquista importanza la periferia. Il territorio si orizzontalizza, con effetti sia sui soggetti che sulla struttura degli spazi istituzionali e ovviamente sul diritto. La gerarchia delle fonti è così «colpita al cuore»¹²⁰, dato il depotenziamento della legge come strumento principe della regolazione dei comportamenti, e lo stesso criterio della validità è affiancato e talvolta superato da quello dell'efficacia: piuttosto che calate dall'alto, attraverso una decisione sovrana resa riconoscibile dalla forma in cui viene espressa (la legge), i comportamenti vengono sempre più spesso indirizzati da norme emerse dall'immanenza stessa delle pratiche, legittimate dalla loro stessa efficacia.

La dispersione spaziale delle attività economiche e la digitalizzazione della sfera del consumo e dell'intrattenimento hanno suggerito, a partire dagli anni '80, l'immagine di un pianeta sempre più decentrato. In realtà a questi fenomeni si è accompagnata la crescente necessità di funzioni di supervisione e controllo di tali attività. Funzioni altamente specializzate, attività qualificate, ma anche posti di lavoro a basso costo, hanno finito per riconcentrarsi in *snodi* strategici costituiti da alcune città distribuite in tutto il globo. La reticolarità degli scambi e dei flussi economici (ma anche culturali) ha richiesto infatti la creazione di luoghi dalle caratteristiche specifiche, in grado di condensare una quantità critica di capacità e funzioni di controllo e amministrative. Tali snodi strategici sono ciò che Saskia Sassen chiama città globali. Secondo l'autrice insomma, la ben radicata nozione di «economia globale» suggerisce immagini parziali, che trascurano «i concreti processi materiali, le attività e le infrastrutture essenziali per la realizzazione della globalizzazione»¹²¹. Le città globali si presentano oggi investite di numerose funzioni:

¹¹⁹ Ivi, pp. 86-87.

¹²⁰ Ivi, p. 88.

¹²¹ S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, cit., p. 16 ss.

«a) centri di comando dell'organizzazione dell'economia mondiale; b) luoghi e mercati essenziali per le industrie di punta del periodo attuale – la finanza e i servizi specializzati alle imprese; c) le principali sedi in cui tali industrie producono, fra "altro, innovazione»¹²².

Nella loro singolarità dunque le città globali sono paesaggi complessi, caratterizzati da regimi normativi e disciplinari in grado di sommare funzioni altamente specializzate e lavoro a basso costo, costituendo nuove forme di disuguaglianza funzionalizzate al mercato. Al contempo però, sebbene sia l'economia a far da traino allo sviluppo di questi ambienti metropolitani, in essi è osservabile l'innesto e la crescita di numerosi fenomeni sociali e culturali¹²³.

Altro motivo di interesse è il fatto che queste città sono reciprocamente interdipendenti, hanno bisogno l'una dell'altra, in un rapporto di interdipendenza reticolare tale per cui non è concepibile «l'entità 'città globale singola'»¹²⁴. Porre al centro dell'analisi i luoghi invece che le economie nazionali aiuta a comprendere il fenomeno, apparentemente contraddittorio, dell'arricchimento di una città o una zona proprio mentre il resto del paese di cui fa parte si impoverisce. Alla luce di una scalarità nazionale tale aumento della disuguaglianza interna contraddice la tendenza e la funzione propria degli assemblaggi nazionali nella modernità. Sassen rileva infatti come «una molteplicità di città, un tempo sedi di attività industriali e portuali, ha perso le proprie funzioni e versa in stato di degrado, non soltanto nei paesi meno sviluppati ma anche in quelli economicamente più avanzati»¹²⁵. Questo indebolimento generalizzato delle città industriali rientra nel più ampio fenomeno delle *nuove geografie della marginalità*, che attraversano sia i confini nazionali che le vecchie demarcazioni fra nord ricco e sud povero: un numero crescente di abitanti è oggi più povero¹²⁶.

¹²² Ivi, p. 21.

¹²³ Ivi, p. 102.

¹²⁴ Ivi, p. 21.

¹²⁵ Ivi, p. 22.

¹²⁶ Sulla globalizzazione come incessante dialettica tra istanze globali e locali cfr. R. ROBERTSON, *Glocalisation. Time-space and Homogeneity-heterogeneity*; M. FEATHERSON- S. LASH-R. ROBERTSON (a cura di), *Global Modernities*, Sage, London 1995, pp. 25-44; Z. BAUMAN, *Globalizzazione e glocalizzazione*, tr. It a cura di E. Coccia, Armando Editore, Roma 2005.

A questa geografia della marginalità corrisponde una geografia della centralità, il cui asse è individuato nei centri finanziari e di affari globali¹²⁷. Tali centri sono collegati da un intenso e crescente flusso di transazioni, intensificatosi a partire dagli anni '80 del secolo scorso. Il ruolo e la composizione di tali microrealtà è essenziale nello studio del processo della globalizzazione, e da un punto di vista più specificamente giuridico, getta una luce differente sul rapporto tra spazio e norma, tra soggettività e istituzionalizzazione che caratterizza l'epoca presente.

Il dato registrato è una crescita ininterrotta delle megacittà in situazione di primazia, nei paesi in via di sviluppo, e una ripresa dello sviluppo economico delle grandi città nei paesi occidentali. In aumento è anche la transazione dell'attività economica fra città.

Ma sono gli stessi modelli urbani a cambiare. Spezzata oggi l'endiadi moderna città/Stato, la città europea perde parte della sua centralità, venendo quanto meno affiancata da altri modelli. Se infatti la città europea aveva costruito e detenuto, nella modernità, uno *status* che inserendosi nella dimensione dello Stato in un certo senso ne dipendeva¹²⁸, tale panorama cambia oggi radicalmente. Non solo il nuovo paradigma della città globale costituisce un modello molto diverso, ma è la stessa città europea ad ergersi ambiziosamente come entità sempre più indipendente dallo Stato¹²⁹, tentando addirittura, secondo alcune opzioni teoriche, di sostituirlo¹³⁰.

Questa moltiplicazione di ordini normativi parziali, specializzati e applicati, destabilizza il persistente contesto di Stati-nazione, producendo sfide normative inedite, che tuttavia non prefigurano un ritorno al premoderno, quanto un nuovo tipo di modernità. Una sfida interpretativa che coinvolge contemporaneamente la concezione dello spazio moderno nazionalizzato, e l'idea stessa di normatività. Il mondo economico si 'cartolarizza', producendo nuovi tipi di luoghi strategici. Sassen ne individua quattro: zone di trasformazione per l'esportazione, centri bancari

¹²⁷ Sassen individua i centri principali nelle città di New York, Londra, Tokyo, Parigi, Francoforte, Chicago, Zurigo, Amsterdam, Sydney, Toronto e Hong Kong: S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, cit., p. 22.

¹²⁸ Sull'argomento cfr. M. WEBER, *Economia e società. L'economia, gli ordinamenti e i poteri sociali*. Vol. V, *La città*, tr. It. A cura di M. Palma, Donzelli, Roma 2016.

¹²⁹ J. AUBY, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la ville*, Bruylant, Bruxelles 2016.

¹³⁰ W. MAGNUSSON, *Politics of urbanism. Seeing like a city*. Routledge, London 2011.

offshore, distretti tecnologici e città globali. Ognuno di essi presenta diversi punti di interesse per un'analisi delle pratiche politico-giuridiche in atto. Ciascuno di essi assume assetti normativi e istituzionali peculiari, in funzione del proprio ruolo all'interno della geografia globale.

Le zone di trasformazione per l'esportazione, localizzate usualmente in paesi a basso salario, si pongono come punti a elevata intensità di lavoro, fornendo manodopera a basso costo per prodotti riesportati nel paese sede della casa madre al termine del ciclo produttivo. Affinché questa pratica sia possibile «i paesi sviluppati hanno dovuto architettare una congerie di provvedimenti legislativi, per altro in una fase storica in cui «i dazi e le misure di protezione di stampo keynesiano erano la regola nel mondo sviluppato»¹³¹, confermando quanto il linguaggio giuridico dell'autorità statale sia stato, e rimanga, fondamentale, nella realizzazione di questo nuovo ordine.

L'intervento dello Stato attraverso il diritto appare in questo quadro fondamentale per la produzione di questi spazi, come conferma la strutturazione dei centri offshore¹³². Questi luoghi rappresentano mercati in competizione con i meno flessibili e più regolamentati centri *onshore*, e già dalla fine degli anni '70 la loro presenza ha contribuito alla spinta generale alla deregolamentazione. La loro caratteristica è quella di una generale maggiore flessibilità rispetto ai grandi centri finanziari, specialmente su alcuni punti: «segreto bancario, accettazione del denaro 'che scotta', ammissione di certe opzioni 'lecite' non del tutto ammesse nei mercati deregolamentati dei principali centri finanziari e strategie di minimizzazione degli oneri fiscali per le società internazionali»¹³³. Essi rappresentano una localizzazione altamente specializzata per alcune operazioni finanziarie, che viene istituita da e *attraverso ordinamenti giuridici nazionali*; ma in quanto centri offshore essi fanno parte di un sistema geografico e istituzionale che travalica i confini territoriali e

¹³¹ S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, cit., p. 48. Tali zone si sono sviluppate infatti come meccanismo chiave a partire dagli anni '80, grazie anche ad incentivi costituiti da agevolazioni fiscali e leggi sul lavoro accomodanti.

¹³² In capo finanziario offshore non è necessariamente sinonimo di estero: «in sostanza esso denota un grado di regolamentazione minore di quello vigente *onshore*, termine che designa imprese e mercati non coperti dalla particolare legislazione dei centri offshore». Ivi, p. 59.

¹³³ Ivi, p. 58.

giuridici nazionali: la loro presenza ha potenziali conseguenze sulla vita giuridica e sulla legislazione di altri Stati.

Infine le città globali costituiscono gli *hub* organizzativi della rete di scambi e sistemi produttivi. La tendenza alla delocalizzazione e al decentramento delle attività produttive, nonché la rete di flussi economico-finanziari, ha infatti accresciuto l'esigenza di servizi di consulenza e coordinamento altamente specializzati, esigenza che a sua volta ha favorito un nuovo tipo di localizzazione, data dalla necessità che i fornitori di tali servizi alle imprese comunichino fra loro. Dunque le città globali non si limitano a contendersi gli affari, ma contribuiscono a produrre un sistema economico «che poggia sui distinti tipi di localizzazione rappresentati da queste città»¹³⁴. L'aumento di questi legami transnazionali fra città che rappresentano grandi centri finanziari ed economici è molto probabilmente accompagnato dai rapporti che legano ciascuna città al proprio «sistema urbano nazionale» e in generale al proprio territorio di appartenenza (*hinterland*)¹³⁵. Si assiste cioè alla creazione di uno spazio reticolare costituito da snodi urbani strettamente interdipendenti, che riscrive parzialmente la scalarità disegnata dal territorio nazionale¹³⁶.

A sua volta tale concentrazione porta con sé un aumento della domanda di lavoro a basso costo, facendo di tali centri altrettanti snodi fondamentali per le

«reti della diaspora [...], interessate a questioni transfrontaliere, quali l'immigrazione, il diritto d'asilo, i programmi internazionali per le donne migranti, le lotte contro la globalizzazione, e molte altre»¹³⁷.

Benché tali reti non coincidano con le reti urbane, esse finiscono in questo modo per intersecare un grande numero di città. Tale convergenza rende possibile l'inserimento di tali reti e gruppi all'interno della *infrastruttura della società civile globale*. Questo radicamento costante della realtà globale nelle pratiche di vita delle persone rende gli ambienti urbani globali un punto di osservazione potenzialmente

¹³⁴ Ivi, p. 91.

¹³⁵ Ivi, p. 92.

¹³⁶ Sull'interconnessione tra città globali Cfr. M. CASTELLS, *The informational City: Information Technology, Economic Restructuring, and the Urban Regional Process*. Oxford, UK, Cambridge, MA, Blackwell, 1989; cfr. anche A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano 2010.

¹³⁷ Ivi, p. 93.

privilegiato per osservare i processi attraverso i quali la globalizzazione si localizza in realtà specifiche¹³⁸.

Il tendenziale aumento delle disuguaglianze, che si registra sia all'interno degli ambienti metropolitani che in generale a livello planetario, sembra da ultimo aver suggerito all'autrice una tendenza all'espulsione di vaste porzioni della popolazione, oltre che di numerosi problemi e tematiche comuni a livello globale (tutela dell'ambiente, salvaguardia di risorse e territori ecc...) dal discorso economico, politico e di conseguenza anche giuridico¹³⁹. Così:

«il capitalismo della nostra epoca non è affatto simile a quelle sue forme precedenti che fiorirono grazie alla rapida espansione e alla relativa prosperità della classe operaia e dei ceti medi. La massimizzazione del consumo delle famiglie fu una dinamica cruciale di quell'epoca, come lo è oggi nelle cosiddette economie emergenti, ma nel complesso non è più il fattore sistemico strategico che contribuì a trainare la crescita per la maggior parte del XX secolo»¹⁴⁰.

Sebbene anche in questo contesto l'analisi colga diversi punti, essa appare eccessivamente influenzata da un approccio binario, di inclusione/esclusione che finisce per trascurare la molteplicità delle dinamiche e delle soggettivazioni in atto. Quello in azione oggi, in altri termini, non sembra un potere che esclude, ma che anzi opera una sorta di *esclusione inclusiva*, attraverso forme di eccezione che producono spazi e forme diversificati. Governamentalità liberale, disciplina e sovranità si intersecano nella produzione di individui, istituzioni e spazi altamente funzionalizzati, nei quali l'esclusione non è mai assoluta, e l'inclusione è sempre parziale e temporanea. Confine e spazio assumono in questo quadro un ruolo assolutamente di primo piano, ma dalle declinazioni estremamente complesse ed articolate. Come scrive Labriola:

«En el debate contemporaneo, es evidente que el confín ya no fija solo una simple particion entre territorios, sobre los cuales se ejercen derechos de soberania en sentido tradicional (y estatal por lo que a la modernidad y a nuestro reducido punto de observacion se refiere), sino que el mismo confín esta sometido a "practicass gubernamentales", dependientes del residual aunque no indiferente poder soberano

¹³⁸ Ivi, p. 95.

¹³⁹ Cfr. S. SASSEN, *Espulsioni*, cit.

¹⁴⁰ Ivi. P. 17.

de los Estados, pero tambien flexiblemente relacionadas con las tecnologas de mercado y con otros sistemas de medicion y control»¹⁴¹.

7. Graduazioni di sovranità

Su questa linea la chiave di lettura antropologica di Aihwa Ong apre prospettive affascinanti. Lo strumentario utilizzato da Ong è l'idea foucaultiana di governamentalità. Come è noto, in Foucault la governamentalità è un insieme di tecniche, saperi e dispositivi di potere. Rappresenta la logica con la quale di volta in volta il potere si manifesta. Per Ong, l'insieme dei fenomeni istituzionali osservabili oggi compone un contesto nel quale la razionalità neoliberista riesce ad indirizzare le pratiche e i comportamenti anche laddove non è presente o culturalmente egemone. In quanto «nuovo modo di ottimizzazione politica» il neoliberalismo riconfigura le relazioni tra governanti e governati, tra potere e sapere, tra sovranità e territorialità»¹⁴².

Il neoliberalismo non sarebbe dunque solo una dottrina economica, come viene di solito discusso e considerato, ma più in generale una «nuova relazione tra potere e sapere, attraverso cui le attività di governo sono riconfigurate come problemi, né politici né ideologici, che richiedono specifiche soluzioni tecniche»¹⁴³, dunque una *tecnologia di governo* spolicizzante, in grado di riconfigurare i rapporti di potere.

Al centro dell'analisi di questa tecnologia di governo l'autrice pone il concetto schmittiano di eccezione, in quanto decisione politica sovrana, collocata al di fuori dell'ordinamento giuridico e dalla regolarità della legge. Mentre però nella maggior parte delle letture l'eccezione è vista semplicemente come momento liminale e fondativo dell'ordine politico-giuridico, Ong vede in essa «uno straordinario dispositivo politico che può essere sviluppato tanto per includere quanto per escludere»¹⁴⁴. In altri termini, se nelle letture convenzionali l'eccezione è uno

¹⁴¹ G. LABRIOLA, *Muros y confines*, cit., p. 124.

¹⁴² A. ONG, *Neoliberalismo come eccezione. Cittadinanza e sovranità in mutazione*, tr. It. A cura di M. Spanò, Volo publisher, Firenze-Lucca 2013, p. 31.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 33.

strumento escludente, una cesura netta che dunque si iscrive perfettamente nella logica statualistica del discorso moderno¹⁴⁵, secondo Ong:

«le decisioni neoliberali hanno dato vita a nuove forme di inclusione, distinguendo alcuni cittadini-soggetti da altri e creando nuovi spazi che godono di straordinari benefici economici e politici»¹⁴⁶.

Tale eccezione neoliberale si presenterebbe in una duplice forma: quella 'attiva' del *neoliberalismo come eccezione*, e quella contraria dell'*eccezione al neoliberalismo*.

La prima formula fa riferimento all'applicazione di calcoli economici nella gestione di popolazioni e spazi sociali: sospendendo le pratiche democratiche l'eccezione neoliberale è in grado di legittimare scelte politiche in virtù di esigenze sottratte al discorso politico.

Viceversa le eccezioni al neoliberalismo vengono «invocate per escludere alcune popolazioni e alcuni spazi dai calcoli e dalle scelte neoliberali»¹⁴⁷, rinchiudendole in tal modo in recinti sottoponibili a interventi di carattere sovranista, spesso ferocemente repressivi, eppure funzionalizzati ad interessi interni alla logica economica.

Tali eccezioni funzionano poi in entrambi i sensi: tanto incrementativo quanto repressivo, tanto includente quanto escludente. Le eccezioni al neoliberalismo possono ad esempio escludere parte di una popolazione dalle tutele *welfaristiche*, o al contrario estendere o produrre per un'altra porzione tutele e privilegi particolari. Sono insomma parentesi di sospensione della logica neoliberale, funzionalizzate a questa stessa logica. Agendo all'interno e attraverso i confini nazionali, l'eccezione neoliberale disarticola la cittadinanza, dividendone le componenti per riarticularle in appartenenze specifiche. Facendo leva sulle necessità degli stessi individui essa li plasma, indirizzandoli alternativamente verso forme di vita incrementative oppure disciplinandoli attraverso l'uso della forza. Come scrive Ong:

«in alcuni *milieux*, l'eccezione neoliberale valorizza pratiche di calcolo e soggetti impegnati nel governo di sé considerandoli cittadini privilegiati. Allo stesso tempo, altri segmenti della popolazione sono posti al di fuori dei criteri neoliberali e resi

¹⁴⁵ Cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit.

¹⁴⁶ A. ONG, *Neoliberalismo come eccezione*, cit. p. 34.

¹⁴⁷ Ivi, p. 32.

perciò escludibili come soggetti e cittadini. Variazioni nelle capacità individuali o nell'esecuzione di prestazioni di mercato intensificano le disuguaglianze sociali e morali esistenti, confondendo le distinzioni politiche tra popolazioni autoctone e straniere»¹⁴⁸.

È da notare come gruppi di persone formalmente appartenenti alla stessa nazione, e dunque aventi la stessa cittadinanza, vengano in tal modo trattati in maniera assai diversa. Gli stessi percorsi di vita possibili e i contesti culturali e normativi di persone, formalmente cittadini della stessa nazione, possono essere estremamente distanti fra loro. La cittadinanza formale dunque resta, ma svuotata della sua azione, incapace di contenere, sia per eccesso che per difetto, il reale insieme di diritti, di legami, di appartenenze.

In questo contesto la presenza dell'apparato statale, la influenza delle imprese e il lavoro delle ONG contribuiscono in pari misura a plasmare spazi e regimi di appartenenza, determinando così fenomeni di *sovranità per intersezione*. È il caso, ad esempio delle *zone economiche speciali (SEZ)* e delle *regioni amministrative speciali (SAR)*, con le quali il governo cinese persegue fini specifici attraverso tecniche di scelta programmatica, istituendo spazi speciali in grado di concentrare un particolare tipo di mercato del lavoro, opportunità di investimenti e libertà amministrativa.

In generale gli stessi Stati codificano la propria territorialità in maniera diversificata e variabile, per competere meglio sui mercati globali¹⁴⁹. La sovranità allora non solo persiste, ma si rivela una chiave nella creazione delle *geografie post-sviluppiste*¹⁵⁰, generate dal complesso di risposte che gli Stati danno alla logica neoliberale. Tali risposte comportano la costruzione e la gestione di spazi specifici per regolamentazione e gestione, sia all'interno dei singoli territori nazionali sia

¹⁴⁸ Ivi, p. 45. Da notare che, sebbene l'analisi di Ong si concentri, come accennato, sul sud-est asiatico, l'autrice non manca di notare en passant come un tale processo di disarticolazione sia in corso anche in Europa, tra i diritti e i benefici a favore dei migranti, contro l'interesse dei lavoratori. *Ibidem*.

¹⁴⁹ Ivi, p. 48.

¹⁵⁰ «Postsviluppatismo» è per Ong una strategia maggiormente variegata rispetto allo sviluppo. Quest'ultimo, pur considerando l'economia nazionale l'obiettivo, e dunque il fondamento di legittimità dell'azione statale, parte dal presupposto di un territorio nazionale univoco. Tipico stato sviluppatista è ad esempio l'unione sovietica. Il postsviluppatismo è invece una strategia più variegata e diffusa che non considera il territorio nazionale uno spazio politico uniforme. Ivi, p. 111.

attraverso di essi, segmentando così il territorio nazionale assieme al contenuto della cittadinanza.

Tali spazi vengono prodotti dall'interazione di strategie statali con l'attività di un gran numero di soggetti a vari livelli di formalizzazione (multinazionali, ONG, ecc.).

Tra Malaysia, Indonesia, Thailandia e Filippine ad esempio, esiste un insieme variegato di zone dalla funzione altamente specializzata. All'interno di tale regione transnazionale sono individuabili zone di lavoro, di turismo, di raccolta di legname. Le *produzioni spaziali* più recenti comprendono però anche *parchi scientifici e centri di conoscenza*¹⁵¹. Il governo cinese è stato anche più audace nella sua politica di *zoning*, pianificando la rispazializzazione del suo sviluppo capitalistico attraverso tre strategie principali: la creazione di *zone economiche speciali, zone autonome speciali e zone di sviluppo urbano*. In ciascuna di queste zone si verifica una diversa combinazione di tecniche governamentali. Si può anzi dire che siano proprio tali tecniche a dare forma agli spazi e alle soggettività differenziate.

Già in *Da Rifugiati a cittadini*¹⁵² Ong aveva messo in evidenza attraverso le categorie foucaultiane di *homo oeconomicus* e *governamentalità*, i processi di soggettivazione/assoggettamento cui sono sottoposti i rifugiati cambogiani in nord America nel percorso di acquisizione della cittadinanza. Piegandosi ad una «rete di uffici, di *welfare*, scuole di formazione professionale, ospedali e luoghi di lavoro»¹⁵³ nuova, accettandola e assoggettandovisi, essi contemporaneamente la reinventano. Emerge in tal modo come la costruzione dei soggetti sia il risultato di una resistenza ad un potere normativo. Resistenza che tuttavia non è frontale, non è giocata sulla contrapposizione diretta di due vettori, ma distribuita, frammentata e agita costantemente sull'intero piano delle pratiche sociali. Nel momento stesso in cui si assiste all'assunzione consapevole del contesto giuridico di diritti e di obblighi, si mettono in opera pratiche mirate a sottrarsi alle tecniche governamentali di controllo. È da questo attrito costante tra istanze, visioni e interessi, che sorgono soggettività e spazi della governamentalità. Tutto viene giocato attorno alla norma, attraverso il suo uso e il suo riadattamento costante. Essa si limita sempre meno ad

¹⁵¹ Nello specifico in Malaysia e a Taiwan, oltre che a Singapore. Ivi, p. 112.

¹⁵² A. ONG, *Da rifugiati a cittadini. Pratiche di governo nella nuova America*, tr. It. a cura di D. Borca, Raffaello Cortina Editore, Milano 2005.

¹⁵³ Ivi, p. 29.

imporre o a 'tagliare' macro-appartenenze stabili, e piuttosto produce differenze funzionalizzate.

In questo quadro il sovrano rimane, ma in una modalità inedita: la sovranità è infatti «graduata». Con tale espressione l'autrice indica gli:

«effetti di un'amministrazione flessibile della sovranità, dal momento che i governi modellano che i governi modellano lo spazio politico in funzione del *Diktat* del capitale globale, concedendo alle aziende un potere indiretto sulle condizioni politiche dei cittadini in zone che sono differenzialmente articolate rispetto alla produzione globale e ai circuiti finanziari»¹⁵⁴.

Questi modi differenziali di trattamento della popolazione sono il risultato di un uso combinato di tecnologie disciplinari, regolatorie e pastorali, distribuite e combinate a seconda delle esigenze del mercato. Così i lavoratori non professionalizzati e i migranti vengono governati attraverso tecniche disciplinari nelle zone produttive, con l'intento di «promuovere tanto la produttività che la stabilità politica, creando quindi le condizioni propizie alla manifattura globale»¹⁵⁵. Nello stesso momento, in altre zone lavoratori stranieri altamente specializzati e membri di *elite* etniche dominanti sono regolati da una mano più leggera, attraverso metodi di cura pastorali: il foucaultiano potere *individualizzante*¹⁵⁶.

Un'epoca governamentale dunque, nella quale la governamentalità raggiunge il massimo della sua complessità, disarticolando l'immagine unitaria del dio-macchina Leviatano, riconfigurando i margini, i confini della sua presenza, *graduandone* il potere sovrano.

La norma si presenta così contemporaneamente nei suoi due significati, quello proprio delle teorie foucaultiane di normalizzazione dei comportamenti, e quello tipico, del linguaggio giuridico di normatività, cioè criterio binario del permesso/vietato. La normalizzazione si accompagna alla proliferazione dell'attività legislativa che come dimostrano gli studi antropologici di Ong, articola e permette tale normalizzazione.

¹⁵⁴ A. ONG. *Neoliberalismo come eccezione*, cit. p. 112.

¹⁵⁵ Ivi, p. 113.

¹⁵⁶ *Ibidem*. Per il concetto di «potere individualizzante» cfr. M. FOUCAULT, *Omnès et singulatim: Toward a Critique of Political Reason*, in *Power*, vol. 3 di *Essential Work of Foucault, 1954-1984*, New Press, New York 2000.

Lo stesso linguaggio normativo come visto si capillarizza attraverso l'uso, la produzione di sistemi normativi e regolativi si diversifica a livello globale e locale. Diverse popolazioni vengono così sottoposte, al di là della propria cittadinanza a diverse tecnologie di disciplina, regolazione e cura pastorale, in virtù di appartenenze non nazionali, ma basate su soggettivazioni di carattere etnico, culturale ecc. Tali appartenenze funzionano così come dispositivi di assoggettamento/soggettivazione e controllo per un oggetto, la popolazione, prodotto, e guidato dalla logica neoliberale.

Governamentalità e sovranità dunque si tengono, in un rapporto che non è di esclusione ma di *compatibilità*: modelli contrapposti ma complementari negli effetti, elementi di un potere complessivo che si muove e si sviluppa attraverso di essi.

Non si tratta allora di schierare i due modelli in una poco proficua contrapposizione frontale. L'obiettivo non è

«di verificare l'inattualità del modello sovranista rispetto a quello disciplinare, né tanto meno della norma rispetto alla legge, si tratta bensì [...] di rilevare la concorrenza di più modelli che rivelano non l'inadeguatezza del giuridico ma la sua insufficienza a rappresentare una realtà complessa e articolata [...]»¹⁵⁷.

Ma la stessa complessità di questo reale, che abbiamo visto mutare incessantemente dall'alba westfaliana degli Stati alla loro configurazione attuale in chiave globale, spinge a riconsiderare il giuridico in chiave plurale, allontanandoci dal porto sicuro offerto dalle categorie sovraniste.

Prendere atto di una coesistenza di ordinamenti giuridici implica tornare a chiedersi qual è l'elemento in grado di unire fattualità così diverse. Questo quadro complesso e decentrato, prodotto da autori non omogenei e attraverso pratiche differenti, si allontana dall'idea di governo e ne evoca inevitabilmente un'altra, quella di *governance*: un ordine funzionale fondato non sulla legittimità formale di un'autorità sovraordinata, ma su una condivisione di obiettivi. Nelle parole della ormai nota definizione di Rosenau:

¹⁵⁷ A. TUCCI, *Immagini del diritto. Tra fattualità istituzionale e agency*, Giappichelli, Torino 2012, p. 17.

«[...] *governance is not synonymous with government. Both refer to purposive behavior, to goal-oriented activities, to systems of rule; but government suggests activities that are backed by formal authority, by police powers to insure the implementation of duly constituted policies, whereas governance refers to activities backed by shared goals that may or may not derive from legal and formally prescribed responsibilities and that do not necessarily rely on police powers to overcome defiance and attain compliance. Governance, in other words, is a more encompassing phenomenon than government. It embraces governmental institutions, but it also subsumes informal, non-governmental mechanisms whereby those persons and organizations within its purview move ahead, satisfy their needs, and fulfill their wants*»¹⁵⁸.

Interessante il fatto che, come spiega Rosenau, mentre il governo può essere inefficace senza smettere di esistere, la *governance* basa la sua esistenza e validità proprio sull'efficacia. Se non è efficace la *governance* si trasforma in puro caos, o anarchia. Essa è dunque un ritorno al fatto dell'ordine, alla capacità di perseguire obiettivi all'interno di una razionalità comune.

È uno scenario nel quale, accanto ai sistemi tipicamente giuridico-moderni di *hard law*, centrati sulla distinzione binaria lecito/illecito e sorretti dal potere sanzionatorio, si affiancano strumenti di diritto leggero, di *soft law*, in grado di indirizzare i comportamenti senza sanzionarli, convincendo più che punendo, persuadendo più che vietando o obbligando.

Soft law e *lex mercatoria* mostrano in tal modo un diritto che

«[...] si fa sempre più inclusivo e tende a sganciare il piano dell'effettività da quello della validità, per come era stato pensato nella rappresentazione della razionalità formale e piramidale moderna»¹⁵⁹.

Come scrive Cassese insomma, «le metamorfosi del diritto non vanno nel senso della sua fine, bensì in direzione opposta»¹⁶⁰.

¹⁵⁸ J.N. ROSENAU, *Governance, Order, and Change in World Politics*, in J.N. ROSENAU, E.O. CZEMPIEL, *Governance without government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 4-5.

¹⁵⁹ A. TUCCI, *Globalizzazione giuridica e processi di governance*, in V. GIORDANO-A. TUCCI, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino 2013, p. 91.

¹⁶⁰ S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?* In P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?* Il Mulino, Bologna 2009, p. 29.

Il Capitolo: Panorami giuridici

1. Pluralismi

Di fronte alla massa di questioni prodotte da questa tendenza centripeta che a cavallo tra XX e XXI secolo ha cominciato a frammentare il quadro apparentemente unitario dell'ordine moderno, ha acquistato sempre più centralità, all'interno delle discipline che si occupano di diritto una prospettiva complessa che va sotto il nome di pluralismo. Pluralismo è infatti più che una teoria, un insieme di teorie, una prospettiva o un approccio che accomuna visioni eterogenee, tutte alla ricerca di una interpretazione del diritto che tenga conto della sua eccedenza di forme. Il tema, che gode oggi di una rinnovata primavera, non è certo inedito. Anzi il pluralismo, come è stato detto, «è tema vecchio e nuovo a un tempo»¹⁶¹. Vecchio in quanto la riflessione sulla molteplicità delle forme istituzionali è un punto che sembra tornare periodicamente al centro del discorso moderno, tanto che non sono pochi gli autori che fra otto e novecento hanno offerto un contributo rilevante alla possibile messa in prospettiva della unitaria silhouette statualistica. Dal pensiero sociologico a quello più direttamente teorico-giuridico, da Durkheim a Romano, passando per Hauriou, Duguit¹⁶², e antropologi come Gehlen, l'immagine di una società riottosa alla semplificazione è tornata ad assediare le mura del Sovrano, soprattutto nei gangli storici di forte trasformazione:

¹⁶¹ «Vecchio, - scrivono gli Autori - perché la natura plurale dell'esperienza giuridica sembra riemergere a ogni nuova crisi dello Stato, al punto che non sarebbe una forzatura né storica né concettuale sostenere che lo Stato moderno e tardo-moderno non è comprensibile se non come momento di una complessa dialettica che lo vede opporsi all'istintivo pluralismo del sociale: una dialettica per cui lo Stato tenta di ridurre e inglobare entro la propria (presunta) unità l'innata tendenza alla proliferazione delle pratiche sociali [...]». Nuovo però, in quanto «nuove sono le sembianze che esso assume nel panorama storico e giuridico-politico dei nostri giorni». M. CROCE-A. VASSALLE-V. VENDITTI, *Pluralismo giuridico. Temi, contesti, conflitti*, in «*Iura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*», Vol. XI, numero monografico: Pluralismo giuridico, 2014, p. 6.

¹⁶² L. DUGUIT, *Sovranità e libertà*, tr it, a cura di V. Rapone, Giappichelli, Torino 2007; ID. *Il diritto e lo Stato. La dottrina francese e quella tedesca*, tr. A cura di V. Rapone, Rubettino, Soveria Mannelli 2012; ID, *Le Pragmatisme juridique, Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre (1923)*. Présentation et traduction (conférence de Madrid) par Simon GILBERT, La Mémoire du Droit, Paris 2008. Sul tema cfr. V. RAPONE, *Il limite extragiuridico dell'ordinamento. Momenti della riflessione giusfilosofica italiana del primo '900*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

«la natura plurale dell'esperienza giuridica sembra riemergere a ogni nuova crisi dello Stato, al punto che non sarebbe una forzatura né storica né concettuale sostenere che lo Stato moderno e tardo-moderno non è comprensibile se non come momento di una complessa dialettica che lo vede opporsi all'istintivo pluralismo del sociale: una dialettica per cui lo Stato tenta di ridurre e inglobare entro la propria (presunta) unità l'innata tendenza alla proliferazione delle pratiche sociali, per poi lasciarsi erodere dall'interno da quella irriducibile molteplicità sempre troppo riottosa ai tentativi di uniformazione»¹⁶³.

Tale prospettiva è al contempo nuova perché «nuove sono le sembianze che esso assume nel panorama storico e giuridico-politico dei nostri giorni»¹⁶⁴. Di fronte alla sovrapposizione costante tra sistemi giuridici di ispirazione e origine assai differente, la matrice pluralista si rivela quanto mai feconda di approcci e strumenti inediti.

Nel 1986 con il seminale «*What is legal pluralism?*»¹⁶⁵ John Griffiths pone in qualche modo le basi per un radicale ripensamento dell'idea di pluralismo. Partendo dal dato della molteplicità degli ordinamenti, Griffiths denuncia come ideologica la pretesa di unità giuridica insita nell'approccio centralista, contrapponendo l'ideologia centralista a ciò che lui vede come una *realtà plurale*. Per Griffiths il centralismo giuridico è un pregiudizio ereditato dalla rivoluzione borghese e dalla egemonia liberale, secondo la quale «*law is and should be the law of the state, uniform for all persons, exclusive of all other law, and administered by a single set of state institutions*»¹⁶⁶. Nonostante i sistemi normativi subordinati a quello statale possano essere riconsociuti come portatori di una autorità morale, all'interno dell'ideologia centralista essi sono sempre subordinati ad una gerarchia univoca, il cui apice (*apex*) - coincidente con il sovrano, la *Grundnorm*, la regola di riconoscimento - è sempre un dato (*a given*).

Questa ideologia impedisce, secondo l'autore, di elaborare una efficace teoria generale, ed è di ostacolo ad una osservazione accurata dei fenomeni giuridici. Essa impedisce sia di rilevare l'esistenza di ordinamenti eterogenei all'interno del corpo

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, in «*Journal of Legal Pluralism*» Vol. 18, N. 24, 1986, pp. 1-55.

¹⁶⁶ Ivi, p. 3.

del diritto statualistico moderno, sia di analizzare con precisione i sistemi giuridici considerati 'primitivi', in quanto costantemente equiparati ad una visione falsa e idealizzata di quelli moderni. Il pluralismo è allora un fatto, non solo legato ad un passato primitivo, ma sempre attuale: è la realtà che si nasconde dietro l'ideologia centralista. Per liberarsi da questa ideologia limitante, prosegue Griffiths, non basta ammettere l'esistenza di ordinamenti giuridici, ai quali quello statale donerebbe legittimità riconoscendoli. Il vero pluralismo sta nell'accettare la contemporanea ed indipendente esistenza di ordinamenti diversi, che trovano in sé stessi, e non nell'unico diritto centrale, la fonte della propria validità. Griffiths pone così la differenza tra pluralismo in senso debole, solo apparente, e pluralismo in senso forte.

Il merito di Griffiths è quello di aver delineato, a partire da contributi eterogenei provenienti tra l'altro dall'antropologia e dalla sociologia del diritto « [...] l'obiettivo polemico condiviso da pressoché tutti i sostenitori del pluralismo giuridico»¹⁶⁷.

L'obiettivo delle posizioni teoriche successive è così stabilito, ma non pochi rimangono i problemi. L'iper-estensione del concetto di diritto della tesi di Griffiths assume connotati aporetici, nella misura in cui non spiega come mai lo Stato, essendo un ordinamento fra gli altri, riesca a imporsi su di essi: «egli non chiarisce se ciò sia dovuto a una mera relazione di dominio basata sulla forza oppure all'egemonia ideologica esercitata dal centralismo statalista»¹⁶⁸.

Più in generale uno dei rischi legati alla prospettiva pluralista è quello di un pangiuridicismo che descriva i gruppi sociali in modo eccessivamente rigido, «come se si trattasse di compagini omogenee e autonome, capaci di organizzare la loro vita interna in modo affatto indipendente da altri soggetti presenti nella sfera sociale»¹⁶⁹.

Se quindi la definizione in negativo del pluralismo (*cosa esso non è*) rimane condivisa, sostanziandosi nell'obiettivo polemico della visione centralista, resta più difficile definirne la *pars costruens*: cosa il pluralismo giuridico è, e soprattutto cosa il diritto è entro un'ottica pluralista. Questa difficoltà nel ricondurre ad unità le diverse teorie presentate sotto l'ombrello dell'etichetta pluralista, rivela la sua

¹⁶⁷ M. CROCE-A. SALVATORE, *Filosofia politica. Le nuove frontiere*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 159.

¹⁶⁸ Ivi, p. 161.

¹⁶⁹ Ivi, p. 163.

estrema eterogeneità interna. Più che un discorso univoco quindi, quella pluralista andrebbe considerata una prospettiva complessiva dalle molteplici direzioni possibili. Ognuna delle quali sviluppa le proprie potenzialità con modalità diverse, tentando di risolvere quel paradosso di fondo che consiste nel rapporto tensivo tra la costante forza poetica delle pratiche sociali, e la necessità di una stabilità legittimante. Se dunque il pluralismo costituisce da un lato una potenziale risposta ad un insieme di presunzioni che nasconde un complesso e ampio numero di fenomeni, dall'altro rinunciando al perno formale e riconoscibile della forma ufficiale, si addentra in un potenziale pangiuridicismo, che rischia di riprodurre lo stesso irrigidimento, moltiplicandolo.

Le prospettive a partire dal problema comune sono allora innumerevoli. Lo stesso discorso pluralista d'altronde, taglia l'argomento in maniera interdisciplinare, legando in uno stesso contenitore proposte e visioni estremamente eterogenee.

Benda-Beckman ad esempio, vede nel pluralismo un *paradigma analitico* più che un realtà obiettiva. Uno strumento in grado di «aiutare il teorico a stabilire cosa sia simile e cosa diverso in determinati fenomeni sociali di cui occorre indagare il carattere di giuridicità»¹⁷⁰.

Ciò che va difesa è cioè la possibilità teorica che modelli concettuali si trovino effettivamente a convivere sul piano fattuale nello stesso tempo e nello stesso spazio¹⁷¹. La stessa idea di coesistenza tra ordinamenti differenti può essere utilizzata in maniera diverse:

«'Co-existence' thus can mean many different types of interrelations and social practices. Elements from different systems may be fused in one context, and reproduced as distinct 'pure' systems in the other – theoretically by the same people, in the same village, all on the same day»¹⁷².

Più che realtà oggettiva a là Griffiths, qui il pluralismo assume le vesti di uno strumento di indagine, da applicare agli specifici aggregati sociali nella ricerca delle caratteristiche che ne fanno una realtà giuridica. Compito del teorico è allora l'individuazione delle caratteristiche che identificano come diritto i fenomeni sociali

¹⁷⁰ M. CROCE-A. SALVATORE, *Filosofia politica. Le nuove frontiere*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 163.

¹⁷¹ F. VON BENDA-BECKMAN, *Who's Afraid of Legal Pluralism*, in «*Journal of Legal Pluralism*», 47, pp. 37-83.

¹⁷² Ivi, p. 70.

considerati. Lo strumentario analitico però, non deve presentarsi come riduzionista, in quanto una definizione di diritto eccessivamente aderente ad un modello sarebbe di scarsa utilità. La sfida teorica di Beckman si giocherebbe dunque sul tentativo di liberare i paradigmi teorici da posizioni preconcepite. Su questa linea sostanzialmente antiriduzionista, ma che tenta di conservare una compattezza teorica non pan-giuridicista, Benda-Beckman immagina il giuridico come un insieme di indicazioni cognitive facenti parte di una specifica «costruzione» della realtà sociale. Il giuridico sorgerebbe insomma dallo stabilire, tra le relazioni socialmente possibili e in atto, quali siano quelle valide da quelle non valide. Compito del diritto sarebbe dunque quello di reificare alcune forme sociali fra tutte quelle possibili, indicando ai soggetti quali sono i comportamenti e le interazioni alle quali verrà riconosciuta validità (e tutela). Se il risultato di tale selezione/reificazione può variare significativamente, esso dovrà pur sempre essere un insieme piuttosto complesso, articolato, strutturato e stabile. Ed è infatti proprio a fattori come istituzionalizzazione, sistemazione interna, professionalizzazione tecnica, teorizzazione scientifica o grado di imperatività delle regole, che Benda-Beckman affida la qualificazione di giuridico ad un determinato aggregato sociale.

Da una prospettiva molto diversa, la riflessione di Teubner sviluppando l'approccio funzionalista di ascendenza Luhmanniana, esplora le potenzialità dell'approccio pluralista a partire dall'idea di *differenziazione* funzionale. Convinzione di Teubner è che il diritto odierno debba essere interpretato a partire dalla sua frammentazione sistemica e settoriale¹⁷³. È l'idea della *policontesturalità del diritto*, che suggerisce all'autore l'immagine di un sovrano non più individuabile o univoco, ma dai «molteplici corpi»¹⁷⁴. Idea che deve condurre, secondo l'autore, alla presa d'atto di una radicale frammentazione del sociale, nella quale sfere di interesse e domini eterogenei generano una serie di sistemi normativi (dall'economia alla politica dalla scienza, passando per i sistemi di comunicazione) destinati inevitabilmente a

¹⁷³ G. TEUBNER-A. FISCHER LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando Editore, Roma, 2005.

¹⁷⁴ G. TEUBNER, *I molteplici corpi del re: l'autodecostruzione della gerarchia del diritto*, in ID., *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La città del sole, Napoli, 1999, p. 99.

sovrapporsi ed intersecarsi, rendendo impossibile qualunque tentativo di ricomposizione.

Per Teubner il pluralismo deve essere inteso come una molteplicità di processi comunicativi, strutturati attorno ad un codice binario legale/illegale. Tutte le attività degli attori sociali vengono così selezionate dal giuridico in base ad una separazione netta di carattere comunicativo. L'adozione di tale codice è dunque anche il criterio identificativo del fenomeno giuridico, secondo l'autore. Una interazione è da considerarsi giuridica se è ravvisabile in essa l'adozione implicita o esplicita di tale codice comunicativo binario. In quanto sistema di comunicazione, tale codice può essere utilizzato da qualsiasi segmento sociale, che è in tal modo in grado di distaccarsi dal paradigma statualistico per assurgere a sistema giuridico autonomo o semi-autonomo. La progressiva adozione di questo meccanismo da parte di segmenti sociali differenti produce un movimento centrifugo rispetto alla centralità statualistica. Un movimento che finisce per coinvolgere sempre più aspetti della vita sociale.

La prospettiva pluralista di Teubner si impernia sostanzialmente sull'aspetto funzionalistico, sottolineando come la differenziazione e pluralizzazione degli ordinamenti non avvenga solo, o principalmente, sul piano territoriale – come nella prospettiva di Santos¹⁷⁵ – ma soprattutto su quello delle funzioni e dei compiti del diritto. La legittimità non è più così una esclusiva del diritto statale. Dal punto di vista teorico quindi, il pluralismo giuridico per Teubner non può fermarsi ad indagare i rapporti tra diritto dello Stato e diritti a questo subalterni o non riconosciuti; deve piuttosto, in quanto ne ha la possibilità, prendere atto della progressiva frammentazione sociale prodotta dalla produzione di autonomi discorsi giuridici. C'è insomma nell'Autore la convinzione del sostanziale crollo del paradigma piramidale. Gerarchie e deleghe starebbero cioè cedendo il passo ad una convivenza reticolare di strutture autonome funzionalmente differenziate, legate tra loro ad un livello - più o meno - orizzontale.

¹⁷⁵ Sousa Santos propone una prospettiva differente, descrivendo il diritto come un intreccio imprevedibile di reti di interlegalità: un insieme di ordini dotati di diversi gradi di forza normativa, che operano intersecandosi a più livelli (statale, transnazionale, regionale) in modo provvisorio e discontinuo. Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Towards a New Legal Common Sense. Law, Globalization and Emancipation*, Butterworths Lexis Nexis, London, 2002.

Werner Menski vede invece nel pluralismo una sfida alla teorizzazione del diritto sul piano globale, dovuta soprattutto all'incontro/scontro ormai innegabile fra il paradigma giuridico occidentale e tutte le forme di diritto non occidentali che pretendono riconoscimento. Pensare di negare l'etichetta di diritto alle realtà che a seguito delle colonizzazioni si trovano ad interagire con le strutture statuali ad esse sovrascritte, significherebbe conservare un pregiudizio eurocentrico. Pregiudizio che finirebbe per negare la voce a queste realtà locali:

«It often bluntly denies a voice to Asian and African 'others', expecting them simply to learn from us Europeans. Treating 'them' as virtual 'children', to be 'civilised' and socialised into 'our' ways of thinking and arguing about law, however, one fails to respect the axiom that law is everywhere culture-specific. This is a basic methodological error when faced with law's global liquidity. Such myopia is increasingly untenable and is deeply presumptuous. Today, there is indeed reluctant, but increasing acknowledgement that 'culture' and 'religion' are part of law's intense liquidity»¹⁷⁶.

Menski propone dunque di prendere atto della attuale *liquidità* del diritto, e abbandonando le certezze eurocentriche considerare finalmente la ricchezza di soluzioni giuridiche possibili, e soprattutto le interdipendenze che legano tra loro tali soluzioni provocandone la costante trasformazione. Raramente come oggi insomma, il diritto va letto come fenomeno in divenire, fluido e non riducibile a rigidi paradigmi.

L'approccio convenzionalista di Tamanaha parte dall'assunto dell'originario vizio di essenzialismo conservato da gran parte del discorso pluralista, il quale rimarrebbe legato al presupposto che il diritto sia una categoria fondamentale, e in quanto tale identificabile e descrivibile, o addirittura *«an essentialist notion which can be internally worked on until a pure (de-contextualized) version is produced»¹⁷⁷.*

¹⁷⁶ W. MENSKI, *The Liquidity of Law as a Challenge to Global Theorising*, in *«Iura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale»*, Vol. XI, numero monografico: Pluralismo giuridico, 2014, p. 29.

¹⁷⁷ B. TAMANAHA, *The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism*, in *«Journal of Law and Society»* Vol. 20, No. 2 (Summer, 1993), pp. 192-217, p.201.

Collegando la nozione di diritto direttamente alle pratiche sociali¹⁷⁸, Tamanaha apre la definizione indefinitamente, lasciando l'onere della identificazione al gruppo sociale che utilizza la pratica stessa. Tamanaha propone così un approccio *non-essenzialista*, che studi ciascuna forma di diritto nella propria specifica manifestazione e nella relazione con gli altri tipi di diritto presenti nell'arena sociale:

«Everything is left open to empirical investigation, and category construction and analysis following such investigation. Another significant merit of this approach is that its lack of content and presuppositions regarding law creates a critical distance that facilitates study as well as evaluation. It directs an equally sharp-eyed, unsentimental view at all manifestations and kinds of law»¹⁷⁹.

Il prezzo di questa vicinanza costante alla realtà del sociale è per Tamanaha la scomparsa di un singolo fenomeno da poter chiamare diritto: l'etichetta di giuridico può quindi essere applicata a qualsiasi pratica, a patto però che il gruppo sociale di riferimento applichi ad essa l'etichetta di diritto (*law*). In tal modo il concetto di diritto può aderire perfettamente alla realtà sociale, ma al costo della perdita di qualsiasi bussola definitoria. Se in altri la proposta di Tamanaha ha il doppio pregio di escludere dall'equazione qualsiasi pregiudizio ideologico e teorico, e di rimettere al centro attori e consociati nella identificazione del diritto, sembra pagare un costo troppo alto, e cioè l'assoluta impossibilità di un punto di osservazione esterno alla pratica sociale, che renda in qualche modo commensurabili le manifestazioni di quella 'cosa' a cui si è dato il nome di diritto.

Ammessa in altri termini l'applicabilità dell'etichetta diritto' ad una estesa serie di fenomeni sociali, rimane la necessità di coordinate definitorie minime che rendano possibile un accordo minimo sulle caratteristiche del fenomeno: per rendere cioè commensurabile da un punto di vista teorico la molteplicità di fenomeni che pretendono per sé la definizione di giuridici. È necessario cioè trovare una sintesi in chiave non essenzialista tra la tensione formalizzante e l'attrazione centrifuga

¹⁷⁸ Una pratica sociale, spiega Tamanaha, è un dispositivo euristico che aiuta ad isolare e a studiare alcune attività all'interno di un campo sociale. La nozione di pratica sociale può essere dunque utilizzata, secondo l'autore come uno strumento preliminare per l'identificazione del diritto, B. Z. TAMANAHA, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in «*Journal of Law and Society*», Vol. 27, N. 2 (Jun. 2000) pp. 296-321.

¹⁷⁹ Ivi, pp. 318-319.

dimostrata dalle varie incarnazioni del giuridico. Una sintesi che spieghi il ruolo degli attori giuridici e la loro subordinazione al diritto stesso.

Sebbene l'obiettivo non sia semplice, uno dei punti di partenza possibili può essere individuato nel recupero della categoria di istituzione nel senso ampio che al termine è dato dalla teoria di Santi Romano. Tale punto di partenza offre diversi vantaggi. Innanzi tutto esso permette di gettare un ponte fra istituzionalismo 'vecchio' e 'nuovo', cogliendone continuità e discontinuità, difetti e correzioni. L'istituzionalismo romaniano infatti offre per certi versi una sintesi delle potenzialità e dei limiti da correggere per un approccio che voglia inquadrare il diritto contemporaneo nel suo dinamismo. Non è un caso in fondo, che il giurista si fosse trovato ad operare proprio durante un'altra crisi dello Stato moderno, entrando così a contatto con una serie di poteri e istanze conflittuali, di cui la sua teoria costituisce dichiaratamente una risposta¹⁸⁰.

Quella di Romano è poi la prospettiva di un giurista e di un teorico del diritto giuspositivista, seppur atipico¹⁸¹, che di fronte alla pressione della Storia, mette in discussione il positivismo pur restando al suo interno¹⁸².

Quella di Romano può considerarsi, come vedremo una concezione al contempo giuspositivista e realistica che, senza espungere dal diritto il concetto di norma, la traduce nei termini dell'autoregolazione fattualista, e così facendo ne ridimensiona il ruolo definitorio, per concentrarsi invece sulla natura organizzativa del giuridico.

Svincolandosi dal costruttivismo e dal formalismo implicati dal *Sollen*, la concezione di Romano parte da e insegue il fatto, o meglio i fatti¹⁸³, i quali sono irrimediabilmente plurali e disorganici. L'ansia ordinatrice che persiste in Romano lo

¹⁸⁰ Come notato da Catania a proposito dell'istituzionalismo romaniano: «L'istituzione è quella sintesi che esplicita la relazione indissolubile tra società e diritto: come la società non perde il suo profilo unitario e la sua tensione verso determinati fini, nonostante il continuo mutare dei suoi membri, solo quando si esprime attraverso una organizzazione-ordinamento giuridico, così l'ordinamento giuridico mantiene il proprio carattere unitario e unificante, pur nel trasformarsi e perdersi di talune norme o nel nascere di nuovi provvedimenti che fronteggiano il mutare sociale, solo se corrisponde e dà espressione alla realtà sociale stessa»; A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 22-23.

¹⁸¹ «La dottrina di Romano può dirsi giuspositivista là dove si adotti una versione ampia del positivismo giuridico, cioè quella versione per cui il diritto è prodotto solo dall'azione (sia pure inconsapevole) degli esseri umani», M. LA TORRE. *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, III ed., Laterza, Roma-Bari 2008, pp. 129-130.

¹⁸² Del positivismo l'istituzionalismo romaniano discute la pretesa formatrice, l'ansia costruttivista e unificatrice, ordinante e la struttura logica coerente [...], A. TUCCI, *Immagini del diritto*, cit., p. 33.

¹⁸³ G. CAPOGRASSI, *L'ultimo libro di Santi Romano*, In G. CAPOGRASSI, *Opere V*, Giuffrè, Milano 1959.

conduce pur sempre ad un affresco tendenzialmente essenzialista, alla visione di una società sempre già pacificata e organizzata.

La fortuna di Romano in Italia è legata, non a caso, all'uso storicistico delle sue teorie. Particolarmente idoneo a descrivere la complessa ma conclusa stagione dell'esperienza giuridica medievale, l'istituzione trova nella documentata stratificazione dei sistemi giuridici pre-moderni il suo banco di prova più felice. Se finora abbiamo infatti osservato la moltiplicazione sincronica di un diritto in trasformazione, non va dimenticato il polimorfismo diacronico manifestato dal diritto nelle sue stagioni pre-moderne. Polimorfismo del quale l'istituzionalismo e il pluralismo in chiave romaniana costituiscono una chiave di lettura quanto mai efficace.

Partiremo dunque preliminarmente, dal fecondo utilizzo che di quelle categorie fa la Storia del diritto italiano. Lungo questa direttrice Paolo Grossi ricostruisce lo sviluppo del diritto premoderno partendo proprio dalla necessità di comprenderne e descriverne il carattere eclettico e stratificato, caratteristica fortemente limitata nei sistemi giuridici successivi. Per farlo egli ricorre da un lato proprio ad una prospettiva plurale, e dall'altro a quel legame tra società e diritto individuato da Romano e sostanzializzato nella categoria di istituzione. Viene in questo modo marcata la differenza tra le due esperienze e riemerge ancora più chiaro il ruolo centrale degli attori del diritto, fondamentale nella costruzione di qualsiasi cultura giuridica ed equilibrio sociale.

Il nodo teorico che dalla complessa e lunga esperienza medievale passa alla formazione dello Statualismo offrirà quindi, come accennato, un'utile strumento prospettico. Ripercorrere il processo storico che da quel polverizzato insieme di poteri e ordinamenti porta alla nazionalizzazione moderna servirà a completare l'inquadramento dei confini anche teorici della stagione statualistica. L'obiettivo di fondo è quello di strutturare la questione del polimorfismo giuridico - dalla quale deriva almeno in parte il problema della sua definizione - nella sua completezza: non solo nella sua dimensione sincronica di coesistenza di ordinamenti, ma anche in quella diacronica di trasformazione e adattamento successivi di modelli giuridici estremamente eterogenei. Dunque il rimando storico, senza alcuna pretesa di

completezza, vuole esclusivamente fornire un grimaldello teorico per affrontare le questioni accennate.

2. Il pluralismo nell'esperienza giuridica medievale

2.1. Diacronie

Una delle grandi sfide legate al giuridico è spiegarne le trasformazioni, individuando gli elementi di unità attraverso le costanti variazioni di un fenomeno sociale che non ha mai smesso di mutare dalla sua apparizione. Anche guardando alla sola storia romana ad esempio, la parola *ius* passa ad indicare, dall'origine dei primi insediamenti latini al culmine della Roma imperiale, strutture disciplinanti estremamente diverse. Legato a doppio filo con l'identità religiosa del primo nucleo cittadino, lo *ius* poggiava originariamente sulla conoscenza orale ed esoterica della classe sacerdotale dei *pontefices*. Ma gli sviluppi di epoca etrusca introdussero attraverso le dodici tavole un elemento, quello della *lex*, sostanzialmente estranea a quelle prime esperienze. Essa proveniva infatti dai contatti culturali sempre più frequenti con le città greche, dalla struttura politica democratica¹⁸⁴. Il valore innovativo delle XII tavole infatti, che furono per anni al centro di un acceso scontro politico e ideologico, non fu tanto nel contenuto, quanto nella forma: pur confermando nella sostanza le norme vigenti e senza ridurre significativamente privilegi e sperequazioni a favore della classe patrizia, per la prima volta le XII tavole contenevano quelle regole in forma scritta. Per la prima volta le leggi in base alle quali le decisioni venivano formulate, erano dunque certe e pubbliche, potenzialmente conoscibili da chiunque.

Particolare interessante La gran parte delle norme contenute nelle dodici tavole non riguarda le istituzioni pubbliche, ma norme di diritto privato, regolanti rapporti fra cittadini. La grande novità delle dodici tavole in fondo fu il loro carattere scritto e pubblico, che sottraeva parte del sapere – e di conseguenza del potere – giuridico alla classe sacerdotale. L'idea di *lex* quindi, con il suo carico di stabilità e conoscibilità pubblica, si affiancava da quel momento allo *ius* basato sui *responsa*

¹⁸⁴ A. SCHIAVONE, *Ius, L'invenzione del diritto in occidente*, Einaudi, Torino 2017, pp. 87 e ss.

(pontificali prima e più in generale gentilizi poi), costituendo una deviazione dall'antico modello¹⁸⁵.

Non solo la parola diritto è stata storicamente associata a fenomeni assai differenti fra loro, ma ciascuno di essi non ha mai smesso di trasformarsi, trascinando ben presto in assetti del tutto differenti da quello di partenza. Insomma sembra arduo separare il giuridico dal suo divenire storico. A questo divenire non può essere evidentemente estranea nemmeno la stagione moderna dello Stato-nazione, la quale fin dalle sue origini, come abbiamo visto, è stata attraversata da tensioni che ne hanno determinato i progressivi adattamenti di paradigma. Come visto, anche la realtà dello Stato moderno è a ben vedere scomponibile in modelli storici successivi piuttosto distanti fra loro: Stato assoluto, *Ständestaat*, Stato costituzionale, Stato sociale; e ancor prima esso fu frutto di un lento coagularsi del potere politico, a partire dalla realtà della *Gefolgschaft* feudale¹⁸⁶.

Studiare un fenomeno in così costante trasformazione può essere arduo senza un adeguato schema interpretativo. Tale schema dovrebbe ordinare e unificare il divenire storico sociale, riconsegnando al discorso un'unità minima. Ciò che viene ricercato insomma, sono delle categorie in grado di fornire delle coordinate teoriche per una definizione di diritto, che non prescindano dalle sue specificità storiche, sociali e geografiche, ma che sia in grado di comprenderle senza ipostatizzarle. Delle categorie definitorie che siano compatibili cioè, con ognuna delle esperienze *giuridiche*¹⁸⁷ con le quali siamo venuti a contatto.

Non è un caso che lo stesso Grossi consideri l'esperienza giuridica medievale come «Terreno d'elezione per verificare sul piano storico la teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici; crediamo che la teorica romaniana sia l'unico schema interpretativo che permettere una efficace comprensione»¹⁸⁸. Va rilevato infatti fin d'ora quanto questo metodo di analisi, fondato sulla storicità e relatività

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Gefolgschaft* è l'insieme dei rapporti fortemente personali e generici che innervava l'antica signoria feudale. A. CATANIA, *Lo Stato moderno*, cit., p. 9.

¹⁸⁷ Nelle parole di Paolo Grossi un'esperienza giuridica è un «modo peculiare di vivere il diritto nella storia, di percepirlo concettualizzarlo applicarlo, in connessione a una determinata visione del mondo sociale, a determinati presupposti culturali; significa quindi un insieme di scelte peculiari e di soluzioni peculiari per i grandi problemi che la realizzazione del diritto pone a seconda dei vari contesti storici»; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 2011., p. 23.

¹⁸⁸ *Ivi*, p. 230.

dei modelli giuridici converga in molti punti con l'approccio fattuale e attento al dato di Santi Romano. Il legame dell'esperienza giuridica, in quanto insieme di scelte peculiari, ai presupposti culturali della realtà storica sembra riecheggiare il carattere non volontaristico della costruzione giuridica, richiamando alla mente quello *ius involontarium* tanto centrale nell'istituzionalismo di impronta romaniana. Su Romano torneremo infatti più avanti in questo capitolo, per evidenziare le potenzialità analitiche contenute in quel legame tra società e ordine giuridico da Romano condensato nell'idea di istituzione.

2.2. L'officina della prassi

Per circa dieci secoli l'Europa fu un enorme laboratorio a cielo aperto, nel quale cambiamenti politici, climatici e militari spinsero alla creazione e al continuo perfezionamento di una miriade di schemi giuridici. Un polimorfismo che riecheggia per molti aspetti, nell'attuale metamorfosi del diritto contemporaneo, rendendo quell'esperienza per noi particolarmente interessante. Ripercorrere questa lunga vicenda costituisce una chiave di lettura preziosa per decifrare l'enigma del diritto, disseppellito dalle trasformazioni contemporanee. Sebbene siano da evitare paragoni eccessivamente stretti tra la lunga epoca pre-moderna e la stagione che stiamo vivendo, mi servirò dell'analisi di alcune corrispondenze per allentare il pregiudizievole legame che lega la visione del diritto moderno allo Stato. Tenterò cioè di riconsegnare il diritto alla sua storicità, per offrire degli spunti di lettura per le nuove forme che oggi va assumendo¹⁸⁹.

La caduta dell'Impero romano lasciò in occidente un vuoto politico, che si tradusse in una rapida frammentazione sociale ed economica. Il complesso sistema giuridico imperiale, frutto della raffinata evoluzione di diversi secoli di storia romana, non

¹⁸⁹ Attenzione fin d'ora tuttavia a confondere gli elementi di convergenza tra le due esperienze con una 'ri-medievalizzazione' *tout court* della sfera giuridica e sociale contemporanea. Sebbene il contemporaneo rifiorire di azioni giuridiche non possa essere ricondotto allo «schema tendenzialmente unitario dello Stato nazionale» infatti, la moltiplicazione di attori si staglia pur sempre «su uno sfondo di radicale modernità, con agenti che, assolutamente, fanno riferimento solo su se stessi. L'età premoderna presenta una pluralità e una frammentazione dei poteri, ma accoglie queste pluralità in un grande alveo ideologico unitario che segna il limite di quella pluralizzazione. Questa attuale è invece una scena con soggetti veramente differenti e decisi a far valere queste differenti prospettive, la cui logica comune - logica che sorregge gli accordi di autolimitazione e di auto-obbligazione - è il calcolo strategico di convenienza, il calcolo economico»; A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 82-83.

tardò ad adeguarsi, abbandonando gli elaborati schemi classici per rifugiarsi in soluzioni più modeste. Fiorirono realtà locali, nelle quali le limitate esigenze di ordine quotidiano erano lasciate all'elaborazione casistica di modesti esperti del diritto in grado di elaborare soluzioni specifiche a problemi concreti: notai, sapienti, giuristi. È l'inizio della lunga e articolata vicenda *dell'ordine giuridico medievale*. Poche stagioni della storia occidentale possono vantare una simile complessità e ricchezza di forme e strutture, mostrando una pluralità di fonti e piani ordinamentali, ciascuno dei quali dotato di identità e insieme unito agli altri, in una fitta rete di interdipendenze.

L'inizio della lunga esperienza giuridica medioevale trova la sua fase iniziale nel periodo che va dal V all'XI secolo d.C. Sfaldandosi, l'elaborata e vasta struttura imperiale lascia progressivamente il posto ad uno sordinato proliferare di piccole comunità, isolate e tendenzialmente autonome. In pochi secoli si consuma un cambiamento politico, sociale ed economico radicale. Sul piano politico prende avvio un rapido processo di decentralizzazione. Questa costruzione spaziale polverizzata e priva di centri politici forti sarà una delle caratteristiche principali dell'intero sviluppo successivo. Sul piano politico dunque questa nuova epoca è caratterizzata da un potere «incompiuto»¹⁹⁰, privo cioè della capacità, e perfino volontà che sarebbe poi stata propria del potere Statuale, di condizionare ogni aspetto della vita sociale. Tale potere incompiuto si disinteressa del diritto: il principe non è percepito né si percepisce come produttore di diritto quanto come soggetto dotato di *iurisdictio*, della prerogativa di applicare le norme¹⁹¹. Norme che derivano però da un complesso immanente di *mores* e consuetudini maturati nella vita stessa della comunità. Riferendosi alla impostazione giuridica dell'Inghilterra medievale Charles McIlwain, come è noto, sostiene che la superiorità del re consisteva in nient'altro che nel possesso del *gubernaculum*¹⁹², cioè del governo del reame, nient'altro. A questa prerogativa si contrapponeva una forma salda e permanente di organizzazione e di regolazione extra-politica dei poteri pubblici: la

¹⁹⁰ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2016, pp. 11 e ss.

¹⁹¹ Letteralmente di 'dire il diritto', *iuris dicere*.

¹⁹² C. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna 1990, p. 98.

*iurisdictio*¹⁹³. Siamo dunque di fronte ad una separazione netta, e ad una contrapposizione tra una sfera dei poteri politico amministrativi, in capo al re, ed un esercizio delle funzioni di giudice e primo legislatore in capo ai giuristi¹⁹⁴. Il *gubernaculum* e la *iurisdictio* del re, pur comportando una certa discrezionalità, si inserivano un contesto di «poteri originari» e di «paci particolari»¹⁹⁵. I detentori di tali poteri erano quindi in grado di incidere e limitare l'esercizio della discrezionalità sovrana e, particolare importante, erano in grado di farlo in base a un «potere giusto»¹⁹⁶.

Anche il ruolo della legge è differente. Non che le leggi non fossero presenti. Esse tendevano però a proporsi come mero strumento di consolidamento delle strutture consuetudinarie, limitandosi a confermare norme consuetudinarie di carattere orale già diffuse nella società¹⁹⁷. Sono i fatti in questo periodo a modellare la norma: in quest'epoca il diritto è caratterizzato da una potente fattualità, e dunque da una pesante immanenza. Il modello organizzativo delle singole comunità veniva ricostruito a partire dalla quotidianità, dal legame concreto con la materia. Fu dunque l'agire collettivo, più che una (assente) volontà politica sovraordinata a produrre l'ordine sociale nel medioevo.

È un modo di concepire e vivere il diritto distante sia dalla precedente realtà di radice greco-latina, sia da quelli che saranno i sistemi giuridici moderni¹⁹⁸. La dipendenza dell'ordine normativo dal fatto riverbera nelle soluzioni specifiche che il diritto assume in questi secoli proto-medievali, vera e propria *officina della prassi*¹⁹⁹. In questi primi secoli si forma quella che sarà la più complessa e matura cultura giuridica tardo-medievale; nelle piccole e isolate realtà locali, ad opera di esperti immersi nei problemi della propria comunità. Sono questi i secoli del primitivismo giuridico, di un diritto fortemente influenzato dalla sensazione di minorità e di sproporzione dell'individuo nei confronti della natura, «tanto da

¹⁹³ M. CROCE, *La conquista dello spazio giuridico. Potere statale e amministrazione della giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2009, p. 41.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ *Ivi*, p. 42.

¹⁹⁶ O. BRUNNER, *Storia sociale dell'Europa nel medioevo*, Il Mulino, Bologna 1978, p. 69.

¹⁹⁷ Si veda per tutti il caso importante dell'*Edictum Langobardorum* di Re Rotari, nel 643 d.C., in P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 55 e ss.

¹⁹⁸ *Ivi*, p. 59.

¹⁹⁹ *Ivi*, p. 63.

abdicare alla propria individualità e a confondersi e immedesimarvisi. [...] La mentalità primitiva tende a fondersi con i fenomeni»²⁰⁰. L'agricoltura torna a livelli di sussistenza, il paesaggio è dominato dalle foreste, in conseguenza del rimboschimento. La realtà naturale, esterna e aliena rispetto all'uomo, è vissuta come un elemento indomabile che impedisce le comunicazioni e isola le comunità. Le autorità centrali si fanno via via troppo distanti, e l'individuo isolato è troppo debole per ristabilire reti di comunicazioni che vadano oltre le immediate vicinanze. La ristretta comunità medievale diventa allora totalizzante: è la stabilità del gruppo a permettere la sopravvivenza, ed è il fatto dei suoi equilibri a stabilire legami, obblighi, poteri. Il baricentro del sistema si sposta da categorie e strumenti dotati di alti livelli di formalità ed astrazione, a strumenti più immediati e pratici nella loro specificità. Il *dominium* romano ad esempio, lascia spazio a forme proprietarie differenti, originate da forze quali *l'apparenza, il godimento, l'esercizio*²⁰¹.

Tre grandezze fondamentali strutturano le comunità medievali: *Terra, Sangue e Tempo*²⁰².

La Terra è il territorio su cui sorge la comunità, dal quale trae nutrimento e con il quale si identifica. Il rapporto con la Terra plasma la maggior parte della vita dell'individuo medievale. I problemi di gestione nascono dal rapporto sempre più concreto con luoghi dai quali molto difficilmente è possibile allontanarsi. La necessità e la costanza del lavoro agricolo generano e mettono in forma rapporti giuridici dotati di grande specificità. È quella che Grossi chiama «eclisse della proprietà formale»²⁰³: si moltiplicano le situazioni reali sulla cosa, che nascono da *forze primordiali*, cioè dall'immediatezza del fatto e dalla reiterazione del comportamento. È ad esempio la detenzione ad esercitare un ruolo di primo piano. La concretezza del possesso, la quotidianità del lavoro necessario all'individuo e alla comunità, viene preferita al generale assetto proprietario. Abbandonate le astrazioni, è la concretezza immanente inscritta nella Terra e nell'opera a produrre i vincoli generalmente riconosciuti e accolti. L'intera cultura proto-medievale, non

²⁰⁰ Ivi, p. 68.

²⁰¹ Ivi, p. 102.

²⁰² P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 21.

²⁰³ P. GROSSI, *L'ordinamento giuridico medievale*, cit., p. 71.

solo giuridica, sarà profondamente *reicentrica*: è l'universo oggettivo, esterno a dettare regole che non si può non rispettare.

Anche in materia contrattuale la tipicità romana cede il passo al fiorire di forme di accordo atipiche²⁰⁴. Si sviluppa insomma una grande zona franca delle *convenientae*²⁰⁵.

Proliferano figure negoziali e *iura in re*, che riconoscono nel consolidamento delle situazioni e nell'agire concreto degli attori, la fonte della loro validità. Se da un lato questo fondo naturale può essere il fondamento della stabilità del pluriverso giuridico medievale, dall'altro ne rappresenta il limite; un limite inesistente nella cultura giuridica romana nella sua maturità, consapevolmente e assolutamente *finzionale*²⁰⁶. C'è in questo reicentrismo e nel suo conseguente naturalismo un nucleo di ambivalenza fin d'ora osservabile, che ci accompagnerà negli sviluppi successivi: il rapporto con un piano del reale sottratto alla manipolabilità umana costituisce il fondamento dell'ordine giuridico medievale, e allo stesso tempo il confine invalicabile della sua inventiva.

Il secondo elemento costitutivo della società proto-medievale è il *sangue*, inteso come uno strumento unificante, «segno di identità in un crescendo che va dalla famiglia alla natio, al grande gruppo di coloro che nascono da uno stesso ceppo e formano una stessa stirpe»²⁰⁷.

Il terzo pilastro è il *tempo*, cioè la lunga durata che si esprime soltanto nella continuità delle generazioni nella quale si annulla il singolo²⁰⁸. Questo è uno dei punti in cui la distanza tra Grossi e Romano si fa davvero minima e più emerge per altro quella necessità dell'istituzione romaniana come chiave di lettura dell'esperienza giuridica medievale. La durata, la stabilità temporale come segno e

²⁰⁴ In particolare i contratti agrari: durante il basso medioevo, le esigenze agrarie «volatilizzarono» la vecchia locazione in una moltitudine di altri contratti, maggiormente idonei a favorire una maggiore produzione agraria. Fra questi sono da citare il *libellum* e la *precaria*, due strumenti che, proprio grazie alla loro genericità, si adattavano particolarmente ai vari contenuti dei differenti usi locali. Lo stesso nome *libellum*, d'altronde, si limitava ad indicare il documento sul quale il contratto era redatto; mentre *precaria* indicava «altrettanto genericamente l'atteggiamento di preghiera del coltivatore richiedente un certo terreno». Cfr. P. GROSSI, *L'ordinamento giuridico medievale*, cit., p. 107.

²⁰⁵ Ivi, p. 106.

²⁰⁶ Sul punto Cfr. Y THOMAS, *Fictio Legis*, tr. It. A cura di G. Lucchesini, Quodlibet, Macerata 2016; Si rinvia altresì fin d'ora al prossimo capitolo di questo lavoro.

²⁰⁷ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 21.

²⁰⁸ Ivi, pp. 21 e ss.

strumento del superamento delle individualità è proprio una delle radici più solide alla base del percorso de «L'ordinamento giuridico»: ciò che distingue un'istituzione giuridica da una fila alle poste.

È forse osservabile uno scarto incolmabile fra il terzo elemento (il Tempo) e i due precedenti. Mentre quelli sono infatti parte di una esperienza specifica, quella delle piccole comunità alto-medievali, il tempo è un elemento comune, trasversale a tutte le forme di diritto, almeno nelle visioni che si pongono sulla linea istituzionalista. Se in altri termini sono possibili (e storicamente individuabili) esperienze giuridiche che prescindano da un legame stretto con il territorio e i legami familiari, seguendo la via della generalità e dell'astrazione, non c'è realtà giuridica che possa prescindere dalla risorsa-tempo. Non c'è fatto giuridico se non nel tempo, come entità che superi e attraversi le generazioni, nutrendosi di esse e insieme costituendone la continuità. Terra e sangue rimangono elementi specifici: criteri per riconoscere l'appartenenza dell'individuo alla comunità (il sangue), o elementi del sostrato organizzativo, potenzialmente assenti in altri tipi di organizzazione (Terra). Il tempo inteso come stabilità ultrasoggettiva invece, è elemento necessario e comune ad ogni struttura istituzionale, in quanto forza costituente e segno della sua esistenza.

Il particolarismo localistico non è l'unica realtà giuridica che la forza del tempo produce nell'esperienza medievale, che va letta come stratificazione progressiva di livelli giuridici coesistenti. Mentre le comunità locali ricostituiscono le proprie specificità sui criteri appena descritti, la Chiesa romana forma nel corso dei secoli un ordinamento connesso con la verità divina, la legge imperturbabile della volontà di Dio inscritta nell'ordine naturale delle cose, e dunque valida in ogni luogo.

Formandosi in maniera alluvionale dai *decreta* pontificali, il diritto canonico diverrà via via realtà strutturata, costituendo insieme all'Impero, uno degli universalismi fondanti il complessivo ordine giuridico europeo. Riempiendo il vuoto lasciato dal potere politico, la Chiesa si strutturò ben presto in una comunità giuridica solida, fissando il proprio ordine con materiali tipici e irripetibili, tanto da fare di quel diritto (*canonico*) una realtà dalle peculiarità fortissime, ed estremamente solide.

La comunità cristiana trovò nel sapere giuridico ereditato da Roma, assieme alla credenza nella medesima fede e alla speranza comune nella salvezza, uno dei

pilastri per la costruzione di un corpus, di una comunità compatta. Non fu solo l'eredità della cultura giuridica latina a permettere questa costruzione, ma anche il legame deliberato con la società, con la realtà secolare. Ancora una volta, la sensazione di debolezza dell'individuo isolato contribuisce a forgiare una comunità solida. Questa però, priva di legami escludenti come terra e sangue, sarebbe divenuta istituzione virtualmente omnicomprensiva, attraversando i secoli e innervando la Storia europea, affiancando, sovrapponendosi e influenzando, tutti gli altri ordinamenti²⁰⁹. I due piani dello *ius divinum* e dello *ius humanum*, avrebbero da lì in poi percorso i secoli affiancati, come due schemi separati eppure costantemente interdipendenti. Non è un caso che il diritto canonico, e il suo rapporto con i diritti Statali sarebbe stato uno degli esempi preferiti di Romano per avvalorare la sua visione di pluralismo giuridico.

Iura propria e diritto canonico formarono così due realtà stratificate. A queste altre si aggiungono progressivamente, grazie all'azione di una pluralità di attori, impegnati in un dialogo costante lungo lo spazio e il tempo europei.

Nonostante la gerarchia delle fonti sia in quest'epoca evidentemente sbilanciata a favore della consuetudine, la *lex* continua a svolgere un ruolo centrale. Essa è però concettualmente molto diversa dalla legge moderna²¹⁰. Essa infatti «[...] è sostanza più che forma, ed è nozione relativa [...] perché tutta sostanziale.» La differenza non potrebbe essere più netta con la legge nella cultura politico-giuridico moderna, «dove la nozione di legge è invece rigidissima perché formale»²¹¹. La *lex*, nell'esperienza medievale, deriva la propria legittimità da un principio sostanziale, è forma di riconoscimento del *Volksrecht*; una serie di contenuti derivanti dall'agire sociale, che il principe si limita a codificare, a tradurre cioè in forma scritta, e ad applicare attraverso decisioni giurisdizionali. Ben poca rilevanza hanno nel processo le decisioni potestative dell'autorità politica.

Nella cultura moderna legge sarà, all'opposto, uno strumento formale, dotato di generalità e astrattezza, attraverso il quale il potere sovrano potrà far conoscere le proprie decisioni all'intera comunità. La volontà sovrana assumerà così un ruolo

²⁰⁹ P. GROSSI, *L'ordinamento giuridico medievale*, cit., p. 113.

²¹⁰ Ivi, p. 135 e ss. Grossi utilizza qui il termine latino quasi in contrapposizione all'omologo italiano legge.

²¹¹ Ivi, p. 136.

fondamentale, in quanto principio di legittimità della forma legale. È In questa trasformazione che è raccolto l'intero passaggio dall'esperienza medievale e quella moderna: tanto sostanzialistica la prima, quanto formalistica la seconda; tanto sapienziale quella, quanto volontaristica questa.

L'alba dell'XI secolo restituisce alla società europea la complessità che il primitivismo proto-medievale aveva cancellato. Le comunità cominciano ad aprirsi, una generale azione di disboscamento riconsegna ampie porzioni del territorio europeo all'agricoltura, favorendo l'incremento demografico. Nonostante il paesaggio sia ancora prevalentemente agrario, rifioriscono gli ambienti urbani, mentre l'aumento degli scambi commerciali crea i presupposti per la ricomparsa della figura del mercante.

Gli *iura propria* non sono più in grado da soli di sopperire alla crescente necessità di regolamentare rapporti tra individui e realtà differenti. Il nuovo equilibrio sociale, molto più aperto e meno contratto, spinge ad un'altra trasformazione negli schemi giuridici. Appena un secolo più tardi i tempi sono maturi per la nascita di una cultura giuridica in grado di unificare, progressivamente, l'intero territorio europeo. La rinnovata complessità dei rapporti fra le varie comunità in conseguenza della possibilità di nuovi contatti, pone il complesso degli ordinamenti di fronte ai limiti della fonte consuetudinaria. Lenta, particolarista, locale, essa avverte ora il bisogno di una intelaiatura unificante. Ancora una volta è facile leggere questa esigenza utilizzando le categorie di Romano: tra l'XI il XII secolo un insieme di istituzioni autonome, formatesi entro nicchie culturali scarsamente comunicanti, entrano improvvisamente in contatto, con l'esigenza di cooperare e riconoscersi vicendevolmente. La situazione storica è matura per la nascita di una meta-istituzione, un ordine giuridico superiore che trascenda e unisca gli equilibri consuetudinari locali. Secondo Grossi, due vie portano storicamente a questo obiettivo: la legge (nel suo senso moderno) e la scienza; in altri termini, o un soggetto politico centrale, abbastanza forte da imporre autoritativamente il proprio modello normativo; oppure una legittimazione costruita attraverso l'autorevolezza della conoscenza, una struttura di categorie conoscitive e sapienziali messe a punto da una rete di studiosi e dottori del diritto: un linguaggio comune, in altri termini, costruito da una comunità di sapienti in dialogo fra loro.

«Se nei secoli protomedievali gli uomini si incontravano chiudendosi verso l'esterno paghi di rinserrarsi nella protezione murata del castello, ora la sede ideale per l'incontro comincia ad essere la città, una comunità di uomini e case disponibile verso l'esterno, vocata - per propria natura - ad allacciare relazioni e a porsi al centro di un reticolato di queste, sempre situata su grandi arterie di comunicazione che le portano sangue e vita»²¹².

Ma al volgere del XII secolo entrambi gli universalismi medievali sono impegnati fra loro in una lotta per il potere assoluto. Entrambi contribuiranno a sostenerne l'equilibrio complessivo, ma nessuno dei due potrà realmente vantare un potere assoluto²¹³.

I potentati locali che formano la vasta rete del modello feudale non sono certo in grado di fondare una griglia giuridica comune, né lo sono le singole comunità. Il potere, in altri termini, continua in questa seconda fase, a presentarsi come incompiuto, e la risposta che il XII secolo europeo dà alla sua nuova esigenza di ordine non può che essere di tipo *sapientiale*. Chi potrebbe produrre il necessario linguaggio comune per questo ordine generalizzato «Quando lo Stato è un futuribile e il principe, assimilando inconsciamente una psicologia collettiva è parchissimo nel produrre diritto?»²¹⁴.

2.3. Dal Diritto sapientiale alla *reductio ad unum*

Il medioevo sapientiale viene costruito sulle basi consuetudinarie dei secoli proto-medievali. I soggetti che lo strutturano sono principalmente maestri del diritto, che basano la loro autorevolezza sul proprio prestigio spirituale e intellettuale, derivante dalla loro relativa indipendenza dal potere politico, e dal loro legame con le tradizioni consuetudinarie e gli equilibri locali.

²¹² Ivi, p. 128.

²¹³ La stessa lotta fra Chiesa e Impero mostra quanto entrambe le strutture politiche fossero dipendenti da conoscenze e credenze esterne ed indipendenti da loro stesse. Sarà qui appena il caso di ricordare la significativa vicenda della falsa donazione di Costantino, nella quale la detenzione del potere ultimo (spirituale e temporale) era fatto dipendere da un atto di donazione dell'imperatore Costantino a Papa Silvestro. Ciò indica anche quanto fosse centrale il ruolo dei dottori e giuristi negli equilibri politico-sociali dell'intera Europa. Cfr. B.Z. TAMANAHA, *On the rule of law. History, Politics, Theory*, cit.

²¹⁴ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 152.

Ciò che manca tuttavia è un principio di legittimità ulteriore, che travalichi il sostanziale provincialismo degli *iura propria*, ponendosi come griglia unificatrice. Ciò che più tardi farà il potere statale a livello nazionale, e – ovviamente in modo diverso – il diritto internazionale al livello superiore. Ora però, nel passaggio fondamentale costituito dal 1100 d.C., questa legittimazione viene rinvenuta dai giuristi nella autorevolezza di un testo da lungo perduto, il *Corpus Iuris Civilis*, che i tempi sono maturi per ritrovare²¹⁵. Voluto dall'imperatore Giustiniano, esso rappresenta un «maestoso monumento»²¹⁶ alla cultura giuridica romana, costituisce un evento centrale per il successivo sviluppo del diritto europeo.

Per tutto il primo medioevo le esigenze semplici e gli scarsi mezzi culturali degli operatori giuridici avevano finito per oscurare il sapere giuridico romano. Ora però i tempi sono maturi per il suo recupero. L'anno 1076 segna indicativamente il momento in cui l'antica conoscenza imperiale torna dall'oblio altomedievale. È infatti il momento in cui per la prima volta ci si riferisce ai cinquanta libri del *Digesto*, in una carta giudiziaria di provenienza toscana²¹⁷. L'opera acquista presto un ruolo centrale nello sviluppo della successiva fase dell'ordine giuridico europeo non solo, e forse non tanto, per il carico di elaborate conoscenze e strumenti contenuti al suo interno, quanto per il potere legittimante che è in grado di esercitare. Il *corpus* viene infatti calato nella realtà esistente, diventando il perno di una ricca e costante elaborazione strumentale per risolvere i problemi della società in cui i giuristi che lo leggono si trovano ad operare. Non è la passione antiquaria che li anima ma una viva esigenza: una nuova cultura giuridica è necessaria, e ciò che resta per fondarla è ancora una volta la forza data dal tempo, la stabilità data da un sapere antico e autorevole. La durata è ancora una volta sorgente del processo di istituzionalizzazione giuridica.

²¹⁵ Il *Corpus Iuris Civilis* venne redatto, per volere di Giustiniano, nella seconda metà del VI secolo d.C., per consolidare il vasto e complesso diritto romano. Esso è composto da quattro opere autonome: le *Istitutiones*, sorta di manuale sul modello delle Istituzioni di Gaio, destinato agli studiosi di diritto; i cinquanta libri del *Digesto*, antologia di frammenti estrapolati da alcune delle opere più eminenti dell'epoca in materia giuridica; Il *Codex*, che raccoglie le costituzioni imperiali emanate a partire da Adriano fino allo stesso Giustiniano; le *Novellae*, che raccoglieva, a integrazione del *Codex*, le costituzioni emanate successivamente alla sua pubblicazione, fino alla morte di Giustiniano.

²¹⁶ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 49.

²¹⁷ *Ibidem*.

Gli stessi protagonisti di questo cambiamento si collocheranno nella piega fra autorevole tradizione e viva innovazione, adattando le categorie del *Corpus* alle nuove esigenze del tempo, ancorando il proprio lavoro di *invenzione* alla incontrovertibile autorevolezza di quella eredità. Prima la scuola dei glossatori, poi quella dei commentatori²¹⁸, utilizzeranno le solide radici del corpus per far crescere l'alta e ramificata pianta dello *ius commune*, ma non dimenticando mai di proporsi come meri interpreti o commentatori dell'antica sapienza. Lo *ius commune* che ne deriverà sarà, nelle parole di Grossi, «un diritto prodotto da giuristi»²¹⁹ plasmato cioè da una serie di figure (giudici, notai, avvocati, scienziati ecc.) formati non più solamente nella pratica quasi 'artigiana' dei piccoli centri, ma sulle pagine di un testo che conferiva alla loro interpretazione una validità «senza frontiere». Gli studi attorno al diritto romano divennero un immenso discorso tecnico-scientifico, capace di legare i principali centri della cultura e della società europea.

A partire dal XIV secolo circa, la rete delle università europee plasmò e restituì una scienza in grado di costruire un sistema giuridico sconfinato, fondato sul *lessico* comune del ritrovato diritto romano e su un continuo scambio di esperienze e conoscenze²²⁰.

Contemporaneamente altre istituzioni si formano. La rinnovata pratica degli scambi commerciali ad esempio, produce un altro linguaggio giuridico, molto più specifico: quello appunto del diritto commerciale o *lex mercatoria*, «insieme di regole e di istituti all'insegna della specialità [...] nati spontaneamente nella verifica della pratica quotidiana»²²¹. Formatasi come usi locali nella pratica di piazze mercantili locali, alcune di quelle regole si diffusero ben presto, sospinte dal favore di questo

²¹⁸ La scuola bolognese dei glossatori prima, e quella dei commentatori poi, si incaricarono principalmente di studiare, diffondere e interpretare il materiale del codice. Un cenno meritano i nomi con cui le due scuole finirono per essere designate. La prima si rifà ovviamente alle glosse, cioè alle annotazioni interpretative lasciate a margine dei manoscritti studiati. Glosse erano in greco letteralmente le «parole che avevano bisogno di spiegazione».

Sulla stessa linea la consecutiva scuola dei commentatori, che trovava nel commento al testo il suo strumento d'azione: <http://www.treccani.it/enciclopedia/glossa/>

²¹⁹ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 52.

²²⁰ Significativa in tal senso la circostanza, del rimando da parte del giurista Bartolo da Sassoferrato, durante una sua lezione dell'opinione di un maestro tedesco, che durante la lezione della mattina aveva a sua volta richiamato le posizioni del proprio maestro, dell'Università di Orléans. Il rinvio, che riportiamo di seguito, ci è giunto nel commentario al Digesto, al frammento 17, titolo 2, libro 41: «*quidam Doctor de Aurelianis, ut retulit ille Doctor Theutonicus qui pridie hic repetiit, dicit..*», in P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 53.

²²¹ Ivi, p. 63.

coetus mercatorum, fino a formare una rete di istituti comunemente utilizzati dall'intero ceto per i propri scambi. Un'altra *koinè* giuridica, formatasi nel dialogo immanente delle pratiche quotidiane.

Il complesso dei legami feudali finì per produrre un altro reticolato di regole, fondato su principi ancora differenti. La divisione del territorio europeo e la sua attribuzione a signori locali, legati fra loro da rapporti di fiducia personale, aveva creato un sistema di autorità politiche decentrate e parziali. Questo insieme di rapporti personali diede vita per sedimentazione ad un diverso corpo consuetudinario, costruito su una strana confusione di diritto privato, quello vantato sulla terra dalla nobiltà, e pubblico, ovvero il diritto/dovere di amministrare il territorio assieme a tutti i suoi abitanti²²². Questa rete di rapporti individuali finisce per essere «assorbito dalla terra» legando alcuni poteri pubblici (*honores*) alla pertinenza dei territori privati. Tale insieme subisce una prima sistemazione già a metà del XII secolo, in una raccolta chiamata *Usus feudorum*, o *Libri feudorum*²²³, a riprova della sua coerenza.

La prevalenza di una economia a carattere agrario che ha in un primo momento permesso la prevalenza della nobiltà feudale sul nascente ceto mercantile, è però destinata a mutare.

Nel trecento si hanno già i primi segni delle trasformazioni sul piano economico, politico, culturale e ovviamente giuridico, che porteranno in pochi secoli all'affermarsi di una struttura politica e di un modo di intendere il diritto del tutto nuovi. L'approccio reicentrico che abbiamo visto dominare il medioevo è destinato ad essere superato da un paradigma antropologico del tutto differente.

L'ascesa della borghesia e l'affermarsi di un nuovo soggetto, l'*homo oeconomicus*, in grado di affrancarsi eticamente e materialmente dagli atavici legami con lo spazio immobile del medioevo, sarà un tassello fondamentale delle evoluzioni successive nonché una delle cause del loro sfociare nell'evo moderno. Nei secoli successivi l'alleanza progressiva fra queste due forze emergenti, corona e borghesia, sposterà gli equilibri di potere economici e politici fino a creare qualcosa di completamente diverso. Per Tamanaha:

²²² Ivi, p. 61.

²²³ Ivi, p. 62.

«*Monarchs increasingly obtained a greater proportion of their income through the more reliable means of substituting fee-generating state courts for baronial courts, procuring loans from wealthy merchants, and taxing commercial activities (especially customs taxes)*»²²⁴.

Nei termini di Sassen, le capacità maturate in questo periodo, dalle caratteristiche ancora medievali, avrebbero in seguito prodotto un assemblaggio di territorio, autorità, diritti completamente differente. Circa tre secoli dopo, spinta dall'alleanza sempre più solida tra borghesia e corona e dall'inesorabile indebolirsi dei due universalismi medievali, l'Europa sarebbe stata pronta per un complessivo processo di nazionalizzazione²²⁵ e del processo di secolarizzazione.

L'antropocentrismo e la rivoluzione scientifica restituiscono centralità e fiducia a quell'individuo che nei secoli precedenti era rimasto relegato al ruolo di parte di un tutto reale. Fra quattro e cinquecento il soggetto torna ad essere sovrano, responsabile delle sue fortune e persino diretto interprete del proprio rapporto con la divinità. Quando l'umanesimo raggiunge la religione ha luogo quell'evento esplosivo che è la *Riforma*. L'attacco al cuore dell'universalismo della chiesa romana causerà, dopo più di un secolo di lotte, l'emersione dell'altro grande polo del soggettivismo moderno, quel Leviatano incarnato nello Stato-nazione che, appena tre anni dopo la Pace di *Westfalia*, Thomas Hobbes descriverà così vividamente²²⁶.

A partire dal XIV secolo le cose si muovono relativamente in fretta. A partire da quel laboratorio moderno che fu la Francia, il sovrano si rafforza, e comprende il valore dello strumento giuridico come cemento del suo potere. Così mentre si moltiplicano le *ordonnance* regie, nel 1312 Filippo il Bello nel riorganizzare gli studi giuridici dell'Università di *Orléans*, dichiara che l'autorità del *Corpus Iuris* all'interno del regno di Francia è da considerarsi consuetudine sottoposta al beneplacito regio²²⁷. Nel 1539 Francesco I emana l'ordinanza *Villers-Cotterêts*, con la quale impone la lingua francese per la redazione di tutti gli atti giuridici ufficiali, e dunque anche delle raccolte di *coutumes*, di norme consuetudinarie. La circostanza ci permette di notare due particolari interessanti. Il primo è l'imposizione della lingua,

²²⁴ B. Z. TAMANAHA, *On the rule of law*, cit., p. 30.

²²⁵ Cfr. S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*, cit.

²²⁶ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, cit.

²²⁷ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 77 e ss.

al fine di costituire un'identità giuridica ufficiale: il diritto francese deve essere redatto e letto in francese, delineando così un'identità nazionale e linguistica che coincide con quella giuridica. Questa strategia, per altro intuibile in modi differenti nel pensiero di Machiavelli²²⁸, costituirà più tardi il cardine della stabilità Statale. Solo attraverso l'imposizione di un insieme di tratti culturali comuni, in cui il gruppo sociale della nazione può identificarsi al di là delle differenze, permetterà di costruire la visione ufficiale dell'ufficialità²²⁹ necessaria al mantenimento dell'apparato burocratico statale.

Il secondo elemento di interesse viene da una distinzione operata da Jean Bodin, nei Sei libri sullo Stato del 1576, poco più di trent'anni dopo l'ordinanza *Villers-Cotterêts*. Qui Bodin descrive i nuovi assetti giuridici delineando una differenza netta tra *droit* e *lois*, fra diritto e legge. Nell'ottavo capitolo del libro primo, parlando della Sovranità infatti, *Bodin* spiega che diritto e legge «sono due cose ben diverse fra loro: il diritto riguarda l'equità e la legge comporta comando: essa non è altro che il comando del sovrano nell'esercizio del suo potere»²³⁰. Una cosa è insomma il diritto in quanto frutto equitativo della cultura sociale, un'altra la legge in quanto sintesi di tutte le prerogative del Sovrano. Nell'isola giuridica inglese, le trasformazioni convivono con una linearità della tradizione di *common law* che nemmeno la modernità nella sua pienezza riuscirà a spezzare.

La gerarchia delle fonti diventa, per la nuova realtà statale, un punto nodale. Il progetto moderno vede nella gerarchizzazione rigida delle fonti del diritto, alla cui sommità non può esservi che la forma/legge, un elemento fondamentale per il suo processo di centralizzazione. All'apice la «forma vuota» della legge veicola la volontà del politico; appena al di sotto stanno gli strumenti di progressiva specificazione di quella volontà, stabiliti per i singoli organi; infine, all'ultimo gradino, proprio quella consuetudine che era stata per secoli la fonte giuridica per eccellenza. Nel vuoto lasciato dagli universalismi medievali il sovrano aveva ripristinato l'ordine all'interno del territorio nazionale proprio grazie al potere disciplinante del diritto. I nuovi protagonisti della scena giuridica, la borghesia e il

²²⁸ Ne *Il Principe* ad esempio, Machiavelli intuisce perfettamente il legame tra la cultura di appartenenza e la fedeltà al principe. Cfr. N. MACHIAVELLI, *Il principe*, Bur, Milano 2008.

²²⁹ Cfr. P. BOURDIEU, *Sullo stato*, cit.

²³⁰ J. BODIN, *I Sei libri sullo Stato*, tr. It. A cura di M. I. Parente, vol. I Utet, Torino 1988, p. 395.

sovrano, non potevano che diffidare di quell'equilibrio immanente e vitalistico, difficile se non impossibile da controllare in quanto geneticamente rizomatico, che era stato il *droit*. Inizia così l'età dei codici, dei compiuti progetti giuridico-politici di un oramai compiutissimo potere politico, pensati con l'intento specifico di regolare ogni aspetto della vita sociale. L'alleanza fra sovrano e borghesia viene così confermata e sancita da ampi documenti giuridici che si occupano non solo di regolare le istituzioni pubbliche, quanto di fissare e regolamentare le categorie e gli strumenti del diritto privato. I codici che vedono la luce per la prima volta nell'800 poco hanno a che fare con le precedenti raccolte, cui la storiografia ha dato lo stesso nome. Essi sono strutture chiuse, complete ed esclusive, strumenti della volontà sovrana frutto della complessa e raffinata elaborazione di tecnici, studiosi e operatori del diritto animati da un medesimo disegno ordinatore e appartenenti in massima parte alla stessa comunità intellettuale: quella degli illuministi. L'obiettivo è imporre dall'alto un ordine more geometrico, semplificare un paesaggio fino ad allora riottoso alle riduzioni, ma che adesso si presta all'astrazione dei principi della vincente borghesia. La ri-costituzione di quest'ordine artificiale necessita di nuovi puntelli simbolici, fissati in quelle che Grossi chiama *mitologie giuridiche della modernità*: Legalità, uguaglianza, astrattezza sono le idee sui quali si fonda l'ordine trascendente del moderno, nate dalla alleanza tra il ceto quello borghese/mercantile con il potere politico del sovrano.

I tre diritti sui quali Locke fonda l'indipendenza dell'individuo (proprietario) nei confronti del potere pubblico sono un altro esempio di quanto il soggetto borghese, facendo da *pendant* al soggetto Stato modelli il giuridico in questo periodo:

«Le teorie contrattualistiche moderne legittimano il Potere sovrano riportandone l'origine all'autorizzazione da parte degli uomini. Spinti dalla paura di morire, per Hobbes, essi calcolano razionalmente la convenienza ad aderire al patto che li priva dei loro poteri lasciando ad un unico, il sovrano, il potere tutto, in cambio della sicurezza della vita. In Locke invece essi stipulano un contratto con il sovrano che a sua volta si obbliga a rispettare i loro diritti»²³¹.

Questi diritti, *Life, liberty and property*, rappresentano gli interessi storici di una borghesia cresciuta ormai al sicuro sotto l'ombrello dello Stato, che naturalizza le

²³¹ L. BAZZICALUPO, *Politica. Rappresentazioni e tecniche di governo*, Carocci, Roma 2013, p. 31.

prerogative storicamente acquisite: nuovo spazio del non-istituibile, in quanto istituito come realtà naturale, esterna e precedente rispetto alla politica e al diritto. Queste mitologie sono il frutto dello stesso ceto di giuristi che ne viene legittimato, e naturalizzano un ordine culturale in grado di sostenere la *reductio ad unum* operata nella modernità. Per dirla con Bourdieu, lo Stato:

«[...] supporta uno dei punti di vista sul mondo sociale, che altro non è se non il luogo di conflitto fra i punti di vista. Afferma che un determinato punto di vista è quello buono, è il punto di vista di tutti i punti di vista, 'il piano geometrico di tutte le prospettive'. Si tratta di un vero e proprio effetto di divinizzazione, per realizzare il quale deve far credere di non essere lui stesso un punto di vista»²³².

Il processo di nazionalizzazione prodotto dal complesso di condizioni culturali, economiche e politiche iniziate tra XV e il XVII secolo, sarebbe culminato nel XVIII in modi e con risultati diversi, a seconda delle diverse realtà politiche e territoriali. È quello che con Glenn possiamo chiamare «principio di formale disarmonia giuridica»²³³, la cui origine è fatta risalire da Sassen, fra l'altro, ai diversi rapporti fra potere politico e classe economica in ciascuno Stato, in conseguenza del diverso sviluppo di ciascun mercato interno²³⁴.

Lo sconvolgimento dovuto a quella che Hobsbawm chiama *l'età della catastrofe*²³⁵, contribuisce non poco a mettere in discussione la centralità dello strumento-legge, e con esso le mitologie che lo accompagnavano. Il lungo periodo bellico delle due guerre mondiali indebolisce lo strumento legalistico. Le necessità della guerra richiedono un utilizzo sempre più massiccio di provvedimenti legislativi d'urgenza, evidenziando per la prima volta in maniera drammatica lo scarto tra l'astrazione formale del diritto *legolatrico* e le esigenze mutevoli e imprevedibili della vita

²³² P. BOURDIEU, *Sullo Stato*, cit., p. 53.

²³³ H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, Bologna 2011, pp. 107-108.

²³⁴ Mentre ad esempio l'alleanza fra Borghesia e Corona ai danni della nobiltà in Inghilterra fu rapida e solida, consentendo alla prima di essere un fondamentale autore politico, in Francia la borghesia rimase sempre piuttosto debole. Per attuare la sua Rivoluzione dovette appoggiarsi ai contadini e alla piccola borghesia artigiana, trovando un'unione grazie alle idee di libertà e democrazia. Ciò comportò la protezione di interessi che sarebbero stati spazzati via da un più rapido sviluppo della classe borghese. Ancora diverse erano le condizioni di Germania e Stati Uniti. Cfr. S. SASSEN, *Territorio, Autorità, Diritti*, cit., pp. 135 e ss.

²³⁵ H. J. HOBBSAWM, *Il secolo breve*, cit., pp. 32 e ss.

sociale. Ancora una volta di fronte alla 'carnalità del fatto', il legislatore non può che adeguarsi, compromettendo però l'affilato e delicato strumento legislativo:

«Nello sconvolgimento provocato dalla prima guerra mondiale, lo stesso legislatore italiano, stretto dalle enormi necessità belliche che sempre più urgono, è costretto a fare i conti con quei fatti che i vecchi miti della astrattezza e della purezza avevano creduto di poter esorcizzare [...]. I fatti riprendono il protagonismo, e per i giuristi si profila un paesaggio sostanzialmente nuovo: la fattualità del diritto, o, se volete, la sua ineliminabile impurità, la sua dipendenza dalla bassa corte dei fatti (soprattutto economici)²³⁶.

Da quel momento sarebbe stato evidente che non tutta la vita sociale può rientrare nelle forme austere della volontà legislativa. I miti dell'eguaglianza formale e del primato della legge cedono di fronte alla necessità di adeguare il sistema alle sempre più pressanti necessità concrete. L'ondata di costituzionalismo post-bellico sarebbe la fortunata conseguenza.

A conflitto terminato è necessario ricostituire ancora una volta l'ordine giuridico. Questa volta però si procede riconoscendo la pluralità delle organizzazioni sociali cui i singoli sentono di appartenere, la sostanziale diversità degli interessi, dei legami, delle appartenenze. In Italia ad esempio La Costituente, leggendo «la società nei suoi valori» e «nei suoi fatti di vita»²³⁷ produce un testo denso di concretezza, rivolgendosi direttamente al cittadino comune, tornando a riconoscere e tutelare le comunità intermedie. Esempio cardine nella nostra carta costituzionale rimane il principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3²³⁸, chiave di volta del mutamento di prospettiva. L'ordinamento non si limita più a riconoscere l'*uguaglianza formale* dei micro-soggetti cittadini/individui di fronte al macro-soggetto Stato, ma introduce fin dai primissimi articoli, un principio di *uguaglianza sostanziale*, che riconosce e corregge il fatto della disuguaglianza. L'espressione «di fatto» non ha nulla di banale o di innocuo, chiarisce Grossi, come testimoniano gli

²³⁶ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 9 e ss.

²³⁷ Ivi, p. 14.

²³⁸ «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

ampi contrasti che ne accompagnarono la redazione e l'adozione in seno all'assemblea, nonché i vari tentativi di devitalizzazione successivi²³⁹. È l'epocale superamento di quella paradossale astrazione del diritto ottocentesco. La stagione del neo-costituzionalismo rompe così le austere linee del formalismo legalistico, mettendo al centro del sistema una serie di strumenti molto più duttili: i principi costituzionali. Ciò apre lo spazio necessario, negli anni successivi, ad un vivace lavoro di innovazione di carattere giurisdizionale, attraverso un approccio di tipo pratico-ermeneutico.

Se è così, c'è da chiedersi se non fu quella, in tutto il suo pluralismo politico e culturale, una soluzione tutta interna allo Stato: assottigliata la maestà delle mitologie giuridiche moderne, tornati in piena salute i soggetti collettivi, gli Stati riconoscono la varietà delle proprie realtà territoriali per ricomporla al proprio interno. Negli anni successivi tanti e diversi sarebbero potuti essere, e di fatto furono, gli attori socio-politici, ma sempre all'interno di uno Stato in grado di proporsi come campo e arbitro del conflitto. Era insomma iniziata una nuova stagione dello statalismo, inteso questa volta come spazio-contenitore di una complessità autopoietica, una meta-organizzazione in grado di assicurare compattezza, identità e durata ad un insieme molto più ampio di visioni e sottoordinamenti. Nelle nuove carte costituzionali il riconoscimento del carattere conflittuale della società diventa il cardine per ricostituire una *reductio ad unum*. Il cuore dell'operazione costituente è così il ripristino di una fonte di legittimità forte, per un ordinamento di nuovo scosso nelle sue certezze. Tale legittimità viene ritrovata in una sorta di armistizio tra gli attori sociali emersi vincitori dalla caduta: il riconoscimento flessibile dei frammenti discordanti di società sarebbe stato paradossalmente il collante che li avrebbe tenuti assieme. L'ammissione dell'esistenza di voci dissonanti avrebbe permesso negli anni successivi di coordinarle, se non proprio di dirigerle. Insomma, *sempre più società, sempre meno stato*, come scrive Grossi? Forse, ma quel più di società sarebbe rimasto per qualche anno ancora inscrivibile nell'assemblaggio nazionale, nel quale alla pluralizzazione

²³⁹ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 16 e ss.

dello scenario sociale rispondeva la politica solidale ma ordinante del *Welfare State*²⁴⁰.

Viene da chiedersi se questa transizione di fase del diritto non sia proprio uno degli elementi scatenanti della *Unsicherheit* diffusa descritta da Bauman, una conseguenza della quale, per altro, è indicata da Brown proprio nel tentativo di rafforzare i confini nazionali, attraverso una teatralizzazione della loro difesa. In questo legame fra insicurezza dell'individuo e teatralizzazione controproducente della difesa dell'io-nazione, l'autrice ritrova il segno dell'antico legame moderno fra macro-soggetto Stato e micro-soggetti individui.

Lo stesso Grossi è consapevole del carattere incerto di questo:

«trapasso da un'età di certezze, la modernità, a un'età [...] percorsa da una continua dinamica interiore, segnata da una intensa mobilità e bisognosa di disciplinamenti elastici»²⁴¹.

È proprio questo passaggio però che egli saluta con favore in quanto liberazione delle forze creatrici e autopoietiche del giuridico: un vero e proprio ritorno al diritto, inteso come strumento del sociale, svincolato da autorità giuridiche eccessivamente irrigidenti.

Sembra però che effettivamente, la visione pluralista, soprattutto nella veste romaniana, colga alcune delle costanti che attraversano il concetto di giuridico lungo le sue specifiche fattualità storiche, fornendone strumenti di lettura potenzialmente utili. Se però ne si conserva il più possibile la avalutatività.

Cogliere, come fa Romano, il diritto nel momento in cui esso si mostra, cioè nella sua fattualità sociale, nella realtà dell'istituzione, significa mettersi in grado (o compiere un primo passo per farlo) di seguire il fantasma del giuridico attraverso tutte le trasformazioni storico-sociali in cui lo abbiamo visto prodursi. E che certamente non sono finite. Una eccessiva aderenza fra il concetto società e quello di diritto rischierebbe tuttavia di nascondere la stessa distanza che permette tali trasformazioni. Il contatto fra la vita sociale e gli elementi più stabili e meno volatili del diritto, genera un attrito tutt'altro che trascurabile. È anzi una forza in grado di

²⁴⁰ L. BAZZICALUPO, *Politica*, cit., pp. 43-44.

²⁴¹ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 66.

modificare entrambi, e che al tempo stesso fa funzionare entrambi. Probabilmente è proprio in questo minuscolo spazio che va indagato il mistero del giuridico.

3. Santi Romano

3.1. L'istituzionalismo

Di notevole interesse per questo percorso sono le riflessioni di Santi Romano, che prendono le mosse da un altro momento di crisi del modello Statualistico. Partendo dalla presa d'atto di quella crisi, Romano ridiscuterà le categorie del centralismo statualistico, in consonanza con la pluralità premoderna appena osservata. L'istituzione di Romano può in altri termini fornire una chiave di lettura proprio per la doppia coesistenza, spaziale e temporale, della pluralità delle forme nel giuridico. È questo l'elemento che, pur tenendo presente le indubbe distanze storiche, dona attualità alle riflessioni romaniane.

«Lo Stato moderno e la sua crisi»²⁴² infatti è il titolo della nota prolusione, che lo porterà, otto anni dopo, alla compiuta formulazione della sua teoria dell'Istituzionalismo giuridico. Essa segna così il punto di partenza del percorso che porterà l'autore a scrivere «L'ordinamento giuridico», indicando il problema fondamentale di questo percorso nell'esigenza di spiegare le trasformazioni giuridico-istituzionali di quegli anni. Il discorso fu pronunciato nella prima decade del secolo scorso, durante un periodo di forti fermenti sociali, e si lascia guidare da questa concretissima e mobilissima realtà. Chiara fin da subito è infatti la metodologia dell'autore, che dell'osservazione della società il proprio cardine: di fronte agli avvenimenti del suo tempo, come notava Alfonso Catania, Romano ha un atteggiamento realistico, volto a registrare gli eventi nel modo più fedele possibile²⁴³. È qui il caso di ricordare brevemente la portata e la varietà di questo

²⁴² La prolusione venne pronunciata per la prima volta da Santi Romano in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, nel 1909.

²⁴³ A. CATANIA, *Formalismo e realismo nel pensiero di Santi Romano*, in A. CATANIA, *Teoria e filosofia del diritto. Temi. Problemi. Figure*, p. 117.

«orizzonte di fenomeni reali»²⁴⁴ entro il quale si muoveva la generazione di giuristi alla quale Romano apparteneva: furono gli anni segnati dal deciso ampliamento del suffragio²⁴⁵ e del contestuale aumento dell'attività delle organizzazioni sindacali²⁴⁶. Il groviglio di domande e istanze che sorgevano dalle necessità, si coagulavano in una molteplicità di organizzazioni, dall'autore esemplificativamente denominate sindacati e corporazioni, premevano sullo schema forzosamente semplificato dell'astrattezza giuridica moderna. Il liscio corpo della nazione progressivamente si ricomplettificava, rivelando ancora una volta il carattere storico e transeunte, non certo naturale e immutabile di qualsiasi equilibrio sociale. Scricchiolavano sotto i colpi della Storia, per la prima volta dalla sua ascesa, le «mitologie giuridiche della modernità»²⁴⁷, caratteristiche dello Stato moderno costruite fino ad allora come granitiche necessità della ragione.

Sensibile alla realtà che lo circondava, ma assai affezionato all'idea di ordine statale, Romano non poté che percepire nel condensarsi di queste forze un potenziale e progressivo sfilacciamento di quell'ordine:

«[...]in tutte le associazioni di tal genere [...] è insita l'idea di acquistare una potenza materiale, che possa premere sui pubblici poteri, in modo da ottenere con la forza che deriva dall'unione, ciò che lo Stato, ascoltando la voce della semplice giustizia, si

²⁴⁴ S CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, in «*Le Carte e la Storia*», Fascicolo 1, giugno 2012 Il Mulino, p. 6.

²⁴⁵ «In quel periodo, il numero degli aventi diritto al voto passa dall'8% al 25% dei cittadini. Sono gli anni in cui si preparano il suffragio quasi universale maschile e la rappresentanza proporzionale. Alle elezioni del 1909 il partito socialista raccoglie il 20% dei voti e i suoi seggi passano da 29 a 41. All'allargamento del suffragio conseguono la crescita del sistema amministrativo e delle gestioni pubbliche di servizi, la «elefantiasi burocratica», l'ampliamento della istruzione, lo sviluppo della legislazione sociale, il nuovo ruolo dello Stato nei confronti dei conflitti di lavoro.»; S CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, cit., p. 6

²⁴⁶ «Nel 1901 i sindacati hanno 200 mila iscritti, che passarono l'anno dopo a 500 mila. Nel 1902 vi sono 27 federazioni nazionali di sindacati. Dal 1902 al 1909 si registra la crescita del sindacalismo cattolico. Nel 1910 i sindacati cattolici hanno più di 100 mila iscritti, specialmente dell'industria tessile. Metà dei dipendenti pubblici aderisce a un sindacato. Nel 1903, le molte federazioni dei dipendenti pubblici erano confluite nella Confederazione degli impiegati delle amministrazioni pubbliche e private. Nel 1904 era stato proclamato uno sciopero generale. Al termine, Giolitti aveva sciolto le Camere. Nel 1906 era iniziata una seconda ondata di scioperi e agitazioni sindacali, con la partecipazione di circa 600 mila lavoratori. Nel periodo 1906-1908 si era registrata la maggior forza dei sindacati rivoluzionari». Ibidem.

²⁴⁷ Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della Modernità*, cit. Grossi riprende l'espressione dello stesso Romano: Cfr. S. ROMANO, *Mitologia Giuridica*, In S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano 1947, pp. 126 e ss.

teme che non concederebbe»²⁴⁸.

Tali movimenti e istituzioni avverte, sono la risposta della società ad un difetto costitutivo dello Stato moderno nella forma emersa dalla rivoluzione francese: costruito troppo in fretta e con troppa violenza, esso ha praticato una eccessiva *reductio*, lasciando esclusivamente l'individuo e lo Stato a dividersi la scena, con ciò determinando un progressivo scollamento fra l'organizzazione statale e la società. La «vita sociale», come scrive poche pagine prima, «ha continuato ad evolversi per suo conto», lasciando indietro i rigidi meccanismi monistici dello Stato²⁴⁹.

Dalle parole di Romano emerge dunque la crisi *non dello Stato*, ma di *quello Stato*²⁵⁰, come scrive Cassese.

Sarebbe quindi un grave errore trasferire il discorso al nostro periodo senza considerare debitamente le differenze. Eppure non va trascurata la circostanza che proprio nella crisi di quello Stato fu possibile avvertire le fragilità e i limiti di un modello nuovamente assediato. Romano intravide attraverso le crepe nell'ordinato centralismo nazionale l'orizzonte di un universo giuridico molto più ampio, che difficilmente avrebbe potuto essere ingabbiato nelle strette maglie delle categorie giuridiche moderne. Per questo i ponderati frutti di quella intuizione conservano tuttora un grande valore strumentale, indicando se non altro un'utile strategia e un punto di partenza per approcciare alla situazione che questa tarda modernità ci pone davanti. La ricomparsa dei corpi intermedi poneva di fronte ai giuristi di quegli anni una sfida simile a quella attuale: rileggere le categorie giuridiche alla luce di una ricomplexificazione delle strutture sociali. Oggi come allora, le griglie statualistiche si dimostrano troppo strette per schematizzare una realtà storica in pieno mutamento, che si fa ogni giorno più complessa.

L'insegnamento di Romano è dunque soprattutto metodologico, e sta nella convinzione che rappresentare la realtà giuridica significhi innanzi tutto interrogarne le manifestazioni concrete, osservando il proprio presente senza pregiudizi. Tale lezione è tanto più preziosa in quanto proviene da un autore

²⁴⁸ S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi. Discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-1910*, Vannucci, Pisa 2010, ora in appendice a P. GROSSI-A. ROMANO, *Ricordando Santi Romano in occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Pisa*, Pisa University Press, Pisa 2013., p. 16.

²⁴⁹ Ivi, p. 14.

²⁵⁰ S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, cit., p. 8.

ideologicamente tutt'altro che anti-statalista. L'ansia di Romano è anzi fin dal primo momento diretta alla conservazione, alla ricomposizione dell'ordine complessivo garantito dallo Stato-nazione. Non cela mai la sua ammirazione per la sua struttura, che fin dalle prime pagine de *Lo Stato moderno e la sua crisi*, egli definisce in questi termini:

«persona immateriale, ma pur reale; un'entità non fittizia e immaginaria, ma, che pur non avendo corpo, riesce per mezzo di delicati e meravigliosi congegni giuridici, a formarsi, manifestare e imporre una propria volontà.[...] Stupenda creazione del diritto [...] grandezza sociale [...] maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente»²⁵¹.

Questa «grandezza sociale maggiore» doveva in quel momento essere difesa dalle altre, da quei poteri forse altrettanto reali, ma certo non altrettanto interessati al perseguimento dell'ordine complessivo e del bene comune. Tuttavia queste entità dovevano essere riconosciute, proprio per ricondurle nell'alveo accogliente dello Stato, unica realtà considerata dall'autore in grado di ricomporre le esigenze delle diverse classi, portando a sintesi le forze sociali. Non strumento di dominio dunque, ma di ricomposizione e di ordine, i cui limiti storici erano in quel momento evidenziati dal procedere inevitabile degli eventi. Di fronte a questi Romano riconosce in capo allo Stato – ma è il caso di specificare ancora, quello Stato – una deficienza di mezzi giuridici e istituzionali. Deficienza che avrebbe potuto e dovuto essere colmata.

Ai suoi occhi il problema è evidente: la crisi dello Stato è la crisi della rappresentanza. La stupenda creazione del diritto non riesce più a contenere le forme del sociale nel loro moltiplicarsi, e l'interesse comune trascura ormai molti, troppi, interessi particolari. La soluzione va trovata allora in un ripensamento delle istituzioni, un ampliamento di questa struttura divenuta angusta. Per farlo occorre innanzi tutto ammettere l'esistenza di quella pluralità che preme alle porte del Sovrano, chiedendo di essere ascoltata: ricomporre la pace perduta richiede innanzi tutto la consapevolezza teorica della novità dei tempi, e dunque serve uno sguardo capace di andare oltre la sofisticata ma rigida costruzione statale, abbracciando

²⁵¹ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 16.

quelle realtà che si stanno coagulando. La conseguenza altrimenti sarebbe l'isolamento e la inutilità di quel delicato meccanismo:

«Le costituzioni moderne hanno avuto bensì la pretesa di consacrare nel loro testo tutti i principi fondamentali del diritto pubblico, ma il più delle volte non hanno fatto che accennare istituti, che poi non hanno regolato, e scrivere le intestazioni di capitoli, che non sono nemmeno abbozzati. [...] Ciò fu un bene giacché in tal modo è possibile che la lotta che sembra dirigersi, nell'attuale momento, contro di esse, assuma diverso carattere, quando potrà constatare di svolgersi in un campo in cui non ci sono trincee da abbattere, ma solo difese da innalzare. Costruire e non distruggere: è questo, più che altro, il compito che può e deve proporsi, rispetto all'ordinamento politico, l'evolversi dell'attuale vita sociale e, quando avrà costruito, probabilmente i nuovi edifici non contrasteranno con la solida e severa architettura dello Stato moderno, ma poggeranno sulle stesse sue basi e ne costituiranno parti integranti»²⁵².

Passo fenomenale questo, che condensa in poche righe le posizioni del Romano teorico del diritto pluralista e del Romano ideologo dello Stato. Il percorso moderno non doveva essere cambiato, ma anzi completato: istituti, capitoli e leggi non avevano tenuto conto della complessità reale della società, ed era proprio tale scarto che si manifestava in quel momento nelle lotte economico-sociali. Ma proprio quella incompletezza avrebbe consentito di far rientrare la crisi e consolidare la *severa architettura* moderna, quando la lotta fosse stata indirizzata verso compiti costruttivi e non solamente distruttivi. Una complessificazione dell'apparato esistente, della struttura giuridica centrale, attraverso l'evolversi delle esigenze e delle forze sociali in conflitto all'interno del campo sociale, che ovviamente coincide ancora con il territorio nazionale. Le nuove organizzazioni avrebbero sì dovuto essere considerate come dotate di autonomia, ma inserite in un ordine di più vasta portata, e via via più complesso e polimorfo: una grande meta-istituzione le cui fondamenta avrebbero coinciso pur sempre con le architetture del diritto statale.

È difficile non vedere nelle «barricate» evocate dal passo citato quelle di una nuova rivoluzione francese: quelle di confini caotici e irregolari, ma autenticamente

²⁵² Ivi, pp. 32 e ss.

polemogeni, che avrebbero diviso la nazione regione per regione, paese per paese, casa per casa. Ferite insopportabili in quell'ordine che per l'autore rappresenta pur sempre la priorità. Altrettanto difficile è non scorgere in quelle «difese da innalzare» l'esigenza di una conferma dei confini nazionali. Non più unico, l'ordinamento Statuale sarebbe rimasto l'unico in grado di assicurare, coordinare e selezionare l'esistenza di tutti gli altri all'interno di un territorio nazionale²⁵³. Con un apparente paradosso Romano parte proprio dalla fiducia nello Stato per approdare ad una posizione teorica che ne ammetta la pluralità dello spettro giuridico. Sfruttando la rinnovata prospettiva storica fornita dalla crisi, Romano comprende anzitempo l'insufficienza di una riduzione del complesso universo giuridico-sociale alle due grandezze in cui era stato costretto: Stato e individuo²⁵⁴. Rifiutate infatti le teorie che vedevano nello Stato nient'altro che una immagine priva di corpo, pronte a disintegrarlo, Romano ammette il «nucleo di verità indiscutibile» che anima le tendenze al sistema corporativo, e cioè che:

«[...] i rapporti sociali che direttamente interessano il diritto pubblico, non si esauriscono in quelli che hanno per termini l'individuo, da una parte, lo Stato e le comunità territoriali minori, dall'altra. Come sarebbe del tutto contrario al più evidente e sicuro processo storico da cui la nostra civiltà è derivata, prescindere da quest'ultime, così appare esigenza elementare e fondamentale tener conto anche delle organizzazioni sociali derivanti da vincoli diversi da quelli territoriali. E fra queste le più salde e le più spontanee, anzi le più necessarie sono, almeno nell'ora presente, determinate dall'interesse economico degli individui che le

²⁵³ Non dimentichiamo che per Romano anche la banda di briganti era una organizzazione giuridica, in quanto esperienza sociale istituzionalmente organizzata. Ciò non ne riduceva il contrasto, l'incompatibilità con l'ordine statale, anzi semmai l'accentuava. L'ordinamento giuridico statale, in questo senso, negando il carattere di giuridicità a certe istituzioni, come quelle criminali appunto, non faceva che selezionarle, consentendone l'esistenza al suo interno, oppure escludendola. Cfr. S. ROMANO, *Frammenti per un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano 1947.

²⁵⁴ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 30. Vedi anche P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, Marietti, Torino 2015, pp. 41 e ss. Qui Grossi individua uno dei momenti centrali nel progetto di *reductio moderna* nel 1789, anno della c.d. Legge *Le Chapelier*, con la quale il governo rivoluzionario appena insediato scioglieva le comunità intermedie esistenti in tutta Francia, e ne vietava la costituzione. Si operava così l'*anéantissement*, l'annientamento di ogni struttura associativa. Sul tema S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de L'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini*, 1972; P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè 1977; M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive di ricerca*, in *Quaderni fiorentini* 1981.

compongono»²⁵⁵.

Gli elementi che caratterizzeranno le riflessioni più mature dell'autore sono dunque già tutti presenti in questo primo, fondamentale passo: l'attenta analisi dei suoi tempi, il solido approccio storicistico, l'ansia ordinatrice. Interrogare l'intera gamma dei rapporti sociali dunque, tenere conto delle istituzioni anche a prescindere dalle definizioni dettate dal diritto Statuale. L'unità va ricercata allora al di là dei formalismi moderni, l'interesse comune va ricomposto a partire da interessi specifici, concreti, superando quell'«individualismo fonte di contrasti e di lotte»²⁵⁶ che era in fondo per l'autore il vero pericolo dell'unità e dell'ordine giuridico.

Nel 1917 arriva alle stampe «L'ordinamento Giuridico»²⁵⁷. Composta di due parti, l'opera affronta nella prima il problema della definizione del diritto, ripensandola a partire dall'idea di ordine sociale; nella seconda essa affronta direttamente la questione del pluralismo giuridico.

La base metodologica resta quella utilizzata nella prolusione pisana e che caratterizzerà l'intera produzione dell'autore. Quello di Romano, scriverà Capograssi, «è un metodo puramente, inevitabilmente, di osservazione e di inventario»²⁵⁸. Incapace sia di prescindere dalla realtà che lo circonda, che «di fermarsi in qualche cosa che sia parte, e di non riportarla al tutto»²⁵⁹, il metodo di Romano insegue il confronto con il fatto. Deciso positivista, egli rintraccia nell'osservazione puntuale e fedele del fenomeno giuridico lo strumento per rispondere allo sfuggente problema della sua definizione.

La definizione di diritto come modello normativo per l'autore *inadeguata*²⁶⁰. Torna questa non a caso parola, che nella prolusione pisana aveva rivolto all'ordinamento statale: come lì non era sua intenzione superare l'unità statale, così non è ne *L'Ordinamento giuridico* sua intenzione dimostrare l'inutilità della norma. Essa è uno strumento a disposizione del diritto, non la sua epitome. Solido pubblicista, Romano mette innanzi tutto in guardia da quella che per lui è l'origine parziale di

²⁵⁵ S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 30.

²⁵⁶ *Ivi.*, p. 31.

²⁵⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul Concetto, le Fonti e i Caratteri del Diritto*, Tipografia Editrice Cav. Mariotti, Pisa 1917.

²⁵⁸ G. CAPOGRASSI, *L'ultimo libro di Santi Romano*, In G. CAPOGRASSI, *Opere* – V. p. 225.

²⁵⁹ *Ibidem.*

²⁶⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 7.

queste teorie, elaborate o «dalla disciplina del diritto privato [...] o da punti di vista che non sono riusciti a superare quelli propri di tale disciplina»²⁶¹. Tale origine spiegherebbe perché queste teorie finiscono, secondo Romano, per trascurare una serie di caratteristiche del diritto che poco o niente hanno a che fare con il diritto privato, ma sono senz'altro riconducibili a quello pubblico. A questo punto Romano non può astenersi dal far notare che: «[...] occorre tener presente quel che c'è di vero – ed è molto – nella vecchia e anche recente constatazione, che il diritto, in ciò che ha di culminante [...] è principalmente pubblico»²⁶².

Occorre quindi ampliare la prospettiva analitica, spostando il baricentro per mettere a fuoco ciò che il modello precedente lasciava sfocato, la realtà che contiene e sorregge la norma. Occorre integrare gli elementi in una definizione che non elimini la vecchia definizione, ma che allarghi la prospettiva, che tenga conto di altri punti di vista. La norma diventa così solo una parte del Tutto, un elemento di una totalità che va individuata nel suo essere, nella sua concreta esistenza.

È nella società che Romano individua il primo elemento della sua definizione: *ubi societas, ibi ius sintetizza*, riconvertendo subito dopo l'equazione in *ubi ius, ibi societas*²⁶³. La semplice esistenza di un costrutto sociale riconduce all'idea di ordine, la realtà sociale non è un magma di elementi vitalistici casuali e scollegati. Eppure nessuna società – potremmo dire con linguaggio non romaniano – è 'naturale', ma presuppone sempre una qualche forma di struttura, di schema, un'unità che trascenda i suoi diversi elementi e che si autoreplichi. Dunque un'organizzazione che sia superiore alle stesse parti che la compongono, che le ricomprenda e le superi nella durata. In una parola, che trascenda gli elementi di cui si compone.

Bersaglio polemico di Romano diventano a questo punto le teorie del rapporto giuridico, non a caso di matrice privatista. Sottolineando l'importanza di una visuale totale sul fenomeno giuridico, egli rifiuta che il diritto possa identificarsi con un mero insieme di rapporti fra soggetti dato che questi sono legati in maniera costitutiva agli individui che li hanno posti in essere. Non godono dunque né di stabilità né di socialità né di stabilità. Un rapporto giuridico vincola organizza gli individui che ne fanno parte, e con loro decade, senza lasciare traccia. Il diritto è

²⁶¹ Ivi, p. 9.

²⁶² Ivi, p. 10.

²⁶³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 26.

invece il contesto che permette tali rapporti: sussiste prima e sopravvive a qualunque attore, bene o rapporto giuridico. È la cornice organizzativa entro la quale tali elementi si muovono e grazie alla quale essi assumono senso.

La trattazione è matura per una etichetta più pregnante; ciò che nella società è stabile, evidente ecc. è *l'istituzione*. Siamo al cuore della riflessione romaniana, tanto che l'autore si preoccupa immediatamente di chiarirla con una inversione che non a caso ripete la simmetria utilizzata qualche pagina prima, tra *ius* e *societas*: «ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta»²⁶⁴. Diritto e istituzione sono sovrapponibili, non li lega un rapporto di causa/effetto, né l'uno è da considerarsi elemento dell'altro. Nessun altro legame intercorre fra loro, se non la più assoluta identificazione.

Per argomentare questa identificazione Romano è costretto ad allontanarsi dal senso che al termine istituzione veniva dato tradizionalmente dai giuristi. Tale accezione è da lui ritenuta troppo restrittiva, traducendosi «non più che una specie del genere persone giuridiche»²⁶⁵. Eppure non tutte le organizzazioni sociali agiscono come soggetti manifestando la propria volontà, ma per quale motivo questo elemento dovrebbe essere discriminante? Non escluderebbe forse senza motivo apparente una enorme quantità di manifestazioni sociali comunemente considerate giuridiche, non ultime lo stesso diritto internazionale?

Sull'onda di questa domanda, l'autore perviene alla dottrina di Hauriou, alla quale riconosce il merito di aver sussunto «nel mondo giuridico il concetto di istituzione ampiamente inteso»²⁶⁶. La accusa però di aver raggiunto una portata ancora troppo limitata. Per Hauriou infatti istituzione non è altro che:

*«tout arrangement permanent per lequel, à l'interieur d'un groupement social déterminé, des organes disposant d'un pouvoir de domination sont mis au service des buts intéressant le groupe, par une activité coordonnée à celle de l'ensemble de groupe»*²⁶⁷.

²⁶⁴ Ivi, p. 28.

²⁶⁵ Ivi, p. 29.

²⁶⁶ Ivi, p. 32.

²⁶⁷ Cfr. M. HAURIOU, *Principes de Droit Public a l'Usage des Étudiants en Licence et en Doctorat*, Deuxième, Paris 1916, pp. 41 ss.

Se da un lato tale posizione avrebbe il merito di sganciare l'istituzionalismo dalla dottrina della personalità giuridica, collocando l'idea di organizzazione al centro della riflessione, dall'altro legherebbe immotivatamente il giuridico a caratteristiche specifiche di alcune istituzioni e non, come immagina Romano, dell'istituzione in quanto tale. Perché, si chiede Romano, per essere giuridica, un'istituzione dovrebbe avere «necessariamente forma costituzionale e rappresentativa»²⁶⁸? In questo senso solo le c.d. istituzioni corporative, potrebbero rientrare nel novero di ordinamenti giuridici, in quanto dotate di autonomia, in quanto solamente queste sarebbero realtà sociali, a differenza delle istituzioni rientranti nella categoria delle cose inerti.

Il limite della dottrina di Hauriou sarebbe in altri termini il doppio e strettissimo filo che lega la sua idea di istituzione, con una istituzione specifica – sebbene pur sempre «la maggiore tra di esse»²⁶⁹ –, cioè lo Stato moderno. Il paradigma statualistico rimane così sullo sfondo della teoria di Hauriou²⁷⁰, una presenza fantasmatica che finisce ancora una volta per irrigidire le maglie del discorso. Una gabbia concettuale chiaramente troppo angusta per un autore che vuole analizzare *more giuridico* un'intera epoca di trasformazioni.

Se allora l'istituzione non è un insieme di rapporti né di cose con personalità giuridica (o meglio non soltanto, non necessariamente), cos'è? Innanzi tutto scrive, istituzione è «ogni ente o corpo sociale»²⁷¹. La definizione non potrebbe essere più ampia. Viene rigorosamente scartata qualsiasi limitazione ideologica o formale: se il diritto è fenomeno sociale e la società è a sua volta necessariamente giuridica, non ha senso imporre criteri nell'individuazione del fatto istituzionale. Le coordinate sono già contenute nella duplice premessa. Il suo pragmatismo non gli consente di imporre forme al reale, meglio piuttosto ricavare dall'osservazione della realtà strumenti utili a comprenderla.

Romano quindi risponde alla domanda che cos'è un'istituzione in forma schematica, con l'enumerazione di quattro punti, quasi un manuale pratico per

²⁶⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 33.

²⁶⁹ *Ivi*, p.35.

²⁷⁰ Per approfondire il pensiero dell'Autore si rinvia a: M. HAURIOU, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Centre de philosophie politique et juridique, Librairie Bloud & Gay, Paris 1933, e *ID.*, *Droit constitutionnel et institutions politiques, conforme aux programmes des facultés de droit et écoles d'enseignement supérieur*, Montchrestien, Paris 1968.

²⁷¹ *Ibidem*.

riconoscere un «ordinamento giuridico obiettivo»²⁷²: l'istituzione è anzi tutto un corpo sociale, un'unità complessa di elementi eterogenei e variabili, che tuttavia è riconoscibili in quanto possiede: a) un'esistenza obiettiva e concreta; b) una natura sociale; c) una propria individualità; d) permanenza e stabilità²⁷³. Questi quattro elementi sono in realtà collegati da una stretta interdipendenza, in quanto strumenti metodologici di un'indagine di impronta fattuale.

Per l'autore il diritto positivo è un fatto, come scrive Capograssi, che egli vuole rintracciare nella sua evidenza, lasciando ad altri il compito di descriverne il funzionamento interno, di definire il tipo di realtà. La mirabile intuizione giace nell'aver individuato nel profondo del fatto (del fatto sociale) qualche cosa che è diritto. Questa cosa non è un insieme di pratiche o conoscenze tenute assieme da abilità comuni, come ad esempio la stampa ma una reale struttura organizzativa, oggettivamente individuabile, visibile appunto.

Questo *fatto* ha sempre natura sociale, nel senso che «è sempre manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo»²⁷⁴. Siamo arrivati finalmente al punto centrale, prima anticipato: se diritto è società, il suo contrario non può che essere è l'individuo. L'intersoggettività è il confine esterno dell'intera concezione del diritto in Romano, la linea che egli cerca di tracciare nella sua riflessione. È l'organizzarsi degli esseri umani a generare una struttura giuridica. La similitudine più efficace rimane probabilmente quella del linguaggio. Entrambi, diritto e linguaggio, esistono ad un livello di intersocialità, come opere superindividuali il cui funzionamento giace nella *convinzione* della sua efficacia²⁷⁵.

Tornerò sul punto nel terzo capitolo. Per il momento mi limito a notare come secondo Romano, ciò che viene organizzato, il *sostrato* materiale dell'istituzione, non è necessariamente umano. L'insieme degli elementi concretamente organizzati dal diritto può essere una comunità di individui, ma anche un complesso di beni e risorse strutturati da e per gli uomini. Sono in questo caso, spiega Romano, amministrati e retti ma non composti da uomini²⁷⁶: Il *sostrato* materiale conta poco una volta fissato il nucleo definitorio nella diade organizzazione/socialità: è il

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Ivi*, pp. 35 e ss.

²⁷⁴ *Ivi*, p. 36.

²⁷⁵ P. GROSSI, *Prima lezione diritto*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 30 e ss.

²⁷⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 37.

dato dell'ordine in sé e non gli elementi ordinati, ad individuare un'istituzione e a definire un diritto.

Il terzo elemento è proprio *l'individualità*, intesa come riconoscibile unità dell'ordinamento. L'istituzione è un ente chiuso, può cioè essere considerato in sé e per sé²⁷⁷, ed è per questo che ogni singola istituzione può essere riconosciuta come un tutto unico all'interno della cornice sociale.

L'individualità non implica però isolamento, e nemmeno indipendenza. Come meglio specificherà nella seconda parte dell'opera, un'istituzione può trovarsi in correlazione con altre. Può persino farne parte, diventando così elemento di un'ordine più complesso, di un sostrato più ampio. Persino lo Stato, già composto al suo interno di organizzazioni più piccole, può essere considerato a sua volta parte di quel grande ordinamento giuridico che è la comunità internazionale. Il maggior pregio di questo approccio è la flessibilità concettuale della strumentazione che ne deriva, in grado di adattarsi alle realtà normative sia nel tempo che nello spazio. La cornice dell'organizzazione può essere ampliata o ridotta all'istante, a seconda di quale scala di fenomeni si voglia studiare. Così un tutto dotato di una propria identità e completezza può divenire la parte di una struttura più grande, o il contenitore di strutture più piccole, senza subire forzature.

In ultimo, l'istituzione deve essere un corpo sociale stabile. La capacità di durare nel tempo distingue un'ordine istituito da un semplice fenomeno sociale passeggero, una fila in un ufficio pubblico ad esempio. Il tempo è l'indicatore dell'effettiva esistenza di una realtà stabile, che oltrepassa e racchiude le esistenze dei singoli elementi che compongono il suo sostrato. Così non è diritto una fila, poiché l'unione dei suoi elementi (soggettivi in questo caso) non è destinata a superare la sua contingenza. Lo è un ufficio pubblico, la cui presenza precedeva, e con tutta probabilità seguirà, gli impiegati che nel presente gli danno vita.

Questa direttrice analitica si intreccia con il ruolo che la sovranità assume nella teoria di Romano. Si ricordi la fondamentale intuizione romaniana per cui sovrano e legislatore, come qualsiasi altro organo o potere, in quanto istituzioni restano parti di quella istituzione più ampia e complessa che è lo Stato (o qualsiasi altra preveda un funzionamento analogo). Non possano quindi essere esterni a

²⁷⁷ *Ibidem.*

quell'ordinamento, perché solo nell'appartenenza all'ordine stabilito il sovrano trova il suo potere. Solo in quanto elemento dell'ordinamento statale il parlamento acquista il suo ruolo di legislatore. Quindi per quanti poteri abbia, il sovrano non può essere superiore all'ordinamento, perché solo al suo interno quei poteri acquistano senso. Tutto l'interesse di Romano è concentrato sulla realtà del diritto, sul fatto giuridico, e questa fattualità finisce per scogliere il legame, secondo alcuni insolubile, fra diritto e sovranità:

«Hanno torto e ragione nel medesimo tempo coloro che credono la sovranità requisito essenziale dello Stato e quelli che ammettono l'esistenza di Stati non sovrani: ambedue queste proposizioni sono vere, ma come soluzioni di distinti problemi, ciascuno dei quali è a porsi per un dato ordinamento. E per l'ordinamento statale, lo Stato è sempre sovrano»²⁷⁸.

Sovranità è allora caratteristica fondamentale non del *Diritto*, ma di un diritto: quello statale, appunto. La capacità di esprimere un'unica volontà, la possibilità di esercitare un potere fortemente centralizzato, in grado di perseguire un *bene comune*, è dunque il frutto contingente, immanente, di uno specifico tipo di organizzazione e di una particolare configurazione del giuridico storicamente date, frutto di «delicati e meravigliosi congegni giuridici»²⁷⁹.

É in questa ottica che Romano può dire che «È *stato ogni ente territoriale sovrano*»²⁸⁰, isolandone quasi tassonomicamente gli elementi:

«Come il diritto statale si pone con la stessa esistenza dello Stato, essendo unico il momento dell'esistenza e di quest'ultimo e del relativo ordinamento giuridico, così il diritto internazionale si pone con la stessa esistenza della comunità degli Stati, che postula necessariamente un ordinamento giuridico che la costituisca e la regoli»²⁸¹.

Fuori dalle anguste strutture statali Romano approda ad paesaggio giuridico incredibilmente più vasto, popolato da forme e strutture assai differenti.

²⁷⁸ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1946, p. 71.

²⁷⁹ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 16.

²⁸⁰ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 66.

²⁸¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 55.

Allontanato lo sguardo egli si ritrova a contemplare un orizzonte vasto, nel quale cerca immediatamente di rintracciare i sentieri.²⁸²

3.2. Un paesaggio plurale

Gettate le fondamenta teoriche, la seconda parte de L'ordinamento giuridico esplora la vastità di figure potenziali che ora si offrono allo sguardo del giurista. È in queste pagine che Romano traccia compiutamente la sua l'idea di *pluralismo giuridico*.

È proprio l'equilibrio medievale a fornire l'esempio all'autore: se la dottrina statualistica ben descrive la realtà monistica e piramidale che in quel momento costituisce il paradigma teorico del discorso giuridico, Romano volge lo sguardo alle precedenti esperienze europee. Prima della formazione dell'unità statale, l'esistenza di una pluralità degli ordinamenti su un medesimo territorio era un dato consolidato. Ognuno di questi ordinamenti conserva la propria *unità, producendo contemporaneamente strutture più ampie e complesse*. Non è detto infatti che istituzioni differenti non possano essere collegate, comunicando in modi che riflettono le proprie differenze. Nel tracciare una possibile mappa delle istituzioni, Romano avverte l'esigenza di limitare le figure da prendere in analisi, dato che i loro caratteri «variano all'infinito»²⁸³. Il suo lavoro, in altri termini non vuole essere un catalogo compiuto delle forme organizzative possibili – che d'altronde sarebbe impossibile, dato il suo stesso punto di partenza – ma più realisticamente un campionario, in grado di testare lo strumento metodologico appena forgiato.

Ora, questo approccio presuppone un alto livello di variazione prospettica. Al fondo dello strumentario del pluralismo istituzionalista si trova la capacità di relativizzare

²⁸² Per un'analisi della crisi dell'equilibrio statualista, cfr. anche S. TRENTIN, *La crisi del diritto e dello stato*, a cura di G. Gangemi, Raffaello Cortina, Milano 1999. L'autore costruisce la sua proposta federalista di un governo delle indipendenze proprio a partire dalla crisi dell'unità statale avvertita in quegli anni. Nel primo capitolo del suo volume Trentin procede ad una lucida analisi delle trasformazioni che coinvolgevano il centralismo statale. La sua proposta di rinnovamento politico-istituzionale, se da un lato appare nei fatti molto aperta alla pluralità e alle differenze centrifughe dei diversi ordini presenti nella società rispetto al fulcro statale, dall'altro ritrova e ripristina il principio della *reductio* in un dichiarato giusnaturalismo: è al Diritto, con la maiuscola, che bisognerebbe guardare, dato che qualsiasi forma di realtà giuridica non sarebbe che una sua provvisoria e imperfetta specificazione.

²⁸³ Ivi, p. 123.

l'uso delle categorie giuridiche, svuotandole di qualsiasi carattere ideologico. Forte di tale eclettismo prospettico, l'autore non esita a includere fra gli esempi di diritto, accanto all'apparato, le imprese private. Anch'esse infatti si sostanziano in nient'altro che in una organizzazione, una struttura dalle caratteristiche gerarchiche in cui sono previsti poteri, specifiche posizioni, funzioni, ecc.

Perfino un'organizzazione criminale può essere letta come diritto, se analiticamente si assume la prospettiva dei suoi membri. In fondo l'obiettivo accettato dagli associati viene perseguito attraverso una struttura organizzativa ferrea, dotata di *status*, durata, regole, la cui realtà può arrivare a superare e comprendere le esistenze degli associati. Lo stesso discorso vale per l'organizzazione rivoluzionaria: se essa aspira ad essere uno strumento di cambiamento del potere politico, e non solamente un moto disorganizzato, necessita fin dall'inizio di una struttura organizzativa:

«La rivoluzione è un fatto antiggiuridico in riguardo al diritto positivo dello Stato contro il quale si svolge, ma ciò non toglie che, dal punto di vista diverso dal quale essa si qualifica da sé, è movimento ordinato e regolato dal suo proprio diritto. Il che vuole anche dire che è un ordinamento che deve classificarsi nella categoria degli ordinamenti giuridici originari [...]: la rivoluzione è violenta, ma violenza giuridicamente organizzata»²⁸⁴.

Sono questi i segni forse più eclatanti del profondo positivismo di Romano, che in questo modo abbraccia in toto le tesi della separazione fra diritto e morale conducendole per altro alle loro estreme conseguenze.

Da questa flessibilità prospettica Romano può partire nel tracciare un fitto e complesso dedalo di percorsi attraverso la molteplicità ordinamentale. Sebbene unitario e chiuso nella propria identità, specifico nella propria struttura, ogni ordinamento può essere *rilevante* per altri:

«Perché ci sia rilevanza giuridica, occorre che o l'esistenza o il contenuto o l'efficacia di un ordinamento sia condizionata rispetto ad un altro ordinamento, e ciò in base a un titolo giuridico»²⁸⁵.

²⁸⁴ S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano 1947, p. 224.

²⁸⁵ S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, cit., p. 127.

Il problema dell'autore resta quello di giustificare questa unità organizzata, individuarne cioè il principio ordinante. Avendo scartato sia la norma che la decisione infatti, il *dato* dell'ordine istituzionale poggerebbe sul nulla. Romano ricorre perciò al concetto di *ius involontarium* nel tentativo di porre una distanza tra norma e organizzazione, nonché di disinnescare l'elemento decisionistico. In Frammenti di un dizionario giuridico egli spiega:

«L'esistenza poi di uno *ius involontarium* [...] appare più evidente se, invece della teoria così detta normativa, si accolga quella così detta istituzionale. Allora, ogni ordinamento giuridico [...] si rivela non un complesso di norme, che ne sono piuttosto un prodotto e una derivazione, ma un ente sociale, avente una propria organizzazione, e quindi una vita che si identifica con lo spirito giuridico che l'anima e che dalla struttura dell'ente non può scindersi, così come lo spirito vitale non può scindersi dal corpo vivente se non per mera astrazione»²⁸⁶.

In questo modo però Romano finisce per limitarsi a fornire una definizione puramente negativa. Dello *ius involontarium*²⁸⁷ sappiamo unicamente ciò che non è: volontà.

²⁸⁶ S. ROMANO, *Diritto e morale*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 68-69.

²⁸⁷ È interessante a questo punto sottolineare una certa convergenza tra i risultati teorici di Santi Romano e quelli di un autore apparentemente molto distante, come Niklas Luhmann. La visione 'cibernetica' del funzionalismo Luhmanniano si basa su un'idea di spersonalizzazione del sistema giuridico, in direzione proceduralista. Luhmann pensa il diritto come un medium comunicativo, la cui funzione specifica è la semplificazione delle istanze sociali. In questo senso il diritto sarebbe rappresentabile come uno schema comunicativo binario, fondato sulla coppia legale/illegale, grazie alla quale è possibile codificare le istanze provenienti dal sociale, permettendo il permanere dell'ordine. Una prospettiva che, come abbiamo visto, è stata sviluppata in anni recenti da Gunther Teubner.

Nella visione di Luhmann l'istituzione autoregolantesi di Romano (lo *ius involontarium*) sembra sostituito da pretese, aspettative e domande sociali. Rispetto ad una realtà anarchica e centrifuga, viene sottolineata la funzionalità ordinativa del diritto, il quale ancora una volta è rappresentato esclusivamente nella sua dimensione di *reductio*, cioè come fattore di riduzione di una complessità sociale restia a qualsiasi accentramento. Differenza e pluralità, pur riconosciute, sono così relegate ai bordi del sistema, in un assetto sempre provvisorio, ridiscutibile, precario. La messa in forma del magma delle istanze poggia qui completamente su uno schema comunicativo, privo di qualsiasi filtro, che svuota di importanza qualsiasi decisione: essa infatti, non è altro che il prodotto meccanico, 'cibernetico', del meccanismo mediatico in cui è identificato il diritto. È la capacità delle istanze presenti nella società di accreditarsi come legittime che produce e rimodella l'assetto del sistema. In questo senso «La società non vive», come scrive lo stesso Luhmann.

Anche in Luhmann insomma, l'ansia di ordine produce una sorta di 'automazione', che mette in ombra il ruolo produttivo (e autoproduttivo) delle soggettività, nonché la tensione normativa su cui poggia il meccanismo ordinante del giuridico. Sul punto cfr. N. LUHMANN-R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano 1992, p. 15. Sulla desoggettivizzazione in Luhmann, come espunzione del tema del soggetto cfr. B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Bulzoni, Roma 1996.

Capograssi, lettore attento ed aperto estimatore Romano, nota proprio la carica di domande che tale approccio fattuale portava con sé:

«L'organizzazione, certo. Ma come e perché l'organizzazione dura, e dura anche qui non come mero fatto, ma pretende di durare, s'impone come necessità di durare, si impone perfino, si osa dire, a coloro che l'hanno promossa, trascende per così dire i suoi autori? Che strana realtà è insomma questa che non solo c'è, ma pretende di esserci, pretende di essere rispettata, di non essere violata, di imporsi come una necessità superiore alle mobili volontà dei soggetti? »²⁸⁸.

L'organizzazione come dato empirico osservabile rappresenta per Capograssi la mirabile intuizione per cui nel profondo del fatto ci sia «qualcosa che è diritto e da cui nasce il diritto»²⁸⁹. Eppure tale intuizione non è sufficiente, secondo lo stesso Capograssi, a svelare i segreti dell'ordinamento giuridico. A partire da questa centralità del fatto anzi, le domande si moltiplicano: «che cos'è l'ordine? Come questo fatto, nella sua immediatezza e disordine [...] diventa ordinamento?»²⁹⁰.

Toccherà ad altri, esponenti successivi della «nostra giovane letteratura avida di soluzioni speculative»²⁹¹ affrontare questi formidabili quesiti. Intuizione felice di Romano è aver ritrovato nei poteri il formante necessario dell'ordine giuridico. La sua attenzione per il diritto in quanto fenomeno sociale lo conduce a delineare «una risposta formalistica, tesa a giustificare gli avvenimenti storico-politici del momento: la sua attenzione si concretizza nel fatto formale dell'organizzazione»²⁹².

L'utilizzo della categoria di ordine libera l'indagine teorica dalla necessità di individuare un momento fondativo dell'ordine giuridico, al prezzo però di una naturalizzazione dell'istituto, che trasfigura nella visione irenica di un ordine sempre presupposto, sempre già *dato*. Il merito dell'istituzionalismo romaniano è insomma quello di reindirizzare l'attenzione a quei «componenti conformi che evidenziano la non-distanza, la non-alterità dei consociati dalla norma»²⁹³, fornendo all'artificialismo un controcanto che apre l'etichetta di giuridico ad una serie di fenomeni altrimenti non definibili. Questa operazione tuttavia, ancora una volta

²⁸⁸ G. CAPOGRASSI, *L'ultimo libro di Santi Romano*, in Id., *Opere*, V, Giuffrè, Milano 1959, p. 250.

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ *Ivi*, p. 252.

²⁹² A. CATANIA, *Teoria e Filosofia del diritto. Temi. Problemi. Figure*, Giappichelli, Torino 2006, p. 119.

²⁹³ A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 141.

non è esente da costi. Romano in definitiva trascura il volto di Giano, l'ambivalenza di fondo del giuridico: il suo proporsi contemporaneamente come stabilità e mutamento, materia e strumento, mezzo e fine. È pur vero che, come fa notare Bobbio «la pluralità è una *condicio sine qua non* della conflittualità»²⁹⁴ e che dunque solo partendo dalla molteplicità è possibile prevedere il conflitto. Ma tale conflitto in Romano è sempre esterno, nello spazio tra gli ordinamenti, ipotesi, rischio da scongiurare attraverso la riconduzione razionale delle diverse realtà istituzionali all'interno di una meta-istituzione pacificante. Tale metaistituzione per l'autore non poteva che essere lo Stato. Da qui la doppia anima di Romano colta da Bobbio: pluralista dal punto di vista teorico-generale, monista dal punto di vista ideologico. All'interno della singola istituzione la tensione conflittuale viene espunta, trascurata, ed è questo ciò che permette a Romano di ridurre il ruolo della norma a quello di «pedina dell'ordinamento»: non dovendo più giustificare il *polemos* strutturalmente consustanziale all'ordine istituzionale, la pretesa normativa assume un ruolo trascurabile rispetto al dato evidente dell'organizzazione.

Eppure per capire appieno il fatto dell'ordine l'elemento conflittuale non può essere esiliato nello spazio tra le realtà istituite, ma va considerato elemento strutturale dell'ordine giuridico. Se insomma il diritto appare empiricamente come istituzione, come ordine sociale, non può essere ridotto a questa definizione essenziale. Il legame fra ordine e diritto è realtà non elementare ma complessa, prodotto e non essenza, risultato di elementi e processi ancora da scomporre, osservare, analizzare. Se il diritto può essere descritto come istituzione insomma, resta da capire cos'è un'istituzione. Forse è questo il motivo per cui l'istituzione rimane in Romano un concetto non ben specificato, come faceva notare Bobbio:

«Per un verso la parola chiave organizzazione non viene mai chiaramente definita; ora il diritto viene definito come 'organizzazione', cioè risolto totalmente in un'altra entità, [...] ora l'organizzazione viene considerata come 'lo scopo caratteristico del diritto'. Ma se l'organizzazione non è il diritto ma lo scopo del diritto, che cosa è

²⁹⁴ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 153.

allora il diritto?»²⁹⁵.

Per Bobbio la prima sezione dell'Ordinamento giuridico, peccherebbe di un'insoddisfacente essenzialismo riduzionista, che conduce Romano «in difficoltà che solo la teoria del diritto dopo Romano avrebbe risolto»²⁹⁶. Il riferimento qui sembra essere agli sviluppi successivi del normativismo, soprattutto di stampo Hartiano. Poche pagine prima Bobbio scrive infatti:

«Il concetto di organizzazione era rimasto non chiaro, perché l'unico modo di fare un passo avanti nella sua determinazione era di ricorrere alle norme di secondo grado, cioè a quelle norme che regolano il riconoscimento, la modificazione, la conservazione delle norme di primo grado, e che fanno di un insieme di rapporti intrecciantisi fra individui conviventi un tutto ordinato [...]»²⁹⁷.

Ciò che allora di Romano deve essere conservato sono i due elementi fondamentali che ispirano la sua intera visione: da un lato lo strettissimo legame, che come abbiamo visto diventa identificazione, tra diritto e società. Dall'altro la disarticolazione del monismo giuridico e del centralismo statale, che diventano solo uno dei possibili modelli empiricamente osservabili.

Due elementi per altro strettamente interconnessi. Il primo, il legame fra *ius* e *societas*, fornisce il doppio vantaggio di riconoscere il carattere mutante proprio del primo polo della dicotomia (*ius*), e di spiegare al contempo la stabilità del secondo (*societas*): il loro legame sinergico è insomma il doppio motivo della variabilità e pluralità degli ordinamenti, e della loro tendenziale continuità e concretezza nel tempo e nello spazio; cioè della loro stessa possibilità di esistenza.

Da qui deriva la possibilità della messa in discussione del centralismo statualistico come paradigma omnicomprensivo, e la destrutturazione del giuridico in una pluralità di modelli ordinamentali, spesso persino coesistenti e interdipendenti.

Il prossimo capitolo proverà a rileggere tali elementi, inquadrandoli attraverso una serie di contributi spesso esterni allo stretto ambito della teoria giuridica, ma ciò non di meno per molti aspetti illuminanti.

²⁹⁵ Ivi, p. 147.

²⁹⁶ Ivi, p. 148.

²⁹⁷ Ivi, pp. 145-146.

III Capitolo:

Il reale della Finzione

1. Realtà e finzione

La prima parte di questo lavoro ha tentato una breve ricostruzione della forma-stato, dalla sua comparsa alla sua maturità, fino alla sua attuale condizione, provando a evidenziare e discutere i processi trasformativi che ne hanno determinato le fasi. In ultimo, il percorso si è concentrato sulle trasformazioni sociali che hanno sollevato gli attuali dubbi sullo statualismo, e sulle condizioni del suo permanere. Il tentativo è stato, fino ad ora, di evidenziare evoluzioni e discontinuità e di individuare i modi in cui la teoria dello Stato ha influenzato quella del diritto; come cioè la narrazione dello Stato abbia determinato il modo con il quale il diritto è stato percepito nell'epoca moderna; narrazione che mostra in qualche modo le categorie giuridiche come legate, nella loro pensabilità, al monopolio della forza legittima e alla centralità del potere politico. La costruzione della forma-Stato, fondato su quella specifica logica di potere che è la sovranità, ha finito per appiattare le categorie del giuridico, ipostatizzandole su un modello centralista, monista e trascendente; un modello che non solo si è imposto come definitorio del giuridico *tout court* durante l'epoca in cui gli Stati apparivano²⁹⁸ come strutture politico-giuridiche egemoni era effettivamente una struttura, ma ha finito per incarnare l'idea stessa di diritto, oscurando le peculiarità delle esperienze precedenti, e nascondendo la propria storicità. Un risultato, comunque, che è in fondo comune a gran parte delle realtà istituzionali storicamente date²⁹⁹, le quali tendono a imporsi come realtà. Non solo per i comuni cittadini e per gli agenti del

²⁹⁸ Come abbiamo visto questa apparenza, per quanto frutto di una narrazione semplificata della realtà sociale, proveniente dagli stessi creatori dello Stato, era anche la ragione dell'efficacia del modello statale: se l'unità, la coerenza e il carattere teologico dello Stato sono stati una narrazione, tale narrazione è proprio ciò che ha permesso alla realtà statale di agire come agenzia di senso e sintesi istituzionale ordinante.

²⁹⁹ C. CASTORIADIS, *L'istituzione immaginaria della società*, tr. It. a cura di F. Ciaramelli e F. Nicolini, Bollati Boringhieri, Torino 1995; C. CASTORIADIS, *L'enigma del soggetto. L'immaginario e le istituzioni*, tr. It. a cura di R. Currado, Dedalo, Bari 1998.

diritto, ma anche per i teorici e gli studiosi la norma ha finito per coincidere con la Legge, o comunque per dipendere da essa, essendo irreggimentata in una rigida gerarchia di fonti normative che garantiva (e ancora garantisce) contemporaneamente la riconoscibilità della norma valida e la riconducibilità alla volontà sovrana.

Validità e sanzione finirono per instaurare una dualità pressoché inscindibile, per quanto travagliata sul piano teorico, soggetta a diverse inversioni, ripensamenti, problematizzazioni. A sua volta la volontà finì per identificarsi nelle decisioni degli organi istituzionali dello Stato, gli unici depositari in ultima istanza della capacità di interagire con l'ordine giuridico, gli unici a poterlo produrre, modificare, esercitare, individuare, applicare, in presenza di un monopolio della forza legittima. Sintesi perfetta di questo rapporto tra giuridico e politico è quella fornita da Benjamin: la *Gewalt*³⁰⁰, il potere legittimo e insieme la violenza³⁰¹ che crea e conserva il diritto. In questa visione l'esistenza del giuridico, la sua definizione, si lega a doppio filo con uno specifico e ben definito modello di potere. O meglio con una descrizione, una narrazione del potere che coincide sostanzialmente con l'*eidos* dell'istituzione Stato.

Tale modello prevede l'esistenza di un luogo sovraordinato di un potere unilaterale e vincolante, fortemente centripeto, il cui ambito di validità coincide spazialmente con il territorio della nazione, e soggettivamente con l'insieme dei suoi cittadini: territorio, sovranità e popolazione diventano pertanto i perni attorno i quali ruota l'idea di diritto, almeno nell'evo moderno.

Foucault mostra quanto la stessa realtà della nazione possa essere più complessa di quanto la narrazione sovranista riesca a descrivere. Accanto al potere sovrano Foucault ricostruisce una fitta trama di poteri altri, iscritti sui corpi, intessuti nelle relazioni quotidiane. È l'ambivalente e continuo rapporto tra soggettivazioni e assoggettamenti più che un modello calato dall'alto, a dare forma all'ordine sociale. Il potere è cioè relazione più che comando, reciproco (anche se certo diseguale, sperequato) condizionarsi più che dominio assoluto e unidirezionale. La norma non

³⁰⁰ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in Id., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, a cura di R. Solmi, Einaudi, Torino 2014.

³⁰¹ È il caso di ricordare l'estensione semantica del termine tedesco *Gewalt*, da Benjamin utilizzato in tutta la sua estensione: esso indica contemporaneamente potere, autorità e violenza.

è solo normatività, non indica unicamente un modello imposto dall'alto, ma «si sviluppa a partire, al di sotto, ai margini e persino in opposizione a un sistema imperniato sulla legge»³⁰². La norma è allora iscritta nei corpi tramite le discipline³⁰³, o diventa una direttrice biogovernamentale che convince e dirige, grazie a un discorso di verità, all'interno di un paradigma di libertà. Al potere sovrano dunque che lascia vivere e fa morire, si affianca (e non si sostituisce) un potere governamentale che fa vivere e lascia morire: un potere incrementale, che crea libertà e si nutre della libertà che produce³⁰⁴. Nelle parole dello stesso Foucault «la governamentalità definisce il campo strategico delle relazioni di potere, con tutto quello che di mobile, trasformabile, reversibile esse comportano»³⁰⁵. Risulta allora evidente il legame fra governamentalità e pluralismo:

«Il pluralismo giuridico può essere a buon diritto considerato uno dei banchi di prova e insieme una delle più felici verifiche di un impianto analitico ispirato al concetto foucaultiano di governamentalità. Un'ipotesi di tipo governamentale reimpagina i rapporti tra attori sociali e autorità istituzionali. Tra essi non corre nessun rapporto di subordinazione, ma ciò che si produce è un circuito. Per poter incidere sulle seconde, i primi debbono accettare, e dunque 'comprendere', l'ordine discorsivo che da esse promana. Tuttavia, è questa stessa dipendenza ciò che abilita gli attori alla trasformazione dell'ordine che decide del loro posizionamento. Si tratta di un rapporto di autonomia limitata o di creatività vincolata che lega, dinamicamente, gli uni alle altre, rendendo effettuali e significative le condotte degli attori così come trasformabili e rivedibili i posizionamenti costruiti dalle istituzioni.

Trattandosi dei due poli di un circuito, attori e autorità hanno bisogno di speciali mezzi che mettano – nei modi della cooperazione o del conflitto – in comunicazione gli uni con le altre. Tali mezzi sono offerti dal diritto. Quest'ultimo esibisce infatti, e

³⁰² M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano 2005, p. 50.

³⁰³ Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, tr. It. A cura di A. Tarchetti, Einaudi, Torino 2014.

³⁰⁴ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica, Corso al Collège de France (1978-1979)*, tr. It. a cura di M. Bertani e V. Zini, Feltrinelli, Milano 2017; sul tema anche L. BAZZICALUPO, *Biopolitica. Una mappa concettuale*, Carocci, Roma 2010.

³⁰⁵ M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto. Corso al Collège de France, (1981-1982)*, tr. It. A cura di M. Bertani, Feltrinelli, Milano 2003, p. 222.

al più alto livello di genericità il carattere tipico di ogni 'potere': quello di vincolare allorquando abilita e quello di abilitare allorquando vincola»³⁰⁶.

Le trasformazioni degli ultimi decenni sembrano confermare la parzialità del modello sovranista, che si dimostra spesso eccessivamente ripiegato per riuscire a comprendere appieno il divenire di una sfera giuridica e sociale in fermento. Se da un lato gli Stati permangono e anzi si moltiplicano, la loro influenza più che diminuire si diversifica. Si attenua così il carattere astratto e generale della legge, si sfilaccia l'idea della cittadinanza come appartenenza, sempre più diluita nei mille rivoli della globalizzazione, dei mercati, del linguaggio degli interessi. Si affiancano agli Stati *agencies* private ed esperienze collettive in grado di produrre nuovi modi per ordinare esperienze specifiche e di esercitare pressione sul diritto pubblico per il riconoscimento delle proprie esigenze. Eppure, all'interno di un paradigma neoliberale liberogeno, che si nutre delle stesse eccezioni che continua a produrre, la sovranità in senso forte e repressivo torna, a sua volta come eccezione funzionalizzata allo stesso discorso neoliberale³⁰⁷.

Far entrare tutto questo nelle categorie della modernità sembra arduo. Il diritto statale va dunque ricondotto alla sua contingenza storica, analizzato cioè in quanto prodotto di un conteso storico-culturale ben determinato, la modernità europea, e non più utilizzato quale paradigma storico e universale del giuridico. Questa de-ipostatizzazione sembra essere proprio l'obiettivo di una larga parte del pensiero pluralista. Il recupero della coesistenza di più ordinamenti in una medesima realtà sociale permette di decostruire quella narrazione assolutizzante dello Stato che ostacola la leggibilità di alcuni fenomeni di grande attualità. Più che come un dato di fatto incontrovertibile, a la Griffiths, il pluralismo mostra allora le sue potenzialità in quanto approccio decostruttivo, finalizzato a ricollocare le categorie giuridiche in un orizzonte più ampio. Non a caso, come abbiamo visto, una delle linee di sviluppo più promettenti di questo approccio è proprio quella storico-giuridica³⁰⁸.

³⁰⁶ M. SPANÒ, *BILLY o del pluralismo procedurale. Un programma di ricerca*, in «*Jura Gentium*», cit., pp. 126-127.

³⁰⁷ Cfr. A. ONG, *Neoliberalismo come eccezione*, cit.

³⁰⁸ M. CROCE-A. SALVATORE, *Filosofia Politica*, cit., p. 143 e ss.

È insomma, ripetiamolo, la fine di un diritto, e non del diritto. Se di questo si tratta, se dopo la metamorfosi della sua forma statualistica ciò che rimane è pur sempre diritto positivo, torna (o meglio resta) urgente interrogarsi sul contenuto sempre sfuggente di tale parola.

Tale operazione ha senza dubbio un costo evidente, e cioè il rischio costante di pangiuridicismo, la rinuncia al criterio chiaro, sicuro, della riconduzione del diritto alla struttura statuale e alla volontà del Politico. Allontanarsi dal modello statualistico non può non comportare un certo grado di incertezza teorica, perché significa rinunciare ad una nozione pre-data di giuridico, per ricercare invece il suo manifestarsi nelle pratiche costantemente generate dalla vita sociale³⁰⁹.

È tuttavia un sacrificio solo apparente. Tale incertezza infatti non è che lo specchio della nostra epoca di trasformazioni, sovrapposizioni, interdipendenze, sconfinamenti. Il punto è anzi proprio questo: l'esigenza di adeguare le categorie analitiche ad una realtà che si va complessificando; abbandonare le sicurezze, alla ricerca di un lessico più aderente alla realtà contemporanea. Tentando sempre di conservare tuttavia un orizzonte definitorio, una bussola concettuale. Questo implica un ripensamento radicale dell'idea di diritto, un ripensamento che ne amplia la portata ma non ne cancelli completamente i confini, fino a renderlo una parola vuota e inservibile.

Come scriveva Carl Schmitt:

«Ogni pensiero giuridico lavora tanto con regole, che con decisioni, che con ordinamenti e strutture. Ma la concezione finale – per quanto riguarda la scienza giuridica – dalla quale sono derivate giuridicamente tutte le altre, è sempre e soltanto una: una norma (nel senso di regola e legge), o una decisione, o un ordinamento concreto. [...] In base alla diversa importanza riconosciuta, nel pensiero giuridico, a ciascuno dei tre concetti specificamente giuridici e in base alla successione per cui l'uno viene dedotto dall'altro oppure ricondotto ad esso, si distinguono i tre tipi di pensiero fondati sulla regola o sulla legge, sulla decisione o sull'ordinamento e la struttura concreta»³¹⁰.

³⁰⁹ In questo senso, come si accennava nelle pagine precedenti, si pone il lungo percorso di governamentalizzazione dello Stato moderno, come delineato in M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio popolazione*, cit.

³¹⁰ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, tr. It. a cura di P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1972, p. 247.

Schmitt aveva ben individuato che il pensiero giuridico si basa su tre elementi che sono sempre presenti nei corsi del diritto, in ogni sua manifestazione, e aveva altresì chiarito quanto il modo con cui una teoria del diritto descrive il suo oggetto, dipenda *ab origine* da quale di questi elementi venga individuato come essenziale. Sarà attorno ad esso che ruoteranno gli altri, costruendo la definizione. È interessante notare che lo stesso Schmitt era conscio della possibilità di un pluralismo di ordinamenti giuridici. Possibilità che egli, seguendo fino in fondo la linea hobbesiana, riteneva il vero pericolo da evitare, la disgregazione della *Gemeinschaft* nazionale che il sovrano era chiamato a scongiurare. Diritto e sovranità, legati dalla decisione, facevano cioè parte di quel progetto imprescindibile di *reductio ad unum* che è la cifra dell'epoca moderna.

Il superamento del monismo statualistico porta quindi con sé anche l'esigenza del superamento di una fondazione monologica del pensiero giuridico: per comprendere il carattere polimorfo del diritto è necessario considerarne il funzionamento complessivo, leggerlo cioè come fenomeno in sé complesso, come aggregato di elementi in tensione fra loro e reciprocamente interdipendenti. Significa rinunciare ad individuare in uno dei tre elementi elencati da Schmitt l'essenza attorno alla quale costruire una descrizione del diritto, tentando di formulare una definizione non essenzialistica, come suggerito da Tamanaha³¹¹. Quest'ultimo tuttavia, rinunciando alla domanda cosa è il diritto, finisce per poggiare interamente il peso della sua identificazione sulla comunità, rendendolo un fantasma evanescente, quasi incomunicabile. Un eccesso di concretezza sembra qui produrre il suo contrario: lasciando interamente alla concretezza degli individui la definizione del diritto, Tamanaha rifiuta qualsiasi limitazione astrattizzante. Ma così facendo nega la possibilità di comprendere che tipo di oggetto quella collettività stia riconoscendo.

L'idea di istituzione offre in questo senso un punto di partenza ideale per un possibile percorso. L'istituzione in quanto ordine sociale rappresenta infatti una piattaforma concettuale e insieme un aggancio al fatto. Insomma:

³¹¹ Cfr. B. Z. TAMANAHA, *A non essentialist Version of Legal Pluralism*, cit.

«L'organizzazione (di natura, per Romano, squisitamente formale-giuridica), sottratta alla identificazione che Romano compiva con l'ordinamento, va considerata in modo non riduzionistico come prospettiva sociologica, immanente alla fenomenologia del concreto agire giuridico»³¹².

Riemerge, una volta ammessa la possibilità di una prospettiva plurale, legata all'aspetto effettuale, sociologico del diritto, l'enigma della validità: se il diritto non coincide con la forma-Stato, la validità non può essere ancorata al monopolio della forza. Anzi, a ben vedere lo stesso esercizio della forza presuppone l'esistenza di una istituzione in grado di esercitarla (esercito, polizia, ecc.). E se il semplice esercizio della forza richiede un ordine istituzionale, una forza che sia riconosciuta in quanto unica 'legittima' dagli stessi soggetti che le sono sottoposti/tutelati necessita di un'eccedenza di legittimità: oltre ad istituire un ordine interno a sé stessa, tale istituzione deve essere inserita in un sistema di significazione, un sistema istituzionale più ampio, che la legittimi non come mero sopruso ma come strumento dal significato ulteriore.

Venuto meno questo legame, la pluralità di ordini normativi lascia scoperto l'evidente enigma dell'auto-fondazione del giuridico. Esso non è solo forza, non può esserlo dato che esiste evidentemente, storicamente e logicamente prima, dopo e attorno al monopolio statualistico della coercizione. Detto altrimenti: l'esercizio della forza presuppone l'istituzione prima di garantirla. Dipende cioè da un ordine organizzato che produca la forza coercitiva: la coercizione è in qualche modo figlia del diritto. Immaginare il contrario, significa ignorare la natura organizzata della coercizione, oltre che limitare l'ambito del diritto, appiattendolo sulla sua funzione repressiva e negativa³¹³. Ricollegare quest'ultimo alla realtà istituzionale allora, permetterebbe di fornirne una descrizione più ampia e meno rigida, un modello che dia conto delle sue ambivalenze. Ne deriva, bisogna ammetterlo, una struttura

³¹² A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 9. Per Catania il concetto di organizzazione «testimonia [...] una nuova vitalità e una speciale consonanza con la complessità del sociale globale e con le reti relazionali della *governance*», a patto però di non scinderlo dalle categorie di decisione e norma. Ivi, pp. 8-9.

³¹³ Che l'idea di un diritto come organizzazione della forza, e della sanzione come norma primaria limitassero alquanto la comprensione della norma, era la posizione di un altro normativista come Norberto Bobbio. In *Dalla struttura alla funzione infatti*, Bobbio propone una classificazione delle norme molto più complessa e variegata, proprio a partire dall'uso del concetto di funzione come strumento metodologico di indagine. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Laterza, Bari 2007.

inevitabilmente circolare, nella quale diritto e società appaiono collegati in un rapporto costante di mutua derivazione e interdipendenza, sorretto dall'azione costante di riconoscimento e adattamento operata dai soggetti, che a loro volta trovano nella realtà giuridica lo sfondo della loro soggettivazione. Tale ricorsività tuttavia contribuisce a spiegare la difficoltà nell'individuare l'origine puntuale del diritto, e la carica inevitabilmente arbitraria e parziale assunta dai tentativi effettuati in questo senso³¹⁴.

Forse, più che un punto di origine, la sorgente delle forme giuridiche va ricercata nella sua costante evoluzione: in quanto frutto dell'azione umana il diritto sarebbe cioè un processo, più che un ente, e come tale andrebbe interpretato³¹⁵. È una visione in fondo non distante dal *ius involontarium* di Romano, con la sostanziale differenza tuttavia che di essa rifiuta la radice definitoria di segno negativo. Una volta ammessa l'origine sociale delle forme giuridiche insomma, non è possibile fermarsi all'idea di designarlo a partire da ciò che non è (non-volontà) consegnando al fatto irriflesso il discorso sulla legittimità. Al contrario è necessario indagare ulteriormente, scomponendo la dialettica società/diritto, forma/contenuto, istituyente/istituito, al fine di individuarne gli elementi. Tali elementi sono giacciono a mio parere nel legame tra dimensione *latu sensu* deontica e regolativa della norma, e dimensione volontaristica. Intesa quest'ultima nella doppia veste di decisione e comportamento, o in altri termini di pretesa e riconoscimento di validità.

Il prossimo paragrafo partirà delineando un'idea di istituzione come realtà culturalmente costituita; cioè come ambiente specificamente umano, necessario alla soddisfazione delle necessità di quell'essere particolare «aperto al mondo» e relativamente privo di direzione istintuale che è l'uomo. Per farlo verranno usati principalmente i paralleli costruiti rispettivamente da Gilles Deleuze attorno ai

³¹⁴ Un riferimento su tutti è ancora una volta l'ipotesi dello stato di natura hobbesiano: ipotesi che servì a Hobbes per fondare una specifica teoria giuridico-politica, cioè quella della sovranità. T. HOBBS, *Leviatano*, cit.

³¹⁵ O meglio, con la terminologia utilizzata da Spanò, procedura: «La procedura è infatti niente di meno che *l'experimentum crucis* della forma-di-vita: mezzo e luogo in cui una vita incontra una *forma* (*rectius*: deve assumerla) per accedere, compiutamente ma contingentemente, allo statuto di forma di vita»; M. SPANÒ, *BILLY o del pluralismo procedurale*, cit., p. 128.

concetti istituzione e istinto, e Arnold Gelhen attorno a quelli di ambiente naturale e istituzione.

Nei paragrafi successivi verrà approfondita questa idea del legame tra azione performativa dei soggetti, contesto istituzionale e vita del diritto, sintetizzandolo nel concetto di *fictio iuris* mutuato dall'analisi storico-teorica di Yan Thomas³¹⁶. L'idea è che, seguendo il sentiero di Thomas senza volersi, naturalmente inoltrare nella materia specifica del diritto romano, lo strumento tecnico della *fictio* possa essere fungere da *ologramma del diritto*, per usare l'efficace espressione di Spanò e Vallerani³¹⁷: un ritratto in qualche modo 'tridimensionale', che restituisca in sintesi la complessità dell'oggetto. Proveremo a sottolineare insomma una tendenziale coincidenza tra finzione in quanto costruzione artificialistica fondata sulla condivisione di significati, e realtà giuridica, in quanto contesto di significati e azioni concretamente capace di determinare, formare e dare senso alle vite degli individui che gli sono sottoposti. Tale percorso verrà ricostruito nel quarto paragrafo.

L'immagine restituita dalla narrazione sarà utile per introdurre plasticamente il concetto di finzione giuridica o, il ché è lo stesso, di diritto come realtà finzionale, e la pratica dell'autofondazione della realtà istituzionale.

Infine tornerò, nel quinto paragrafo di questo capitolo, sulle categorie teorico-giuridiche di decisione, norma e comportamento così come presentate dalla rilettura delle teorie Hartiane effettuata da Alfonso Catania, mantenendo come cornice l'immagine della *fictio*.

2. Mondi della specie e mondi istituiti

Abbiamo ripercorso l'ipotesi istituzionalista, come possibile strumento di lettura di un diritto sempre più polimorfo e plurale. Un diritto che, allontanandosi dagli equilibri statualistici moderni, esonda per così dire dai centri alle periferie, mostrandosi sempre più come il frutto di una pluralità di vettori di potere, sovrapposti e spesso contrapposti. Resta da spiegare il concetto di istituzione e il

³¹⁶ Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, a cura di Michele Spanò, Quodlibet, Macerata 2015; Y THOMAS, *Fictio Legis*, tr. It. a cura di G. Lucchesini, Quodlibet, Macerata 2016.

³¹⁷ M. SPANÒ-M. VALLERANI, *Come se. Le politiche della finzione giuridica*, in Y. THOMAS, *Fictio Legis*, cit. p, 95.

suo legame con l'idea di diritto. Il termine è certamente polisemico, indicando sia «l'atto di produzione, il suo prodotto e le modalità della sua conservazione»³¹⁸.

Risulta qui utile recuperare una prospettiva che seppur chiaramente esterna al discorso giuridico, può fornire strumenti utili per l'analisi di questo stretto rapporto tra società e diritto: quella di Émile Durkheim.

Secondo Durkheim «i modi collettivi di agire e di pensare hanno al di fuori degli individui una realtà a cui essi si conformano in ogni istante: essi sono così dotati di esistenza propria»³¹⁹. Il termine istituzione indicherebbe dunque delle realtà esterne all'uomo in quanto individuo, ma create dall'uomo in quanto collettività, dal suo agire collettivo.

Istituzione, continua Durkheim, è «ogni credenza e ogni forma di condotta istituita dalla collettività»³²⁰. Una tale definizione è utile per un doppio ordine di motivi: da un lato infatti essa:

«illumina i (e al contempo è vittima dei) problemi connessi al termine 'istituzione', la cui duttilità semantica conduce spesso a una sviante iperestensione [...]. Dall'altro [...] inquadra con precisione quelli che sono generalmente considerati i due fondamentali campi su cui il complesso delle istituzioni pretende di esercitare influenza, ossia le *credenze* e le *condotte* dei membri di una compagine sociale»³²¹.

Credenze e condotte sarebbero dunque gli elementi attorno ai quali gira la costruzione e il mantenimento di un ordine, di un tutto organico che, posto in essere da individui reali, li comprende e li supera «restituendo loro un 'sostanziale' senso di appartenenza»³²². L'agire degli individui insomma, le loro pratiche, il complesso delle loro credenze, si oggettivizza in un ordine che li sovrasta e li include, li *trascende*, per tornare all'espressione di Santi Romano. Un ordine tuttavia, sempre provvisorio. Lo stato di calma e di quiete è sempre apparente³²³,

³¹⁸ Cfr. M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione?*, Carocci, Roma 2010.

³¹⁹ E. DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, Edizioni di Comunità, Milano 1963, p. 19.

³²⁰ Ivi, p. 20.

³²¹ M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione?*, cit., p. 12.

³²² A. TUCCI, *Stabilizzazione e movimento. Una lettura di Durckheim alla luce della globalizzazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Roma 2003, p. 36.

³²³ Ivi, p. 37.

dato che nella visione durkheimiana, il «conflitto è sempre latente nelle pieghe dell'ordine sociale costituito. La radice del conflitto non è mai estirpata»³²⁴.

Se da un lato Durkheim individua nella regolarità sociale sostenuta dal diritto la fonte della coesione sociale, dall'altro non smette di sottolineare la forza reattiva del diritto, che eccedendo questa normalità, si inserisce «dentro una dialettica di cristallizzazione e mutamento sociale, di stabilizzazione e continue *evoluzioni*»³²⁵. Sulla scena artificialmente ordinata con la quale il diritto si rappresenta il sociale insomma, irrompe costantemente l'irregolarità del concreto³²⁶.

Emergono già chiaramente gli elementi portanti del discorso istituzionale, elementi che accompagneranno, in filigrana ma ben evidenti, l'ultimo tratto di questo lavoro: realtà umana come costruzione collettiva; (positiva), interdipendenza tra individui e istituzioni; tensione costante tra istituyente e istituito.

Impossibile non pensare al piano deontico del giuridico in chiave positivista. Difficile non pensare, fin d'ora, a quella norma come dispositivo che Alfonso Catania ricostruiva come centro metodologico della teoria giuridica: il diritto è innanzi tutto una tecnica, e in quanto tale prodotto degli soggetti che la utilizzano. Prodotto cioè di quel particolare essere che è l'uomo. Una sottile linea unisce ordine istituzionale, bisogni, tendenze e pratiche.

Pratiche sociali e istituzioni rappresentano due fenomeni correlati. Le pratiche sociali possono infatti definirsi come contesti di interazione entro cui le condotte degli agenti sono guidate da regole³²⁷. La regola fungerebbe cioè da criterio per valutare l'azione, ma non solo: entro le pratiche regolari il criterio come ragione stessa dell'azione. L'adozione di una regola in quanto ragione implicherebbe cioè che l'azione dei soggetti sia guidata dalla regola: l'agente adotta la regola come motivo della sua azione, conformando il suo comportamento al modello, unicamente in ragione dell'esistenza del modello stesso. Tali criteri si fissano progressivamente entro pratiche paradigmatiche, linee guida nel comportamento di tutti e di ciascuno³²⁸.

³²⁴ E. PACE, *Per una definizione dei fenomeni religiosi*, Armando, Roma 1996, p. 29.

³²⁵ A. TUCCI, *Immagini del diritto*, cit., p. 7.

³²⁶ Cfr. V. RAPONE, *Normatività e dimensione simbolica in Durkheim*, in «*L'Ape ingegnosa*», n. 2 /2002, PP. 91-123.

³²⁷ M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione?*, cit. P. 13.

³²⁸ Ivi, p. 16.

Dal momento in cui il criterio costitutivo di una pratica si trasforma in campione, quella pratica diventa una istituzione, procedendo lungo un percorso potenziale di *proceduralizzazione* dei processi interni di negoziazione. In altri termini alcune pratiche, perdendo progressivamente il loro carattere temporaneo, fluido, irriflesso, riescono ad acquistare autonomia, in ordine di spazio e di tempo, rispetto agli individui che per primi le avevano utilizzate³²⁹. L'origine di una istituzione è dunque ben radicata nei comportamenti, nell'immanenza delle pratiche, eppure nasce nel momento in cui tali pratiche riescono ad oggettivizzarsi, producendo un contesto stabile. Per gli individui sottoposti a tale contesto artificiale, prodotto da comportamenti e pratiche ormai cristallizzate in campioni, esso sarà lo sfondo reale, la cornice di senso che permette l'esprimersi dei propri comportamenti sociali.

Tale caratteristica dell'istituzione è affrontata da Gilles Deleuze³³⁰, autore che come è noto non può essere considerato un giurista, ma che non di meno getta una innegabile luce su alcuni aspetti della questione.

Deleuze mette in contrapposizione frontale la realtà istituzionale e ciò che egli chiama istinto, ma che potremmo assimilare ad un'idea di natura intesa come contesto pre-dato, nel quale i comportamenti innati degli individui sono dotati di senso. Al centro della sua riflessione c'è il concetto di *tendenza*, che fa da perno a tale contrapposizione tra istinti ed istituzioni. La tendenza è qui intesa come necessità, bisogno: sia l'istituzione che l'istinto non sarebbero, da questo punto di

³²⁹ A partire da tale criterio Mariano Croce traccia una possibile tassonomia delle istituzioni, le quali sarebbero «a) istituzioni come pratiche sociali governate da regole informali e riflessive; b) istituzioni come organizzazioni allo stato fluido, contesto di definizione di ruoli e assegnazione di funzioni, caratterizzate da regole formalizzate non coattive, l'infrazione delle quali comporta la fuoriuscita dalla pratica; c) istituzioni come organizzazioni allo stato solido, contesto di definizione di ruoli e assegnazione di funzioni, caratterizzate da regole formali e vincolanti, l'infrazione delle quali prevede sanzioni relative al solo ambito della pratica e la cui gestione (promulgazione, implementazione, mutamento) è affidata a organismi specifici; d) istituzioni come organizzazioni allo stato solido esercitanti forza legittima, contesto definizione di ruoli e assegnazione di funzioni, caratterizzate da regole formalmente vincolanti, l'infrazione delle quali prevede sanzioni esterne alla pratica e la cui gestione (promulgazione, implementazione, mutamento) è affidata a organismi specifici, legittimati all'uso della forza». M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione?*, cit. p. 17. Sebbene forse eccessivamente schematica, questa tassonomia iniziale fornisce una bussola piuttosto utile per orientarsi all'interno del concetto e della realtà dell'istituzione, termine come abbiamo visto polisemico e di non facile addomesticamento.

³³⁰ S. VACCARO (a cura di), *Il secolo deleuziano*, Mimesis, Milano, 1997.

vista, che «le due forme organizzate di una soddisfazione possibile»³³¹. Il secondo offrirebbe una via diretta al soddisfacimento dei bisogni, la prima ne costituirebbe invece una via indiretta. Mentre la maggior parte degli organismi viventi traggono dal mondo esterno gli elementi per la soddisfazione di bisogni e necessità, alcuni, elaborano dei mezzi di soddisfazione artificiali, istituendo «un mondo originario tra le proprie tendenze e il mondo esterno»³³².

Già dalle prime battute di *Istinti e Istituzioni*, Deleuze lega a filo doppio l'idea di istituzione con l'esperienza dell'individuo sociale, con la sua abilità di 'costruire' la realtà a partire da un agire collettivo. Innanzi tutto, la contrapposizione tra organismo e soggetto. A trarre dalla natura, cioè dall'istinto, i mezzi della propria sussistenza sono gli «organismi»; ad istituire i mezzi artificiali per il proprio soddisfacimento è invece il soggetto. Distinzione fondamentale che è all'origine del concetto di intelligenza vista nella sua necessaria socialità. È l'individuo innanzi tutto, e mai l'organismo, per sua natura costretto e strutturato dall'istinto, a poter istituire quel «qualcos'altro» rispetto alla natura:

«Bisogna ritrovare l'idea che l'intelligenza è cosa sociale più che individuale, che essa trova nel sociale l'ambiente intermediario, il terzo ambiente che la rende possibile. Qual è il senso del sociale in rapporto alle tendenze? Integrare le circostanze in un sistema di anticipazione, e i fattori interni in un sistema che regola il loro apparire, sostituendo la specie. È certo il caso dell'istituzione»³³³.

L'artificialità dei mezzi è resa possibile dalla dimensione collettiva dell'intelligenza. Una intelligenza permessa dalla perfettibilità dell'istinto, dai suoi vuoti, da un allentarsi che lascia spazio all'indecisione, e dunque alla variazione. Da un lato la società, infinitamente variabile, infinitamente modellabile e perfettibile, dall'altra la specie, che relega l'individuo nella necessità di una perfezione istintuale, organismo perfettamente programmato, 'all'incrocio' di due esigenze: quelle individuali, del singolo, e quelle della specie.

Una doppia causalità della quale l'individuo-uomo è in larga misura privo, e alla quale sostituisce quella dell'istituzione. L'uomo sarebbe in altri termini «un animale

³³¹ G. DELEUZE, *Istinti e istituzioni*, tr. It. A cura di U. Fadini e K. Rossi, Mimesis, Milano-Udine 2014, p. 29.

³³² *Ibidem*.

³³³ *Ivi*, p. 32.

che si sta spogliando della specie»³³⁴, e l'istituzione sarebbe «il modo in cui l'uomo, privo di istinti, fa i conti con la sua specificità, spogliandosi della sua specie»³³⁵. Mentre per gli altri animali gli elementi che soddisfano le esigenze formano «mondi specifici»³³⁶, l'uomo, nato senza alcun contesto proprio si sottomette ad un mondo di sua stessa creazione. A tale creazione egli resterebbe tuttavia sottomesso, poiché essa, l'istituzione:

«rimanda a un'attività sociale costitutiva di modelli di cui non siamo coscienti e che non si spiega attraverso la tendenza o l'utilità, poiché invece quest'ultima, come utilità umana, la presuppone. In questo senso, il prete, l'uomo del rituale, è sempre l'inconscio del fruitore»³³⁷.

Per dirla con Castoriadis, guardando dalla prospettiva inversa, «Ciò che l'individuo può produrre da solo sono fantasmi privati, non istituzioni»³³⁸.

È il caso di sottolineare, nel brano di Deleuze, il riferimento all'«uomo del rituale»: il sacerdote (ma anche il giurista, suo lontano parente). È il rituale che permette il mantenimento della realtà istituzionale. Senza un insieme di forme codificate, riconoscibili, senza il rispetto della ritualità, non esisterebbe alcuna istituzione. La realtà istituzionale sembra allora coincidere, fin d'ora, con le forme della sua manifestazione. Fondamentale anche il riferimento all'inconscio: se è il fruitore a dare senso all'istituzione con il suo comportamento, è nella parte sottratta alla volontà, irriflessa, che si nasconde la radice del funzionamento ritualistico. La credenza nel valore della pratica ritualizzata è dunque la fonte di quello stesso valore. Una forza tale da produrre uno spazio (e un tempo) di significati, un mondo di senso in grado di assicurare l'identità e la cooperazione di individui altrimenti slegati e privi di un contesto dato.

Il tema è d'altro canto ripreso, a partire da una diversa prospettiva anche da Arnold Gehlen. Riprendendo le posizioni di Scheler, Gehlen descrive l'uomo come un essere «aperto al mondo»³³⁹: un essere cioè «piantato in asso dall'istinto», privo di quei vincoli specifici che lo renderebbero in grado di muoversi in un'ambiente

³³⁴ *Ibidem*.

³³⁵ U. FADINI, *Deleuze positivo*, Introduzione a G. DELEUZE, *Istinti e istituzioni*, cit. p. 14.

³³⁶ *Ivi*, p. 29.

³³⁷ *Ivi*, p. 31.

³³⁸ C. CASTORIADIS, *L'enigma del soggetto*, cit., p. 69.

³³⁹ A. GEHLEN, *Antropologia filosofica e teoria dell'azione*, cit., p. 91.

particolare. La ricchezza degli stimoli percepibili dall'uomo lo svincola, o meglio lo estranea da qualsiasi habitat naturale. Da punto di vista biologica, secondo l'autore, questa apertura sarebbe un fattore negativo, proprio per la conseguente indeterminatezza a cui essa porta:

«All'animale, attraverso la saggezza della natura, resta nascosto ciò che non deve venire alla percezione come vitalmente importante, com'è invece il caso dei segnali che indicano il nemico, la preda, l'altro sesso, ecc.; oppure, in altri casi, viene percepito, in un campo percettivo pure ricco di elementi superflui biologicamente, solo l'oggetto del comportamento, solo ciò che è significativo per gli istinti o lo può diventare. L'uomo invece è esposto ad un'*inondazione di eccitazioni*, ad una ricchezza del *percepibile* che si può capire biologicamente solo ove essa venga posta in relazione con la necessità di dover trovare, in condizioni arbitrarie, mai adatte e dunque molteplici e diverse in un modo del tutto casuale, le *chances* per l'attività della quale egli vive fisicamente»³⁴⁰.

La molteplicità delle percezioni a cui l'essere umano è sottoposto, dunque, anche per Gehlen è potenzialmente uno svantaggio, in un ambiente che richiede risposte immediate a stimoli e minacce. Ne deriva per l'uomo un onere, che può essere superato con una attività autonoma. Essendo privo di un rapporto organico con precise sfere naturali, la vita dell'uomo è notevolmente più incerta di quella degli altri esseri viventi, ma al contempo egli è capace, anzi costretto, ad una attività progettuale. Egli è chiamato a modificare il mondo (*Welt*) che si trova di fronte attraverso la sua capacità di previsione e pianificazione. Al centro della riflessione viene collocata così l'azione, cioè la capacità dell'uomo di creare e prevedere cultura: di fronte alla ricchezza di possibilità che il mondo esterno, non ordinato, gli mette davanti, l'uomo ha bisogno di *esoneri* (*Entlastungen*): «Con l'azione su sé stesso l'uomo trasforma gli oneri elementari di cui è gravato in chances per conservare la propria vita»³⁴¹. In altri termini, la relazione tra l'uomo e gli oggetti del mondo non può essere inquadrata come rapporto soggetto-oggetto, ma come «una specifica forma di d'interazione, che arricchisce e riempie gli oggetti di un significato non immediatamente connesso a questi»³⁴². Lo sguardo umano seleziona e ritaglia

³⁴⁰ Ivi, pp. 91-92.

³⁴¹ Ivi, p. 90.

³⁴² M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione?*, cit., p. 57.

significati per le cose, le investe di una simbolizzazione nuova, estranea alle cose per sé: l'uomo in altri termini «vede simbolicamente», cioè attraverso forme di percezione e di sapere più elevate, che lo esonerano dal ripetere le stesse esperienze. Vive cioè sempre meno attraverso esperienze dirette, che d'altronde sarebbero eccessivamente varie, e sempre più attraverso un mondo di oggetti simbolicamente costruiti, un mondo di significati culturali, trasferiti e condivisi attraverso il linguaggio, che diventa così il «luogo dell'esonero»: è all'interno di questo mondo culturale che l'uomo può costruire schemi d'azione che suppliscano all'assenza di risposte istintuali programmate. L'uomo può chiudere in questo modo il suo orizzonte, su un mondo che rimarrebbe altrimenti pericolosamente aperto³⁴³. I prodotti di questa attività rischierebbero però di sciogliersi presto nella loro originaria caducità senza la stabilità di «puntelli esterni»³⁴⁴, senza cioè una dimensione collettiva, separata dal rapporto diretto con la natura, in cui gli uomini possano affrontare collettivamente gli scopi della vita. È questo lo scopo delle istituzioni, primo momento veramente sovraindividuale per Gehlen. L'istituzione è una forza disciplinante, in grado di garantire un ambito aproblematico e ariflessivo di formazione della soggettività. Incidendo a livello capillare sulle prospettive pratiche epistemiche dei singoli, esse riducono la loro capacità di riconoscere la «natura artificiale del mondo culturale in cui sono inseriti»³⁴⁵. Questo carattere irriflessivo delle istituzioni è necessario secondo Gehlen per la loro stabilità, affinché gli individui ereditino un modo specifico di padroneggiare l'eccesso di pulsioni interne. L'individualità, la messa in dubbio della naturalità (cioè della necessità) delle istituzioni, metterebbe a rischio quel sistema di esoneri. La soggettività è allora un fattore di rischio quando assume un atteggiamento critico nei confronti della realtà istituzionale. Il soggetto, al fine della stabilità e della continuità di questo fragile mondo artificiale, deve essere un ricettore passivo. Vedremo più avanti l'assonanza di questo paesaggio sociale con quello che Herbert Hart

³⁴³ Sul tema si rinvia al fondamentale contributo dei *Cultural Studies*, i quali sottolineano un rapporto non rigido ed univoco tra natura (istinto) e istituzioni; cfr. R. Williams, *Culture and Society. 1780-1950*, Chatto & Windus, London 1958; R. Williams, *The Country and the City*, Chatto & Windus, London 1973; A. Portelli, *Biografia di una città. Storia e racconto. Terni 1830-1985*, Einaudi, Torino 1985; A. Richards, *Practical Criticism*, Routledge, London 1929; F. Inglis, *Cultural Studies*, Cambridge UP, Cambridge Mass 1993.

³⁴⁴ Ivi, p. 60.

³⁴⁵ Ivi, p. 62.

chiamava «ordinamento di pecoroni», un ordinamento giuridico nel quale la maggioranza degli individui, eccetto i funzionari, si limitasse ad un punto di vista esterno, al recepimento passivo delle norme. Mentre nell'auspicio dell'autore inglese rimane invece una partecipazione attiva e consapevole, una radicale sfiducia nei confronti del sapere riflessivo impedisce invece a Gehlen, di vedere quanto la critica sia una «risorsa irrinunciabile per il buon funzionamento del complesso istituzionale»³⁴⁶, in quanto strumento in grado di far riaffiorare l'intelligenza e l'efficacia mostrata dalle istituzioni stesse al momento della loro creazione. Cosa ancor più grave, la paura dell'azione individuale all'interno del farsi istituzionale sembra oscurare pericolosamente il ruolo strutturale dell'azione politica, che erode più o meno silenziosamente, in maniera costante l'ordine costituito. La metamorfosi del sistema istituzionale moderno, vista nella prima parte di questo lavoro, testimonia proprio questo legame tra la vita dell'istituzione e il riadattamento costante del proprio ordine alle esigenze nuove che esso stesso produce.

Le prossime pagine, partendo dal presupposto di questo legame inscindibile tra sociale e giuridico, tenteranno di recuperare l'aspetto dinamico/critico e quello statico/conservativo, formalistico delle esperienze giuridiche. Per il momento mi limito a sottolineare questa assonanza.

Torniamo ora per un istante ai tre elementi considerati da Schmitt: decisione, norma, istituzione. Vedremo, attraverso la lettura romanistica di Yan Thomas, che a partire da quello che vedremo essere *l'ologramma della fictio*, che questi elementi si tengono, in una costruzione unitaria; una costruzione, quella del giuridico, che può essere compresa appieno solo a partire dalla complementarità e interrelazione costante di questi elementi, e che in quanto creazione sociale, vive dentro e attraverso gli stessi soggetti che contribuisce a creare. L'elemento critico e riflessivo è per altro necessario per comprendere appieno il funzionamento dell'istituzione giuridica, soprattutto nella sua incarnazione contemporanea, come abbiamo visto quanto mai eclettica e partecipata.

È impressionante qui l'assonanza con la visione del potere istituyente descritta appena pochi anni prima da Cornelius Castoriadis:

³⁴⁶ Ivi, p. 67.

«la società ateniese non è altro che gli ateniesi – senza di cui essa si riduce a frammenti di marmo e cocci di vasi, a iscrizioni indecifrabili o a statue ripescate qua e là nel Mediterraneo –; ma gli ateniesi sono ateniesi solo grazie al *nomos* della *polis*. In questo rapporto tra una società istituita che oltrepassa infinitamente la totalità degli individui che la ‘compongono’, ma che non può esistere effettivamente se non ‘realizzandosi’ negli individui che essa fabbrica, e questi stessi individui, è possibile cogliere un tipo di relazione inedito e originale, impensabile attraverso le categorie tutto/parti, insieme/elementi, universale/particolare eccetera. Creandosi, la società crea l’individuo e gli individui entro e attraverso i quali soltanto essa può avere realtà effettiva»³⁴⁷.

3. «Né più né meno di una libbra esatta»: la finzione del diritto tra stabilità oggettiva e adattamento specifico

La prima scena del penultimo atto del *Mercante di Venezia*³⁴⁸ è un momento decisivo dell’opera, il punto in cui i due intrecci di cui si compone il dramma si intersecano risolvendosi reciprocamente. Al culmine del dramma, l’autore inscena un processo che dovrà dirimere finalmente il conflitto, fra Shylock e Antonio, che ha attraversato in un crescendo l’intera vicenda³⁴⁹.

L’autore crea qui una doppia finzione rivelatrice, che svela con il suo doppio livello, un modo di funzionamento del giuridico. Questa doppia finzione è data dalla presenza, all’interno della finzione narrativa, dell’ulteriore inganno imbastito da

³⁴⁷ C. CASTORIADIS, *Potere, politica, autonomia*, cit. p. 43.

³⁴⁸ Per una lettura critica dell’opera si rinvia a A. SERPIERI, *Prefazione al Mercante di Venezia*, in W. SHAKESPEARE, *Opere complete con testo a fronte*, Garzanti, Milano 2016; L. A. FIEDLER, *The stranger in Shakespeare*, London 1973; A. LOCATELLI, *Dialettica e ideologia in «The Merchant of Venice»*, in «*Studi inglesi*», III-IV, 1976-1977; C. D. BASCHIERA, *La recita del diritto. Saggio su «The Merchant of Venice»*, ETS, Pisa 1986; R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, tr. It. a cura di M. G. Lusano, Einaudi, Torino 1972.

³⁴⁹ Per consentire all’amico Bassanio di partecipare al corteggiamento della ricca e nobile Porzia, Antonio, mercante di Venezia, si indebita con l’usuraio Shylock, il quale chiede a garanzia della effettiva e puntuale restituzione del capitale da parte di Antonio, una ‘libbra di carne’ di quest’ultimo, da prelevare da un punto del corpo a scelta dello stesso Shylock. Mentre Bassanio riesce nell’impresa, diventando erede della fortuna del feudo di Belmonte, le imprese commerciali di Antonio falliscono, lasciandolo alla mercé del suo debitore Shylock, il quale decide di far valere alla lettera il contenuto dell’accordo contrattuale. Venuto a conoscenza delle circostanze, Bassanio decide di aiutare l’amico, utilizzando parte del suo nuovo patrimonio per riscattarne il debito. Cfr. W. SHAKESPEARE, *Il mercante di Venezia*, in W. SHAKESPEARE, *Tutte le opere*, a cura di M. Praz, Bompiani, Milano 1993, pp. 416 e ss.

Porzia. Quest'ultima, assieme all'ancella Nerissa, decide di partecipare al processo richiesto da Shylock a carico del debitore Antonio, sotto le spoglie di un «dottore di legge». Questo del travestimento è un primo elemento interessante. Il travestimento di Porzia, la sua apparenza di legittimità, è sufficiente a conferirle il potere di parlare di fronte al tribunale, di *iuris dicere*, fornendo la soluzione alla questione giuridica in oggetto. L'apparenza, data anche dalla lettera di presentazione³⁵⁰ del dottore di diritto interpellato dalla corte, sembra così condizione necessaria e sufficiente per esercitare la capacità di dire il diritto; al di là del contenuto del dispositivo logico-giuridico ideato da Porzia, è innanzi tutto la sua apparenza a conferirle il diritto di parlare validamente; apparenza sostanziata, perfino basata, su quella lettera di presentazione, che la qualifica come esperta di diritto, cioè come appartenente ad una comunità di esperti in grado di emettere una opinione qualificata; una comunità che come la lettera sembra indicare, si autolegittima: Porzia ha titolo di intervenire poiché è stata qualificata come appartenente alla cerchia dei giuristi da un altro giurista, e dunque le sue parole non potranno che essere interne alla logica del diritto, non potranno che essere discorso giuridico. Già a questo livello la doppia finzione scenica sembra avere un effetto rivelatore: mettendo lo spettatore di fronte all'inganno svela il funzionamento segreto della legittimazione, in quanto discorso auto-fondato. L'apparente legittimazione di Porzia sarà in fondamento della reale, concretissima decisione finale presa dai giudici, con tutte le sue conseguenze nel bene e nel male. Ma è proprio la soluzione rinvenuta da Porzia tra le pieghe del diritto il punto più illuminato. Essa si sostanzia in un vero e proprio dispositivo giuridico, un meccanismo tutto interno al diritto, basato sulla lettera delle norme coinvolte (le leggi della Repubblica Veneziana e il contratto stipulato da Shylock e Antonio), ma

³⁵⁰ La lettera, portata da Nerissa e letta dal Doge di Venezia, recita così: «Sappia Vostra Serenità che nel momento in cui ricevo la lettera mi trovo assai indisposto: ma nello stesso tempo in cui è venuto il vostro messo era qui con me, per una gradita visita, un giovane dottore di Roma. Il suo nome è Baldassarre. L'ho informato della causa tra l'ebreo e il mercante Antonio, e abbiamo sfogliato insieme parecchi libri. Egli conosce perfettamente la mia opinione, la quale, rafforzata dalla sua personale dottrina, della cui larghezza non posso fare abbastanza lodi, vi giunge insieme con lui, che per le mie sollecitazioni, risponderà in vece mia, all'invito di Vostra Serenità. La sua mancanza d'anni, vi supplico, non sia un motivo per cui debba mancargli una rispettosa stima; perché non ho mai conosciuto una persona così giovane con un cervello così maturo. Lo affido quindi alla vostra graziosa accoglienza, e la prova che ne farete renderà più chiara la sua lode». W. SHAKESPEARE, *Il mercante di Venezia*, cit. p. 439.

ne sovverte la logica, producendo un effetto imprevedibile, eppure del tutto lecito, poiché giuridicamente motivato da un dottore di legge, e dunque pienamente interno al discorso giuridico.

È proprio nella lettera del contratto che Porzia trova l'appiglio per la sua radicale negazione; è nel cuore della norma che si cela la crepa in grado di distruggere la posizione altrimenti inattaccabile di Shylock come creditore: il contratto gli dà diritto ad una libbra di carne, ma non ad una singola «stilla di sangue»³⁵¹. Dunque nel prelevare ciò che gli spetta in virtù dell'accordo Shylock non potrà versare una singola goccia del sangue del suo debitore, pena la confisca del suo intero patrimonio, in virtù delle leggi di Venezia³⁵². Per quanto impossibile, questa sorta di 'combinato disposto' tra le leggi veneziane e la lettera, pedissequamente interpretata del contratto, intrappola Shylock in un diritto impossibile da far valere.

Il dispositivo paradossale a questo punto è già scattato, e proprio come una trappola impedisce al creditore di fuggire. Shylock infatti vorrebbe retrocedere alla precedente proposta di Bassanio, precedentemente rifiutata: Allora accetto l'offerta: mi si paghi tre volte la somma dell'obbligazione e il cristiano sarà libero³⁵³», ma anche questa soluzione soddisfattoria per il creditore gli è preclusa. Egli deve avere ora giustizia, esattamente ciò che ha chiesto, e la giustizia impone che non riceva altro che ciò che gli spetta in virtù dell'accordo³⁵⁴. Nemmeno il solo capitale gli è più concesso, avendo poco «rifiutato in piena corte», come ricorda Porzia³⁵⁵, dunque Egli deve ottenere semplicemente giustizia, e l'esecuzione del contratto»³⁵⁶. Infine l'affondo finale: non solo è impossibile per Shylock esigere quel credito che pure formalmente gli viene riconosciuto, ma la sua stessa pretesa lo rende colpevole: «È stabilito nelle leggi di Venezia che se si può provare contro uno straniero che egli con attentati diretti o indiretti insidia la vita di qualche cittadino,

³⁵¹ Ivi, p. 440.

³⁵² «Le precise parole sono 'una libbra di carne.' Atteniti dunque ad essa e prenditi la tua libbra di carne; ma se nel tagliarla tu versi una sola goccia di sangue cristiano, le tue terre e i tuoi beni sono, in forza delle leggi di Venezia, confiscati in favore dello Stato di Venezia». *Ibidem*,

³⁵³ Ivi, p. 441.

³⁵⁴ «Non versar sangue e non tagliare né più né meno di un'esatta libbra di carne. Se ne tagli più o meno di una libbra esatta, tanto solo che la renda, nel suo peso totale, più leggera o più pesante di una frazione che sia la ventesima parte di un solo grano, o, meglio, se il piatto sgarra solo per la differenza di un capello, tu muori e i tuoi beni sono confiscati». *Ibidem*.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ *Ibidem*.

la persona contro cui ha tramato può impadronirsi di una metà dei suoi beni, mentre l'altra metà va nella cassetta privata dello Stato e la vita del reo è alla mercé del doge unicamente, contro ogni appello»³⁵⁷. È da notare che a questo punto, ciò che sembra definitivamente ribaltare la posizione di Shylock, da creditore vantante diritto a reo sottoposto a condanna, è anche la sua posizione all'interno della città, il suo status di cittadinanza, se così si può dire. Shylock è un ebreo in una città cristiana apertamente antisemita, è l'Altro all'interno di una comunità che lo tollera a malapena e per convenienza, e nella scena del tribunale questa alterità è resa evidente dalla sua assoluta solitudine. Egli è il personaggio che deve perdere, poiché l'intera comunità è contro di lui, come gli insulti incolleriti di Bassanio, e le più pacate battute del doge rendono evidente; eppure il fatto di questa diversità, di questo isolamento, di questa alterità, non può essere fatto valere in quanto tale, ma viene trascritto nella logica del diritto, attraverso la disposizione della legge: «[...] uno straniero che egli con attentati diretti o indiretti insidia la vita di qualche cittadino [...]».

Ora, ciò che più interessa il percorso di questo lavoro, è il motivo per il quale questo dispositivo argomentativo, piuttosto delicato viene costruito, e soprattutto perché risulta tanto convincente; dov'è la ragione del suo fascino narrativo. Ripetiamolo: Shylock è solo di fronte a Venezia, pur nella titolarità di un diritto di credito; anzi è solo ed odiato proprio a causa della titolarità di tale diritto. Sulla scena non ha un solo alleato, eppure fino all'arrivo di Porzia e del suo meccanismo argomentativo sembra intoccabile: il suo diritto, persino contro l'evidente volontà del doge, e nonostante l'evidente iniquità della pretesa – evidentemente emulativa – la lettera del contratto, alla quale si appella, lo protegge. Shylock, insieme a Porzia uno dei due poli del palco, sa benissimo il motivo, conosce perfettamente il gioco che si sta giocando e ne padroneggia, così crede almeno, le regole. Lo dichiara egli stesso: «La libbra di carne che io pretendo da lui è stata comprata a caro prezzo: è mia e voglio averla. Se voi me la negate, onta alla vostra legge. Le leggi di Venezia non hanno più forza»³⁵⁸. Il disvelamento è tutto qui: se la sua pretesa non verrà rispettata, sarà violata la norma che protegge i contratti a Venezia, la legge veneziana ne sarà

³⁵⁷ *Ibidem.*

³⁵⁸ *Ivi*, p. 438.

indebolita e l'ordine economico e istituzionale della repubblica compromesso. Mentre Bassanio, soggetto all'ordine giuridico ma meno consapevole della sua natura, continua a lanciare appelli etico-morali, è l'altro cardine della narrazione che, come abbiamo visto, trova la soluzione. Porzia infatti è consapevole del gioco almeno quanto Shylock, tanto che le sue parole riecheggiano quelle appena citate: «[...] Non c'è nessuna autorità a Venezia che possa modificare una legge in vigore. Ciò sarebbe invocato come un precedente e, per quell'esempio, molti abusi si infiltrerebbero nello Stato. Non è possibile»³⁵⁹. Anche Porzia conosce dunque bene la posta in gioco, che è ben più alta della vita di Antonio; in ballo c'è l'ordine stesso dello Stato di Venezia, la sua conservazione, la sua esistenza. Se l'autorità intervenisse a modificare una legge a favore di qualcuno, per un caso specifico, tale decisione unilaterale, per quanto condivisa indebolirebbe la futura certezza della legge, creando un precedente. L'autorità non può intervenire a suo piacimento, pena il tradimento della finzione che sta alla base della concretissima realtà del potente Stato veneziano: se si pensasse che la legge può essere modificata in qualsiasi momento, essa perderebbe qualsiasi valore di garanzia, qualsiasi concretezza.

La vita di Antonio non può dunque certo competere con l'ordine dello Stato. La soluzione va trovata non all'esterno, tramite una imposizione dell'autorità o un impossibile accordo economico, dato che Shylock (con una decisione in fondo dalla forte carica politica) ha rinunciato a qualsiasi interesse di carattere pecuniario, sottraendosi alla razionalità economica. La soluzione va trovata all'interno del discorso giuridico, dentro la logica del diritto.

È questo il senso del dispositivo prodotto da Porzia: sovvertire le conseguenze della norma senza violarne le premesse, conservare la finzione del diritto in quanto realtà oggettiva e autonoma rispetto gli interessi dei singoli (perfino della maggioranza e delle stesse autorità) ma al contempo trasformarlo, piegarlo, guidarlo, come se il risultato raggiunto tuttavia fosse già inscritto nelle premesse. Manipolare il discorso, restando nell'ordine del discorso (giuridico). Solo conservando entrambi

³⁵⁹ Ivi, p. 439.

questi aspetti: stabilità oggettiva e adattamento specifico il diritto, in quanto strumento ricompositivo e organizzativo, è in grado di funzionare³⁶⁰.

Questa capacità, come vedremo, rivela molto del ruolo insieme trasformativo e conservativo che in generale gli attori del diritto hanno all'interno dell'ordinamento. Per estensione esso mette in primo piano una caratteristica fondamentale: il legame costante e biunivoco che intercorre a vari livelli tra attori e ordinamento giuridico. Un legame che deve essere esplorato a fondo per comprendere la natura complessa della realtà giuridica.

In questo senso l'utilizzo della nozione di finzione può rivelarsi particolarmente efficace per spiegare il funzionamento del diritto. Non nel senso che quest'ultimo è una entità falsa o inconsistente. Tutt'altro: la realtà del diritto coincide con il suo carattere finzionale, cioè di credenza, affidamento alla significazione di decisioni, atti e schemi dal potere deontico, in grado di condizionare i comportamenti sociali, e prima ancora di produrre lo stesso contesto sociale.

Questa affinità del diritto con la teatralità e la narrazione, a sua volta in grado, come in uno specchio di rifletterne il carattere finzionale e il funzionamento narrativo delle forme istituzionali, non emerge ovviamente soltanto nel teatro vittoriano. Esso è percepibile in molta della letteratura e della narrativa di diversi media, anche contemporanei. Di fronte al racconto di sé stesso, il diritto si riflette, svelando i propri retroscena, fornendo una visione non ufficiale dell'ufficialità, certo romanzata, distorta, eppure per certi aspetti illuminante. Molta della produzione cinematografica recente, ad esempio, gioca proprio su questo scarto, su questa ambivalenza di fondo tra manifestazione del processo come verità pubblica, in seguito alla ricostruzione dei fatti la realtà tecnica, complessa, faticosa e strategica del proscenio legale, che per certi spetti costituisce quella verità sul piano giuridico.

³⁶⁰ Porzia sembra assumere qui il ruolo dell'*amusnaw* di Bourdieu: ella rappresenta qui l'eroe dell'ufficialità, una sorta di profetessa in grado di dire al gruppo cosa fare in una situazione di 'crisi', cioè in un momento in cui il gruppo non sa come comportarsi. Di fronte all'*empasse* creata da Shylock Porzia dice a Venezia «che cosa bisogna fare quando nessuno sa che cosa pensare». Esattamente come l'*amusnaw* Porzia rivela al gruppo cosa il gruppo è, come vuole vedersi. Ma soprattutto lo fa attraverso una variazione minima del linguaggio ufficiale, attraverso cioè una innovazione che si inserisce all'interno della continuità del linguaggio ufficiale. In questo caso addirittura, la variazione che innova coincide con una interpretazione iper-letterale del dispositivo normativo; P. BOURDIEU, *Sullo Stato*, cit., p. 55.

Nella serie televisiva *Law & Order*³⁶¹ ad esempio, questa dualità è particolarmente evidenziata dalla struttura verticale di ogni episodio. Lo scarto tra la realtà del fatto delittuoso e il raggiungimento finale della verità processuale è evidenziato dalla struttura narrativa in cui è scandito ogni episodio: dal momento della scoperta del delitto, la telecamera fa seguire alla prima fase di indagine, tesa alla ricostruzione dell'evento e all'individuazione del sospettato, quella più eminentemente processuale e dibattimentale³⁶².

La verità processuale emerge così progressivamente, come una costruzione istituzionale, stabilita attraverso faticose negoziazioni, utilizzo tattico degli elementi probatori, uso strategico delle regole procedurali; e sancita infine dalla forma del processo pubblico, dal 'racconto ufficiale dell'ufficialità', per utilizzare l'espressione di Bourdieu, che stabilisce il contenuto finale della verità giuridica e le sue conseguenze. Tutto ciò, occorre fare attenzione, non ha niente di illecito o illegittimo, né è una forma complessa di inganno: in scena c'è per così dire, il prosenio del diritto, il meccanismo complesso artificiale e artificioso con il quale il giuridico perviene all'istituzionalizzazione della sua verità, e dunque di sé stesso. È insomma ciò che c'è dietro alla grande scena del processo che rivela la natura (sia letto in senso neutro, non essenzialistico) di quella scena, e della realtà che in e attraverso di essa è istituita, cioè prodotta. Il nesso fra parola e potere deve essere dunque posto al centro delle riflessioni sul giuridico, per comprenderne assieme

³⁶¹ Serie televisiva statunitense, ideata e prodotta da Dick Wolf e trasmessa dal canale NBC, tra il 1990 e il 2010 (456 episodi). Ogni episodio della serie segue un caso di omicidio, dalla scoperta del cadavere e conseguente indagine, condotta da una coppia di poliziotti, alla successiva fase processuale e dibattimentale tesa alla condanna del possibile colpevole, individuato nella prima fase. Protagonisti, contesto e carattere della narrazione tendono così a polarizzarsi: nella prima fase la narrazione assume i caratteri del poliziesco, con protagonisti due poliziotti; nella seconda fase, subentrando al centro della scena i procuratori incaricati del caso, la narrazione assume i toni del dramma giudiziario. La buona continuità stilistica di regia e produzione riesce a restituire efficacemente l'idea complessiva del perseguimento di un reato, consentendo una affascinante visione sinottica di momenti piuttosto differenti di uno stesso percorso.

³⁶² Il passaggio tra i due moduli narrativi (poliziesco e giudiziario) restituisce è costruito dunque proprio sullo scarto tra fatto reale, evento conoscibile solo tramite una faticosa ricostruzione induttiva, fatta di luoghi fisici, testimoni, oggetti materiali, ipotesi; e verità processuale, raggiunta a seguito di un procedimento strategico, nel quale gli elementi che nella fase di indagine erano centrali e quasi totalizzanti, diventano 'carte' in un complesso gioco di strategia, nel quale gli elementi da considerare sono molti, compresi quelli politici. C'è da dire che l'elemento politico è particolarmente presente, data la costruzione del sistema statunitense. Va aggiunto che sottolineare l'elemento politico del sistema processuale sembra un segno distintivo e un obiettivo della serie stessa: lo stesso titolo, *Law & Order*, è una nota espressione legata al partito repubblicano, che descrive una politica penale di stampo conservatore, centrata appunto sugli elementi della rigidità del diritto e dell'ordine sociale.

polimorfismo e caratteristiche costanti. Il cuore anzi del fenomeno giuridico, visto come istituzione posta dall'uomo, come potere istituyente, è proprio questa relazione tra potere e parole, che fa sì che ciò che è 'finto', cioè posto da decisioni e comportamenti umani, diventi reale, cioè una struttura *latu sensu* deontica, che trascendendo le individualità dalle quali dipende, le indirizzi, le vincoli e costituisca insomma un piano concreto e imprescindibile di significati.

4. L'istituzione della realtà: Yan Thomas

Tali suggestioni si ritrovano nella lettura delle radici romanistiche del diritto occidentale proposta da Yan Thomas, della quale viene qui proposta una ricostruzione. A partire da essa verrà presentata l'idea dell'istituzione giuridica come realtà finzionale, cioè come un piano di realtà deontica, ulteriore e per molti versi indipendente rispetto al piano dei fatti, prodotto da decisioni, credenze e comportamenti sociali. Tale nozione tenta di dar conto di due apparenti aporie presenti in qualsiasi esperienza giuridica: tra formalizzazione e adeguamento, tra spinta oggettivane, trascendete e dipendenza soggettiva. Se da un lato un ordinamento giuridico tende ad ipostatizzare le norme che lo compongono, proponendole, a formalizzare posizioni, qualificazioni, comportamenti, obblighi, dall'altro caratteristica altrettanto specifica di un ordinamento giuridico è quella di produrre, di innovare. Quindi da un lato conserva, dall'altro innova, producendo anzi la stessa realtà che difende. In questo senso è da ricordare ancora una volta la ricostruzione che Sassen fa del passaggio da un assemblaggio di territorio, autorità e diritti all'altro: le capacità prodotte da un equilibrio sono le stesse che permettono, dato un particolare evento, di produrre un equilibrio completamente diverso³⁶³. O come abbiamo appena visto, il diritto è un'entità che permette manipolazioni e adattamenti anche radicali, all'interno di una logica apparentemente oggettiva e immodificabile.

L'opera e il pensiero di Thomas sono attraversati da un sottile ma resistente filo rosso che collega le riflessioni storico-concettuali degli studi romanistici, con il suo

³⁶³ S. Cfr. SASSEN, *Territorio, autorità. Diritti*, cit.

lavoro di magistrato e giurista attivo in questioni di diritto attualissime³⁶⁴. L'indagine sulle origini romanistiche della cultura giuridica europea, e del successivo sviluppo del pensiero e della pratica del diritto in occidente, incisero profondamente sul rapporto dell'autore con problematiche giuridico-sociali attuali, mettendolo in grado di affrontarle, come pochi altri a partire da una logica prettamente interna al discorso giuridico, riuscendo a separare i piani della realtà giuridica da quelli dell'etica, della realtà naturale, ecc. senza tuttavia relegarli a bolle separate e intoccabili, mere astrazioni del pensiero, ma anzi proprio al fine di ricostruirne meglio le interazioni. Questo rapporto tra ricostruzione storica, analisi categoriale e fattualità pratica del diritto, mi sembra elemento illuminante nella ricostruzione di un'idea di diritto in linea con le esigenze di una società in rapida trasformazione, come abbiamo visto essere quella attuale. Come vedremo, emerge dalla ricostruzione di Thomas il carattere circolare delle istituzioni, insieme alla chiara consapevolezza, che il mondo giuridico romano aveva della loro dipendenza dall'azione degli individui, dei soggetti coinvolti.

Nel 2002 Thomas pubblica un volume, scritto a quattro mani con Olivier Cayla, a commento dell'allora molto discussa sentenza Perruche³⁶⁵. Nel suo contributo³⁶⁶ Thomas affronta il problema sollevato dalla controversia ricollocandone innanzi tutto i termini all'interno di un discorso prettamente giuridico, dal quale rischiava di

³⁶⁴ Per un approfondimento cfr. P. NAPOLI (a cura di), *Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Ythomas entre droit et sciences sociales*, École française de Rome, Rome 2013.

³⁶⁵ Nel novembre del 2000, la Corte di cassazione francese in Assemblea plenaria deliberò il caso di Nicolas Perruche, giovane afflitto sin dalla nascita da disfunzioni irreversibili derivategli dal contagio alla rosolia, cui fu esposta la madre durante la gravidanza. Al tempo erroneamente informata dai medici sull'esito delle analisi volte ad accertare lo stato dell'infezione e la conseguente possibilità di malformazioni gravi e permanenti al feto, la famiglia decise successivamente di inoltrare richiesta di risarcimento.

Nell'accogliere la domanda di ristoro del danno, la Corte di cassazione francese stabilì un nesso di causalità diretta tra le menomazioni sofferte dal ragazzo e l'errore medico, in quanto quest'ultimo impedì alla madre il ricorso all'aborto terapeutico. Tale causalità giuridica si fonda sulla certezza che l'interruzione di gravidanza avrebbe avuto luogo in presenza di una diagnosi corretta. Di contro, nei casi in cui non fosse possibile provare dalle dichiarazioni della madre e dei familiari, la volontà certa di praticare l'aborto, il nesso verrebbe meno e così il risarcimento. La questione ebbe ampio risalto mediatico, spingendo molti commentatori a parlare della creazione di un «diritto di non nascere», da cui il titolo del volume di Cayla e Thomas. La sentenza portò anche alla presentazione di una proposta di legge al parlamento francese, da parte del deputato Jean-François Mattei nel dicembre 2000. Per una ricostruzione della vicenda: <http://archivio.rivistaic.it/cronache/file/perruche.html> e https://www.e-glossa.it/wiki/il_danno_derivante_dalla_nascita.aspx#nota1.

³⁶⁶ Y. THOMAS, *Il soggetto concreto e la sua persona. Saggio di storia giuridica retrospettiva*, in O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, tr. It. A cura di L. Colombo, Giuffrè, Milano 2004.

essere sottratta. Nel discutere la questione, Thomas si premura innanzi tutto di distinguere due piani. Scrive infatti:

«L'oscurità del dibattito deriva dal fatto che si confondono i due piani sui quali essa [la sentenza] interviene in maniera distinta. Quello della natura, della biologia, ma anche dell'ascendenza che porta alla vita dei soggetti, e dove si può analizzare positivamente la necessità o la non-necessità, la probabilità o la non probabilità del rapporto tra un errore di diagnosi prenatale e la nascita di un bambino infermo. Quello del diritto, in cui bisogna decidere se l'handicap che risulta da questa nascita può essere in alcuni casi qualificato come pregiudizievole per il soggetto [...] Se questi due piani non sono sufficientemente distinti, ci si priva dei mezzi per comprendere la profondità dell'interrogativo posto dalla sentenza Perruche»³⁶⁷.

Se cioè si confondono i piani del discorso è facile cadere nell'aporetica convinzione, scrive più avanti Thomas, che la Corte di cassazione abbia accordato al bambino la possibilità di avvalersi un diritto anteriore alla sua nascita, con 'colpo di mano del giudice contro la natura'. Ma ovviamente non è così, spiega l'autore: il diritto di non nascere è soprattutto un'invenzione dei suoi avversari, i quali si gettano nell'*impasse* della contraddizione e dell'impossibile, «poiché a ben vedere, tale diritto a sé stessi non si potrebbe formulare se non attraverso le due modalità estreme dell'impossibile: il non-essere dell'essere [...] e l'essere del non-essere [...]»³⁶⁸. Ma la questione giuridica non è questa, perché nessuna domanda giuridica potrebbe essere formulata in questo modo, valutando cioè «lo stato di un essere rispetto al suo stato anteriore di non-essere»³⁶⁹. È un «indicibile ontologico»³⁷⁰ nel quale la corte non è mai caduta, dato che la vera questione giuridica è un'altra. La corte riconosce il diritto di agire in giudizio al bambino (una volta che questi sia nato), non a causa dell'evento-nascita, ma dell'infermità con cui è nato³⁷¹. In altri termini, la corte avrebbe distinto tra le infermità apparse con la vita e la vita come tale, per mezzo di *finzioni*. Tali finzioni permettono di distinguere il piano naturale da quello civile, e di conseguenza analizzare separatamente «gli effetti della causa

³⁶⁷ Ivi, p. 87.

³⁶⁸ Ivi, p. 91.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ Ivi, p. 92.

³⁷¹ Naturalmente l'oggetto della trattazione esula dagli obiettivi di questo lavoro. Si fa riferimento ad essa tuttavia, come esempio illuminante della metodologia thomasiana, e dell'applicazione plastica delle categorie da lui elaborate nell'ambito della ricerca storica.

naturale e quelli della colpa civile»³⁷². L'analisi della sentenza continua con un ragionamento specifico che ne sottopone a giudizio diversi punti, dimostrando come, al di là della divisibilità politica, le critiche debbano essere innanzi tutto ricondotte entro l'ambito del giuridico, dal quale erano evidentemente fuoriuscite. Quello che era in fondo l'obiettivo della trattazione fin dalle sue prime righe³⁷³.

Sebbene la trattazione della sentenza Perruche sia non priva di interesse, soprattutto per la sua pragmatica attualità, ciò che più rileva ai fini del presente lavoro non è tanto il tema in sé, quanto il metodo con il quale viene affrontato. È a questo punto infatti, che la trattazione rivela l'intreccio della figura di Thomas quale attivo interprete del diritto contemporaneo con quella dello studioso romanista. Egli affronta infatti la spinosa materia attraverso gli strumenti di una prospettiva storico-teorica tanto solida quanto innovativa.

4.1 Uno strumento interpretativo: la *fictio* nella cultura giuridica romana

In un saggio del 1995, pubblicato in Italia con il titolo di *Fictio Legis*, Thomas affronta frontalmente il tema della finzione giuridica, facendone il perno interpretativo del rapporto che la cultura romana aveva instaurato tra costruzione giuridica e realtà naturale. La finzione è un procedimento che appartiene alla pragmatica del diritto e che consiste «nel travestire i fatti, dichiarandoli altri da ciò che realmente sono»³⁷⁴ traendo da questo travestimento le conseguenze giuridiche connesse alla realtà che si finge³⁷⁵. La finzione è dunque innanzi tutto uno strumento di azione sul piano giuridico, fondato sulla «certezza del falso»³⁷⁶. In questa caratteristica sta tutta la differenza, qualitativa e non quantitativa, non di grado ma di natura, che separa la

³⁷² Ivi, p. 94.

³⁷³ «L'esigenza di razionalità nel diritto» scrive qualche pagina prima «senza la quale le norme pratiche resterebbero indecifrabili e vane, non si apparenta [...] né a pura speculazione né a una semplice conoscenza oggettiva della natura [...] certo bisogna prima di tutto valutare in quali limiti, in particolare morali, la nostra società può tollerare che un ragionamento giuridico impeccabilmente condotto produca le sue conseguenze, pratiche e simboliche. Ma questa prudenza non è fortunatamente al diritto, è una comune prudenza, una prudenza *politica*: su questo terreno i giuristi non possono vantare nessuna specialità o privilegio». Ivi, p. 92. Corsivo mio.

³⁷⁴ Y. THOMAS, *Fictio Legis. La finzione romana e i suoi limiti medievali*, tr. It a cura di G. Lucchesini, Quodlibet, Macerata 2016, p. 17.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ *Ibidem*.

presunzione assoluta dalla finzione, come già aveva riconosciuto la Scolastica³⁷⁷. Le presunzioni non rinunciano infatti ad un rapporto, per quanto labile, con il «sostrato» della realtà. Esse infatti si fondano pur sempre su una «incertezza del vero»: è l'imperfetta, ma possibile, conoscenza della verità a sorreggere la presunzione. Questa distinzione è la mossa che «consente a Thomas di fare i conti con un luogo comune singolarmente longevo della teoria giuridica»³⁷⁸, l'ipotesi cioè per cui quella della finzione non sia più che una tecnica tra le altre, un metodo economico per la trasformazione del diritto³⁷⁹. Come scrive Thomas:

«[...] ci si preoccupa troppo poco dell'artificio del 'come se' in quanto tale e si trascura d'interrogarsi sul tipo di rapporto che esso implica fra costruzione giuridica e realtà naturale. Si omette di sottolineare la distanza che il diritto prende chiaramente dai fatti, per agire su di essi; e si trascura di far notare lo scarto che si registra fra i dati esteriori che esso enuncia e le distorsioni che fa loro subire per esercitare la sua presa su di essi»³⁸⁰.

La *fictio* nel diritto romano sarebbe dunque ben più di una tecnica tra le altre. Essa sarebbe il punto di emersione di una specifica caratteristica del diritto romano, data dal rapporto molto specifico che i romani avevano con la realtà e con il giuridico. Il Diritto romano riconosceva ai giureconsulti e alla legge un vero e proprio potere sull'ordine delle cose, il potere di «dominare il reale rompendo apertamente con esso»³⁸¹. Come vedremo, questo potere del diritto sul reale indica una direzione per la comprensione dello *ius civile* antico, spiegandone per certi versi la particolare e precoce autonomia. Lungo lo stesso sentiero tuttavia, essa è in grado di illuminare, per contrasto, il funzionamento di realtà istituzionali molto diverse, fornendo una possibile chiave di lettura generalizzata per la comprensione del diritto. Ma andiamo con ordine.

Thomas introduce innanzi tutto una classificazione formale, basata sui formulari verbali. Già qui emerge un punto interessante: non è possibile alcuna classificazione sostanziale, spiega l'autore; ai giureconsulti romani non interessava l'oggetto della

³⁷⁷ Ivi, p. 19.

³⁷⁸ M. SPANÒ, *Avvertenza*, in Y. THOMAS, *Fictio Legis*, cit., p. 10.

³⁷⁹ Y. THOMAS, *Fictio legis*, cit., p. 20.

³⁸⁰ Ivi, p. 22.

³⁸¹ Ivi, p. 23.

finzione, dato che «nessuna materia di realtà sfuggiva agli artifici dell'irreale giuridico»³⁸². Nessuno spazio del reale era cioè sottratto all'azione del diritto: non c'era uno spazio 'naturale', che fosse impossibile raggiungere tramite legge o giureconsulto. Il legame con le posizioni dello stesso Thomas con il caso Perruche è qui evidente.

La finzione può dunque essere solamente negativa o positiva. Nella prima la distanza dal reale è più appariscente: il diritto nega ciò che esiste piuttosto che inventare ciò che non esiste. Sarebbe tuttavia un errore pensarla come menzogna legale. Al contrario essa è un gettare la maschera, una «decisione di neutralizzare la realtà»³⁸³. La finzione negativa non agiva solo per annullare gli eventi, ma anche per annullare la legge, che si risolveva spesso in una doppia negazione: invece di una negazione diretta, che trasformasse il contenuto di una legge precedente, il diritto romano preferiva trattare la legge come un fatto, fingendo la sua inesistenza³⁸⁴.

Quello che risulta interessante fin d'ora è l'idea di legge che ne emerge, perfettamente con la cornice del rapporto tra diritto e realtà si qui delineata: una volta emanata essa non era che un elemento del reale, prodotto, istituito dall'opera dei giureconsulti e altrettanto manipolabile attraverso i medesimi atti di decisione. In altri termini:

«La finzione della legge [...] prende la legge alla rovescia, come una realtà a essa esteriore, per abolirla: una finzione ne annulla un'altra, in una matryoska di finzioni che [...] dimostra che il diritto romano pratica il raddoppiamento degli artifici, la moltiplicazione dei gradi di irrealtà, il ripetuto scostamento dai dati iniziali»³⁸⁵.

L'altro tipo di finzione, quella positiva, consisteva non nel negare ma nello stabilire falsamente l'esistenza di un atto, un evento o un fatto, di un ente o di una qualità. Apparentemente meno radicale della prima, potrebbe essere confusa con una mera formula di stile, un modo di dire per equivalenza. In realtà il suo impiego in giurisprudenza non è affatto banale, in quanto testimonia la scelta deliberata agire

³⁸² Ivi, p. 27.

³⁸³ Ivi, p. 28.

³⁸⁴ In questi casi la finzione agiva esattamente, scrive Thomas, come le clausole d'eccezione interne utilizzate per altre leggi. Il principio era lo stesso: «per escludere una certa questione dal suo campo normativo, il testo prescrive a se stesso di non vietare null'altro che già non vieti»; Ivi, p. 30. L'unica differenza tra i due strumenti consisteva nel fatto che la clausola di eccezione interna agiva all'interno di una stessa legge, mentre la finzione operava su di una legge come una realtà esterna.

³⁸⁵ Ivi, p. 32.

supponendo l'esistenza di ciò che non è. Thomas non si stanca di specificare il legame tra l'uso di formule finzionali e la scelta consapevole, la decisione praticata dai giureconsulti romani. Decisione e consapevolezza confermate, d'altro canto, dalla presenza all'interno della stessa cultura giuridica romana, di mezzi più diretti per modificare il diritto, spesso anche accostati alle formule della finzione. L'uso di formulari finzionali non era dunque casuale, ma una scelta consapevole dettata da una precisa visione dello strumento giuridico. Essa «testimonia l'estrema libertà nei confronti della realtà, dell'eccezionale artificialità delle tecniche del diritto, e, a dirla tutta, della sua potente e innata autonomia»³⁸⁶.

Lo *ius* civile romano opera obliquamente fin dal V secolo a. C., e il suo consapevole principio per Thomas, era la finzione: finzione che la parola valesse come diritto. In altri termini il diritto «si isolò [...] progressivamente, in costruzioni sempre più complesse, scavando sempre più il solco che lo separava dal reale»³⁸⁷. Il diritto romano conosceva alternative a questa tecnica. Era possibile ad esempio, che alla formula finzionale si preferisse la enunciazione diretta della regola di diritto. Spesso la dogmatica imboccava quest'ultima strada, lì dove la procedura preferiva ricorrere alla finzione³⁸⁸. Ma proprio questa possibilità, cioè l'esistenza di questa alternativa dava alla modalità della finzione il suo rilievo, conferendole «valore di scelta»³⁸⁹. Una scelta fatta in ragione di una matura comprensione, da parte della cultura giuridica romana, della natura positiva e artificiale della logica giuridica. Lungo questa linea la tecnica della finzione può essere utilizzata come un «rivelatore della speciale artificialità di tutte le istituzioni», e questo «in virtù del suo funzionamento materiale e operativo nei ragionamenti e nella pratica dei giuristi»³⁹⁰. Come efficacemente scrivono Spanò e Vallerani:

³⁸⁶ Ivi, p. 53.

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ Ad esempio, spiega Thomas, nel caso di compravendita in cui sia venditore che compratore avevano determinato un ritardo nella consegna del bene, volendo imputare la colpa al solo creditore, era indifferente dire che tutto fosse avvenuto come se il compratore fosse stato l'unica causa del ritardo (*preinde esse... quasi si per emptorem solum steisset*), enunciando cioè la decisione sotto forma di finzione, o enunciare direttamente che il ritardo dovesse nuocere solamente al compratore; Ivi, p. 56.

³⁸⁹ Ivi, p. 59.

³⁹⁰ M. SPANÒ-M. VALLERANI, *Come se. Le politiche della finzione giuridica*, in Y. THOMAS, *Fictio Legis*, cit., p. 94.

«[...] essa dice qualcosa sul diritto tutto intero, almeno se è vero che ogni qualificazione è sempre una finzione; ovvero la creazione di un altro mondo – falso, istituito – su cui operare, travestendo i fatti – ‘dichiarandoli altri da ciò che essi sono’ – così da produrre modificazioni e trasformazioni sulla realtà stessa, a partire da quella verità che sarà stata finta. In altre parole, se la *fictio* non si riduce a essere un qualunque dispositivo regionale e circoscritto del diritto, è perché essa ne incarna piuttosto l’ologramma. Quella pratica che, in modo specifico, ne rivela un carattere generale»³⁹¹.

La finzione come ologramma del diritto. Se questo è vero, è possibile ipotizzare che la «inconfondibile originalità» dello *ius* civile, di cui parla Thomas alla fine del saggio è originata dalla rara consapevolezza della cultura giuridica romana circa il vero potere delle parole. Se la finzione è la fonte di ogni realtà istituita, di ogni ordine sociale, l’ampia e precoce autonomia del diritto romano fu nient’altro che il frutto di questa coscienza pratica del potere performativo della parola: la coscienza che l’ordine istituzionale entro il quale le azioni e le vite degli individui acquistano un senso vive nelle loro azioni e decisioni, nei loro comportamenti, e insieme li sovrasta, come un orizzonte più ampio e duraturo di qualsiasi individuo. Questo legame strutturale, nel *logos* giuridico tra decisioni, comportamenti e normatività ci mette di fronte alla ineludibile questione del rapporto tra diritto e politica. Come scrive Schiavone, a Roma politica e *ius* nacquero insieme:

«Come nella Ionia, ad Atene e in Magna Grecia le si collocò [alla politica] accanto subito la filosofia, erede diretta del pensiero mitico e cosmogonico della prima religiosità arcaica, a Roma le si dispose immediatamente al fianco una pratica cognitiva anch’essa del tutto originale e discendente da un antico pensiero religioso, per quanto con caratteri diversi da quello greco. Un sapere che rivendicava per sé il disciplinamento sociale dei presupposti familiari e patrimoniali – e dunque ‘privati’ – della cittadinanza ‘politica’ dei *patres*, e che organizzava secondo moduli peculiari una mentalità e un tessuto culturale già molto stratificato: il primo nucleo di una vera e propria tecnica del *ius*, di una *iuris prudentia* (come presto si sarebbe cominciato a dire) riconoscibile in quanto tale, con un suo specifico e inconfondibile stile. E come, almeno fin dal tardo VI secolo, la politica greca sarebbe stata

³⁹¹ Ivi, p. 95.

inconcepibile senza la sua filosofia, così quella romana non sarebbe potuta sopravvivere senza il suo *ius*»³⁹².

Bisogna fare attenzione fin d'ora a questo doppio legame fra politica e *ius*, e fra *ius* e filosofia. Diretto il primo: *ius* come sapere che rivendica il disciplinamento dei presupposti politici dell'appartenenza sociale; indiretto, per equivalenza, il secondo: *ius* come sapere specifico della civiltà romana, correlato alla politica esattamente come la filosofia per il mondo greco. Entrambi insomma saperi emersi dall'emancipazione dal dogma religioso, lungo un percorso progressivo e frastagliato di «autonomizzazione dell'immaginario istituyente»³⁹³. Il tentativo cioè, di sottrarre l'ordine istituzionale (istituito) alla indisponibilità di una realtà percepita come naturale, e rimetterlo costantemente alla discussione riflessiva dell'azione politica.

Quel tentativo è individuato da Castoriadis proprio nel movimento democratico ateniese: «La politica, così come l'hanno creata i greci, è stata la messa in questione esplicita dell'istituzione stabilita della società: e questo presupponeva, come è affermato chiaramente nel V secolo, che almeno gran parte di tale istituzione non avesse nulla di 'sacro' né di 'naturale, ma derivasse dal *nomos*»³⁹⁴.

Ius e *nomos* sono i due paradigmi opposti, due diverse «ipotesi istituzionali e di potere»³⁹⁵. Due paradigmi che si incontrano nella instabile Roma del V secolo, diventando i poli opposti su cui ruoterà lo sviluppo del diritto occidentale, fino ad oggi³⁹⁶.

³⁹² A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 75.

³⁹³ Cfr. C. CASTORIADIS, *L'istituzione immaginaria della società*, tr. It a cura di F. Ciaramelli e F. Nicolini, Bollati Boringhieri, Torino 1995; C. CASTORIADIS, *L'enigma del soggetto. L'immaginario e le istituzioni*, tr. It. A cura di R. Currado, Dedalo, Bari 1998. A tal proposito, partendo dal concetto di Caos in Castoriadis, Ciaramelli chiarisce: «Nel caso dell'umanità, il caos e l'abisso non sono unicamente ciò da cui essa emerge, ma ciò che ontologicamente sempre essenzialmente l'accompagna, persistendo, al fondo della psiche-singola e del sociale-storico, come fattori d'instabilità e di permanente autoalterazione. In tal modo Castoriadis invita a pensare lo stesso evento dell'essere come evento di creazione permanente e immotivata, origine di sé a partire da sé, all'interno di d'un movimento originale d'autorappresentazione mediante cui ciò che è emerge sempre a partire da un'alterazione di sé, e di conseguenza deriva da un sé che non è ancora ciò che sta per diventare, pur essendo ciò sulla cui base ha sempre già incominciato a trasformarsi per determinarsi così e non altrimenti»; F. CIARAMELLI, *Postfazione. La creazione dell'autonomia e i suoi presupposti*, in C. CASTORIADIS, *L'enigma del soggetto*, cit., pp. 292-293.

³⁹⁴ C. CASTORIADIS, «Potere, politica, autonomia», in «MicroMega 5/1989», ora in Id., *Cornelius Castoriadis*, L'espresso, Roma 2016, p. 61.

³⁹⁵ A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 87.

³⁹⁶ Dopo la fine dell'età monarchica, a Roma si sarebbero infatti confrontati due modelli diametralmente opposti. Da un lato la restaurazione, di stampo elitario del potere patrizio, che

Il ruolo della tecnica finzionale è reso ancor più chiaro dal destino dell'impero della finzione dopo il crollo di quello romano. Questa formidabile tecnica va incontro, tra XI e XII secolo, ad all'esigenza dei giuristi medievali di conciliare l'efficacia del diritto romano, questa capacità artificiale di agire sul mondo sociale, con la visione di una natura voluta e creata da Dio, «una natura in cui le istituzioni, coerenti con il progetto di salvezza, ricevevano imperativamente il proprio significato»³⁹⁷. Il diritto romano doveva essere cristianizzato, reso compatibile con il nuovo ambiente sociale, culturale e ideologico, il quale prevedeva una metafisica inedita ad un mondo strutturato su una istituzionalità puramente politica.

Come rileva Thomas, i riferimenti alla natura, pur presenti negli scritti giuridici romani³⁹⁸, si limitavano a fornire un contesto istituzionale di base, un livello come gli altri, e come gli altri manipolabile, sul quale costruire strutture giuridiche sovraordinate. In altri termini, non era mai stato assegnato all'idea di natura un ruolo di realtà originaria, né i romani avevano operato in modo da erigerla a paradigma³⁹⁹. Ripetiamolo: tutto a Roma era raggiungibile dal diritto. Ogni aspetto della vita sociale era manipolabile, trasformabile e gestibile dalla volontà dei giureconsulti, dalle decisioni prese attraverso le forme e le parole dello *ius*. Il mondo dello *ius* civile era un vero e proprio «*empire de la fiction*», un impero praticamente sconfinato in altezza e profondità.

Tale impero venne progressivamente circoscritto dall'opera dei giuristi medievali, che a partire dall'XI secolo si trovarono nella necessità di «addomesticare una rappresentazione del mondo in cui le cose, anche divine, erano costituite»⁴⁰⁰. Operando un serrato confronto fra le soluzioni casistiche latine e medievali, Thomas individua due criteri di fondo in questa opera di addomesticamento: la separazione

trovava nella esclusività e oscurità del sapere giuridico, amministrato attraverso *responsa*, una solida ancora di potere politico; dall'altra un orientamento 'democratico', con l'obiettivo di conferire alla plebe un potere di controllo sulla realtà sociale, politica e istituzionale. Questo secondo modello trovava il suo perno nel paradigma del *nomos* (o della *lex* in latino), proveniente dalla Grecia. L'idea di una legge scritta e dunque conoscibile da qualunque cittadino, si opponeva alla tecnica dello *ius* come sapere pratico, amministrato in maniera insindacabile da una *elite*. Ivi, p. 86 e ss; Sulle trasformazioni della forma costituzionale romana cfr. U. VINCENTI, *La Costituzione di Roma antica*, Laterza, Roma-Bari 2017.

³⁹⁷ Y. THOMAS, *Fictio Legis*, cit., p. 60.

³⁹⁸ Nel Digesto e nelle istituzioni ad esempio, forniva il contesto entro il quale pensare la natura di certi istituti.

³⁹⁹ Y. THOMAS, *Fictio Legis*, cit., p. 60.

⁴⁰⁰ Ivi, p. 65.

radicale del mondo del fatto da quello del diritto, operata inizialmente; la insuperabile divisione tra ordine naturale e soprannaturale, a cui la cultura medievale sarebbe pervenuta successivamente⁴⁰¹. Non può essere sottovalutato questo slittamento tra la *fictio* romanistica e quella tardo medievale, delineato da Yan Thomas nella parte finale del saggio. Come ricostruito dall'autore, la cultura medievale si è sforzata di contenere le tecniche della finzione giuridica entro i limiti della natura e della verità. Se la tecnica giuridica medievale ha infatti da un lato costantemente affinato lo strumento della *fictio*, ne ha dall'altro individuato dei limiti esterni, invalicabili. Glossatori e commentatori «svilupparono l'idea che l'arte del diritto [...] imita la natura e da essa è dunque limitata»⁴⁰².

A partire dal XIII secolo una vera e propria gerarchia della verità si era formata. Un primo livello di tale gerarchia coincideva con lo spazio e le capacità trasformative e conservative proprie dello *ius*, arte mai abbandonata e anzi continuamente raffinata dai giuristi medievali. Il secondo livello invece, ciò che veniva chiamato 'verità' *tout court*, identificava «essenzialmente, l'intangibilità della frontiera fra corporeo e incorporeo, e la legge della riproduzione dei corpi»⁴⁰³. In questa frontiera veniva fissato dalla cultura giuridica medievale, secondo il percorso di Thomas, un limite oltre il quale la costruzione normativa non avrebbe potuto spingersi. Lo spazio del miracolo, dell'impossibile in natura e del non-corporeo non appartenevano all'azione umana, e dunque all'ambito di operatività della *fictio*: erano sottratti all'operatività del diritto positivo.

Quel che più conta, nella ricostruzione dell'autore, è che verità e natura, in quanto limiti esterni al diritto, si rivelano come ulteriori costruzioni culturali e normative di giuristi impegnati a riconciliare gli strumenti tecnici dell'epoca precedente con le fonti di legittimazione della propria. Proveniente da una cultura giuridica ormai diversa da quella romana, eppure con profonde radici in essa embricate, il discorso giuridico medievale doveva costruire attorno a sé un confine applicativo, un muro confinario. Ma la materia di tale muro restava pur sempre giuridica, così come l'origine del confine non poteva che rintracciarsi nell'azione dei giuristi e degli studiosi.

⁴⁰¹ Ivi, pp. 66 e ss.

⁴⁰² Ivi., p. 85.

⁴⁰³ Ivi., p. 89.

È tale smascheramento che Thomas opera anche sul discorso giuridico contemporaneo a partire dall'analisi della sentenza Perruche.

4.2 Lo spazio istituito e il potere istituente delle cose

La centralità della potenza costitutiva della parola nel diritto romano è affrontata da Thomas anche a partire dal diritto patrimoniale e dal suo legame a Roma con l'istituzione degli spazi pubblici e sacri. Questi definivano con la loro destinazione l'appartenenza cittadina, mostrando l'esistenza di un ordine istituito e perciò umano, separato dal piano del fatto e della natura, e per questo in grado di controllare e orientare i fatti sociali. Era tale istituzione a permettere le azioni dei cittadini, dando senso agli atti di disponibilità e cessione delle *res*, ad esempio. Ma tale istituzione passava a sua volta attraverso l'azione degli individui.

Ne «Il valore delle cose»⁴⁰⁴ Thomas affronta la separazione tra piano giuridico e realtà dei fatti quasi incidentalmente, a partire dalla nozione di *res* e dal suo intimo legame con i due interdetti del sacro e del comune (*res nullius in bonis*).

A partire dalla *summa divisio* gaiana tra cose di diritto divino e umano, l'autore ricostruisce lo scarto incolmabile tra il patrimonio indisponibile e quello disponibile, mettendo in luce come in effetti le cose disponibili, in quanto soggette a valutazione, non fossero per i romani che il «negativo» di quelle indisponibili: «Il diritto romano attesta di una vicinanza giuridica costante tra il pubblico e il sacro, termini che qualificano comunemente i luoghi e le cose sottratti al dominio individuale»⁴⁰⁵. Sia i luoghi sacri che quelli pubblici dovevano considerarsi *res nullius in bonis*: cose appartenenti ad un patrimonio di nessuno, inalienabili e indisponibili persino da parte della città, in quanto vincolate ad una specifica destinazione pubblica, al servizio di qualsiasi cittadino. Gli spazi considerati pubblici o sacri (campo marzio, basiliche, templi ecc.), ai quali si aggiungevano i luoghi santi e religiosi, erano in altri termini costitutivamente collegati allo *status* di cittadino, formavano un unico interdetto che li individuava come uno dei limiti estremi alla vita giuridica ed economica della comunità. Tuttavia «solo i beni di fondazione

⁴⁰⁴ Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, a cura di M. Spanò, Quodlibet, Macerata 2015.

⁴⁰⁵ Ivi, p. 27.

erano definitivamente sottratti al commercio»⁴⁰⁶: le ricchezze e i tesori che rientravano nelle pertinenze di tali spazi dovevano considerarsi parimenti beni invalutabili e sottratti alla circolazione, ma avrebbero sempre potuto percorrere la strada di uscita, tornando «purificati» – cioè privi di vincoli – nella sfera del libero scambio. All'altro capo si collocavano le *res nullius*, beni liberamente appropriabili in quanto non ancora valutati, e dunque esistenti di fatto, al di fuori dello spazio giuridico. Solo con l'appropriazione e la conseguente valutazione, gli oggetti avrebbero acquistato lo status di *res*, entrando all'interno della comunità.

È a questo punto che le cose e il loro valore conquistano il centro della scena: nell'evolversi del diritto le *res* raggiunsero un altissimo livello di astrazione, identificandosi con il proprio valore pecuniario. Non è un caso, fa notare Thomas, che nel vocabolario romano già a partire da epoca risalente la parola pecunia indicava non solo il valore monetario, ma anche le cose a cui questo valore si riferiva: valore economico e cosa valutata erano cioè tutt'uno; la *res* designava il bene in quanto utilità economicamente valutabile e valutata all'interno di un processo giuridico. *Res* era anzi anche lo stesso processo entro il quale il bene, oggetto della controversia o del trasferimento, acquistava il suo status giuridico. Questa astrazione fu il risultato di un costante lavoro procedurale, il frutto di un insieme casistico di soluzioni decisionali, pretorie, pontificali ecc. Un insieme di categorie che i redattori di manuali didattici avrebbero successivamente codificato e ripartito, «costituendo un dispositivo di classi il cui senso era già molto carico di storia pratica e dogmatica, e che definiva le figure eminenti in cui la questione del valore era stata discussa, elaborata, messa in forma e risolta tramite delle regole di amministrazione pratica. Esse avevano un duplice significato: in prima istanza quello di appropriazione, poi quello di valore misurabile. Questo supposeva una misura commerciale, certo, ma esso era soprattutto la misura del processo»⁴⁰⁷.

Rileva innanzi tutto una strana rarefazione linguistica: fin da epoca risalente (circa il III secolo a.C.) il latino impiegava correntemente il termine pecunia come sinonimo di *res*. La *pecunia*, il denaro, designava cioè le cose, i beni materiali: *res* e *pecunia*,

⁴⁰⁶ Ivi, p. 47.

⁴⁰⁷ Ivi, p. 80.

res e bona, res e merces, si equivalgono spesso all'interno della procedura civile⁴⁰⁸. Non solo, ma il termine *res* sembra indicare al contempo sia la cosa che il processo, sia il valore che la procedura attraverso la quale il valore è stabilito. In questa convergenza di significati su un singolo significante l'autore coglie «la forma pratica in cui si è forgiato il concetto stesso di *res*»⁴⁰⁹. Tale concetto è cioè, fin dai primi secoli, connotato da un alto grado di astrazione, e da un legame quasi costitutivo con il potere istituente del giuridico. L'esistenza della cosa a Roma, la sua rilevanza nella vita sociale, dipendeva dichiaratamente dalla sua valutazione, cioè dal valore economico attribuitole giuridicamente.

Interessante è il dato della formulazione di questo concetto all'interno delle fonti romanistiche, il quale infatti «non è mai stato formulato esplicitamente, se non in modo negativo»⁴¹⁰. Il carattere patrimoniale della *res* può essere colto infatti solo per contrasto, rispetto al regime di indisponibilità che eccezionalmente le colpiva nel diritto sacro come in quello pubblico. Alcuni beni erano infatti tesaurizzati, colpiti cioè da un interdetto, sottratti alla disponibilità patrimoniale di chiunque e destinati agli dei o alla città. Solo in confronto a questi beni, resi inutilizzabili dalla procedura di tesaurizzazione, sarebbe stato possibile considerare le altre *res* nel loro regime giuridico di cose valutabili ed appropriabili.

Quello della tesaurizzazione sarebbe stato in realtà un modello comune nel mondo antico, ma avrebbe trovato a Roma la sua espressione più tipica. Tanto che, con una formula paradossale, la giurisprudenza di epoca imperiale qualifica queste come *res nullius in bonis*, «cose appartenenti al patrimonio di nessuno»⁴¹¹. Qualifica che non è da confondersi con quella, opposta, delle *res nullius*. Quest'ultimo era lo status dei beni che non erano entrati all'interno del regime patrimoniale, in quanto ancora prive di un proprietario, e quindi liberamente appropriabili da chiunque: «ciò che sorge per la prima volta da un lavoro della materia o si incontra per la prima volta in natura è vacante e non posseduto (*nullius*) solo fintantoché non viene 'occupato' [...]»⁴¹². Priva di proprietario, la *res nullius* non apparteneva ancora al mondo

⁴⁰⁸ Ivi, p. 22.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ Ivi, p. 23; la formula è rintracciata in Gaius, II, 7°, Marcianus, 4 institutionum, D. 1, 8, 6, 2 (=Inst. 2, 1, 7).

⁴¹² Ivi, p. 55.

giuridico. Non esisteva cioè per il diritto, per la realtà sociale degli scambi regolati. Proprio per questo avrebbe potuto essere appresa da chiunque, e fare di conseguenza il suo ingresso all'interno dei commerci cittadini come bene associato ad un valore.

Il *patrimonio appartenente a nessuno* era invece un complesso di beni, sia sacri che pubblici, esclusi da qualsiasi possibilità di valutazione, e dunque di scambio: in altri termini sacro, religioso e pubblico a Roma letteralmente «non avevano prezzo»⁴¹³: erano «isolati» dal diritto in uno «spazio di appropriazione collettiva»⁴¹⁴ che qualificando tali beni come inappropriabili li escludeva dal più ampio contesto dei domini e degli scambi privati. Questi beni erano innanzi tutto gli spazi comuni, dedicati agli dei (sacri), e quindi interdetti agli affari degli uomini; in secondo luogo erano quelli pubblici, come il campo marzio: luoghi il cui utilizzo rientrava nel diritto legato allo *status* di qualsiasi cittadino, e che dunque nessuno avrebbe potuto individualmente o collettivamente violare o tanto meno distrarre dalla funzione originariamente assegnata. Infatti i beni tesaurizzati in questo modo (cioè funzionalizzati all'esistenza stessa della collettività) non erano considerati 'erariali': non appartenevano cioè al *patrimonio* della città, essendo esclusi a qualsiasi titolo dallo stesso regime di appropriabilità. Questo particolare regime accomunava, a ben vedere, luoghi sacri e pubblici anche sul piano del diritto penale: Roma «Rubare o stornare una cosa sacra o pubblica si qualificava allo stesso modo come peculato e valeva la medesima pena – e ciò non già perché il pubblico fosse sacro, ma, al contrario, perché il sacro era stato ridotto a pubblico»⁴¹⁵. Per questo la Roma repubblicana non conobbe alcun inquadramento penale del sacrilegio.

Ora, questa inappropriabilità non era fondata su una «natura propria» dei beni, in base alla quale essi sarebbero appartenuti alla sfera del divino o dell'umano. La qualificazione non giaceva in *re ipsa*. Sacro, religioso e pubblico erano nella cultura romana anche categorie giuridiche: non si fondavano sulle caratteristiche fisiche della cosa in quanto tale ma su procedure, cioè su «espressioni formali di una

⁴¹³ Ivi, p. 32.

⁴¹⁴ Ivi, p. 33.

⁴¹⁵ Ivi, p. 37.

volontà di produrre e di organizzare le categorie nelle quali e per mezzo delle quali si amministrano le cose»⁴¹⁶.

È qui che emerge chiaramente la proposta di lettura di Thomas. Proposta che si ricollega, come è evidente, alla lettura che abbiamo visto prendere forma attraverso l'analisi della *fictio*, la stessa che aveva guidato la ricostruzione dell'analisi nel caso Perruche. Come rileva Spanò:

«l'approccio pragmatico e proceduralista di Yan Thomas lumeggia i tratti di un diritto in cui a dominare il paesaggio sono quelle specialissime operazioni linguistiche capaci di *mettere in forma* il sociale»⁴¹⁷.

È ancora una volta nelle parole, nel loro potere e nel loro rapporto con il reale che va cercato il segreto del diritto. Esso non sarebbe che una «macchina di astrazione⁴¹⁸»: qualificando le cose, collegandole ad un valore astratto, rendendole valutabili, il diritto si pone come mezzo cosciente per controllarle; attraverso atti di volontà dal significato condiviso esso traduce, produce e controlla il reale. O almeno quello specifico contesto artificiale in cui consiste la realtà sociale dell'uomo. Starebbe in questa forma la vera invenzione della giuridicità⁴¹⁹, in questa capacità di formalizzazione e astrazione, imprimendo attraverso le parole, un ordine ad una realtà altrimenti caotica e riluttante⁴²⁰.

Torniamo per un attimo alla qualificazione operata dal diritto romano. È necessario a questo punto distinguere tra luogo consacrato o dichiarato pubblico tramite procedura di *publicatio*, e i beni che vi transitavano. Solo i primi erano da considerarsi assolutamente e pienamente interdetti all'appropriazione. Sono beni *di fondazione*, luoghi che restavano indisponibili alle stesse città, in quanto perfino ai consigli cittadini era precluso il potere di distrarli dal loro uso designato. Dunque non solo non potevano essere trasferiti, ma sarebbero stati anche «giuridicamente

⁴¹⁶ Ivi, p. 40.

⁴¹⁷ M. SPANÒ, *Le parole e le cose (del diritto)*, postfazione a Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, cit., p. 89.

⁴¹⁸ *Ibidem*.

⁴¹⁹ Y. THOMAS, *Le droit entre le mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome*, in «Archives de Philosophie du Droit», 23, 1978, pp. 94. L'espressione appare qui come tradotta da M. Spanò in *Le parole e le cose (del diritto)*, cit. p. 89.

⁴²⁰ Cfr. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London 1832; H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, tr. It. A cura di R. Treves, Einaudi, Torino 2000; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino 1958; A. CATANIA, *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Giappichelli, Torino 2006. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit.

immortali», secondo l'efficace espressione di Thomas: Il tempio o l'edificio sacro avrebbero potuto essere distrutti da un terremoto o cancellati dallo scorrere del tempo, «ma il luogo non diveniva tuttavia profano e continuava a sfuggire a ogni confisca così come a ogni vendita»⁴²¹.

Pensare che tale imperitura consacrazione fosse legata ad una natura intrinseca o oggettiva dei luoghi significherebbe per Thomas trascurare l'essenziale sia del diritto romano che del diritto *tout court*:

«Non era la natura stessa delle cose a parlare. Era un magistrato che definiva i limiti e i servizi di quei luoghi perpetuamente inalienabili. Nel caso delle strade, un passaggio del Digesto lo mostra chiaramente: 'il suolo della via pubblica è pubblico, lasciato all'uso pubblico da colui il quale ha avuto il diritto di rendere pubblico il suolo, secondo un tracciato compreso entro certi limiti in larghezza, perché vi si possa circolare e viaggiare pubblicamente'⁴²². Ora, un tale atto appare molto vicino, formalmente, alla 'legge' verbale attraverso la quale venivano consacrati e destinati i luoghi sacri»⁴²³.

Come scrive Paolo Napoli:

«Thomas reconduit la res à la dimension de l'affaire, du procès, tout en l'arrachant ainsi à 'l'entreprise d'ontologization' mise en oeuvre par le pandectisme 'historique' et contemporain»⁴²⁴.

Numerosi beni tuttavia potevano col tempo accrescere il luogo sacro. Questi erano però considerati *avventizi*. Pur se sacri e sottratti alla proprietà individuale, rientravano in tale qualifica per diritto di accessione, per così dire. Non essendo mai state formalmente consacrati, il loro carattere sacro era contingente, e avrebbero potuto in qualsiasi momento ripercorrere la strada inversa per essere reimmessi nello spazio delle cose valutabili e circolanti. Lo dimostra una iscrizione del santuario di Jupiter a Furfo risalente al 58 a.C., riportata dallo stesso Thomas⁴²⁵;

⁴²¹ Y. THOMAS, Il valore delle cose, cit., p. 48.

⁴²² D. 43, II, 2, 21.

⁴²³ Y. Thomas, Il valore delle cose, cit. p 42.

⁴²⁴ P. NAPOLI, *Présentation*, in Id. (a cura di), *Aux origines des cultures juridiques européennes*, cit, p. 5.

⁴²⁵ «Se si è dato in proprietà, fatto un dono, dedicato qualcosa a questo tempio, se ne potrà far uso e venderlo. Ciò che sarà stato venduto sarà profano [...] la vendita, l'affitto saranno affidati agli edili [...]. Il danaro ricevuto da queste vendite e locazioni servirà ad acquistare, prendere in locazione, affittare, alienare, per migliorare la fortuna e la bellezza di questo tempio. Il danaro usato per queste

secondo questa legge i beni a qualsiasi titolo appartenenti al tempio potevano essere alienati, e il ricavato utilizzato a favore del tempio stesso. Il denaro ricavato da tale operazione doveva essere considerato *profano*. E vice versa, i beni acquistati dal tempio erano sottoposti allo stesso regime di quelli oggetto di dedica.

Le *res* avventizie potevano percorrere insomma la strada dal sacro al profano e viceversa, dove profano assume il significato tecnico di «restituire una cosa sacra al mondo dove liberamente si appropriano e si scambiano le cose»⁴²⁶. Allo stesso modo, rendere una cosa pura voleva dire liberarla dalla servitù sacrale e religiosa a cui era sottoposta, per liberarla nel «mondo del commercio». È questo forse uno dei punti in cui più di tutti, questa riflessione sulle *res* si rivela un ingresso particolarmente interessante al «laboratorio intellettuale»⁴²⁷ di Thomas: la contrapposizione tra mondo del sacro e del pubblico da un lato, e del commercio dall'altro, rivela la divisione e l'indipendenza creatasi a Roma tra diritto e religione:

«Allorché si tratta di definire un regime di patrimonialità, il pensiero si concentra, con la massima nettezza, sulle modalità di un passaggio, di un trasferimento dal sacro al suo contrario. In questo passaggio, in questa fuoriuscita, le categorie della religione appaiono nella forma più esplicita come l'inverso del diritto. Ritengo possibile e perfino necessario comprendere l'idea di una fuoriuscita dalla religione come un consapevole strumento di costruzione giuridica: il diritto romano si è chiaramente pensato come fuoriuscita dalla religione e ha pensato il commercio come rimozione di un interdetto»⁴²⁸.

Fuoriuscita dalla religione, consapevole strumento di costruzione giuridica, rimozione di un interdetto. Tutti elementi che richiamano quanto già accennato a proposito della *fictio* giuridica: il giuridico si rivela qui come uno strumento di costruzione *consapevole*, parola non casuale né innocente. Esso si rivela come «quella pratica discorsiva che emerge, all'incrocio tra artificio, finzione, astrazione, mediazione e qualificazione, nella soglia di indistinzione tra cose e parole»⁴²⁹. La

operazioni, a condizione che sia senza frode, sarà profano. Ciò che si sarà acquistato con il danaro ricevuto dal tempio, ciò sarà [...] sottoposto allo stesso regime e alla stessa legge che se fosse stato oggetto di una dedica» Legge di Giove Furfo, 11, 8-13 riportata in Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, cit. p. 50.

⁴²⁶ Ivi., pp. 51-52.

⁴²⁷ M. SPANÒ, *Le parole e le cose (del diritto)*, cit. p. 88.

⁴²⁸ Ivi, p. 53.

⁴²⁹ M. SPANÒ, *Le parole e le cose (del diritto)*, cit., p. 95.

fuoriuscita dal sacro (o dal pubblico) era uno dei momenti limite, assieme alla prima appropriazione della *res nullius*, in cui la *res* acquistava il suo *status* giuridico, in cui veniva ammessa ad esistenza sul piano del diritto.

È a partire da questo approccio *proceduralista* che Thomas affronta questioni giuridiche di grande attualità e rilevanza, come quella accennata del Caso Perruche. Come nota Mantovani, l'atto dell'istituzione costituisce in Thomas «*la façon par laquelle le droit refaçonne les objet dont il s'occupe, en creusant une distance entre lui-même et la réalité, qu'il transforme en langage*»⁴³⁰. Il lavoro del giurista è linguistico: egli si muove entro una realtà che lui stesso contribuisce a produrre, una realtà eminentemente umana.

Il giurista allora non vede la realtà per quella che è, affermazione che sarebbe un autentico controsenso: il diritto non si applica alla natura ma «agli oggetti sociali che sono pensati e costruiti dai giuristi»⁴³¹. In questa concezione solidamente positivista la natura può trovare posto soltanto in quanto istituita, cioè come istituzione giuridica tra le altre⁴³². Come «istituzione di primo livello», ordine basilare, ma pur sempre consapevolmente derivato dall'azione dei giuristi e disponibile all'infinito gioco della finzione; oppure come spazio intangibile, precluso al diritto (e dunque all'azione umana). Nel primo caso la tecnica giuridica, liberata dalla piena consapevolezza del suo essere strumento indefinitamente istituyente, potrà dispiegarsi liberamente su ogni aspetto della vita sociale, offrendo soluzioni (sempre opinabili, ma valide) a qualsiasi problema emerga dal fatto dell'umana convivenza. Nel secondo caso l'elemento interdetto, culturalmente costruito come indisponibile all'azione giuridico, costituirà uno spazio escluso tanto dalla decisione politica quanto dalle soluzioni giuridiche.

⁴³⁰ D. MANTOVANI, *Le droit romain dans le réflexion de Yan Thomas*, in P. NAPOLI (a cura di) *Aux origines des cultures juridiques européennes*, cit p. 26.

⁴³¹ Ivi, p. 27, traduzione mia.

⁴³² Cfr. Y. THOMAS, *L'istitution juridique de la nature. Remarque sur la casuistique du droit naturel à Rome*, 1988. Disponibile all'indirizzo: <https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/pdf/06-1988/06-1988-p027-048.pdf>

5. La realtà istituzionale tra decisione e norma

Torniamo ora al punto dal quale siamo partiti. Torna centrale, a questo punto, il contributo delineato da Alfonso Catania in *Metamorfosi del diritto*⁴³³: la metamorfosi di un diritto che sempre meno si tiene all'interno delle rigide categorie del moderno, trasportato dal costante confronto tra poteri e *agencies* molteplici nello spazio globale. Come dicevamo, questo confronto trova nel linguaggio giuridico un piano mobile per la formalizzazione degli equilibri raggiunti: il diritto si riconferma cioè strumento d'elezione per la produzione di ordine. Attraverso le parole del diritto, le cose della vita sociale acquistano concreta esistenza e trovano posto nell'ordine istituito. Tale ordine tuttavia, proprio come quegli equilibri raggiunti attraverso il mezzo giuridico, appare oggi sempre più precario e provvisorio, immediatamente rimesso in discussione dalla necessità di trovare un nuovo punto di bilanciamento. Si moltiplicano insomma gli attori e gli spazi della normatività.

A complicare il quadro c'è il dato che, se questa pluralizzazione contraddice apparentemente il modello statualistico, affiancando al sovrano poteri e soggetti concorrenti (a livelli e con proporzioni assai differenti, ovviamente) la sovranità tuttavia non scompare. Essa anzi essa rafforza localmente il suo portato teologico e destinale, costituendo spazi di eccezione estremamente repressiva e sanzionatoria. È un retrocedere delle forme pure insomma, di fronte alla irregolarità dei contenuti che chiedono riconoscimento, accomodamento, tutela.

A questo proposito Catania sottolinea la valenza di due differenti approcci all'analisi del diritto: approcci differenti, ma in qualche modo complementari. L'uno sostiene Catania, risponde ad una logica formale-conoscitiva, l'altro ad una logica pratico-ermeneutica

Di fronte alla pluralità di istanze il tentativo è da più parti quello di ricostruire una unità e una coerenza del sistema giuridico attraverso il ricorso al sostanzialismo dei principi, «via privilegiata» della morale verso l'effettività⁴³⁴. Si complica certamente

⁴³³ Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit.

⁴³⁴ A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 36.

l'utilizzo di una logica logico conoscitiva che tenta una ricostruzione della teoria del diritto sulla base di «struttura formale e procedurale del diritto»⁴³⁵.

L'uso di valori e principi immanenti al sistema nell'interpretazione delle norme, viene proposto quale ancora di coerenza in un sistema in costante bisogno di innovazione. È necessario tuttavia fare attenzione nel confondere lo strumento giuridico con i valori che ne reggono le scelte⁴³⁶. Ciò che si perde in un approccio pratico-ermeneutico è la carica tensionistica e politica del diritto. La società, con il suo *pool* di diritti e valori, viene vista come realtà «istituzionalmente omogenea», finendo per nascondere le decisioni e le parzialità che le danno forma: «rispetto ad essa non si deve che svolgere un'attività ermeneutico-pratica di conformità»⁴³⁷. Anzi, l'emergere di nuovi poteri e *agencies* testimonia il declino «insieme alla pretesa ideologica dell'unità di popolo e Stato, l'idea che il diritto possa essere depositario della civiltà etica di un popolo: tramonta insieme con la sostanzialità dello Stato»⁴³⁸. Raramente come oggi diritto e società mancano di quell'unità sintetica data da soggettivazioni certe. La necessaria ricomposizione di queste istanze in conflitto può essere ricostituita solo attraverso un utilizzo creativo degli strumenti giuridici, attraverso una partecipazione consapevole e attiva. Un utilizzo che, lungi dall'essere prevedibile, in quanto logicamente vincolato, fa riemergere chiaramente il nucleo volontaristico e nichilistico del diritto, come tecnica di controllo e di ordine. Un ordine mai definitivo, come nella narrazione statualistica, ma sempre ridiscusso.

In questo quadro norma e decisione possono essere ancora una volta matrici di un metodo analitico, per svelare l'effettivo funzionamento delle realtà istituzionali che mondo globalizzato e divenire storico mettono di fronte sia allo studioso che all'operatore del diritto. Come scrive Catania:

«questa nuova flessibilità, rispetto alla struttura ordinamentale, implica forse che l'operazione di identificazione del diritto non sia più una ricerca e identificazione

⁴³⁵ Ivi, p. 26.

⁴³⁶ Cfr. V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2004; Ead., *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2008; V. RAPONE, L'ordinamento retto da principi costituzionali: una dottrina 'tranquillizzante' del diritto?, in U. POMARICI (a cura di), *I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2010.

⁴³⁷ Ivi, p. 35.

⁴³⁸ Ivi, p. 37.

delle decisioni, cui bisogna conformarsi obbligatoriamente, sia al livello di procedure, se si vogliono esercitare scelte e possibilità, sia al livello di comportamenti che si debbono, ripeto, debbono tenere?»⁴³⁹.

La risposta è evidente: se non fosse normativa/obbligante, oltre che effettiva nel suo complesso, la *giuridificazione* perderebbe senso. La norma resta, in quanto *medium* comunicativo della decisione: essa è «pretesa di obbedienza». Pretesa di cui il riconoscimento prende atto attraverso una credenza di effettività⁴⁴⁰. Questa credenza si esprime attraverso il comportamento, ed è indispensabile per l'esistenza del diritto: senza, le norme che lo compongono non sarebbero che pretese disattese, comunicazioni imperfette, parziali, perché prive di riceventi. Poco importa il motivo della credenza, il perché dell'obbedienza o del riconoscimento. L'indagine psicologica è la soglia sulla quale lo studioso di diritto deve fermarsi⁴⁴¹: i motivi individuali e intimi per i quali la norma viene riconosciuta in quanto vincolante possono essere innumerevoli, ma ciò che conta è la complessiva attribuzione di tale significato alle norme, e il mondo di significati che ne deriva. L'insieme di queste due dimensioni, norma e decisione permette così:

«di recuperare, e affiancare alla visione ordinamentale classica del diritto tuttora esplicativa di una serie di fenomeni, la prospettiva organizzativa. Il concetto di organizzazione, mutuato da Santi Romano, testimonia infatti una nuova vitalità e una speciale consonanza con la complessità del sociale globale e con le reti relazionali della *governance*. L'organizzazione (di natura, per Romano, squisitamente formale-giuridica), sottratta alla identificazione che Romano compiva con l'ordinamento, va considerata in modo non riduzionistico come prospettiva sociologica, immanente alla fenomenologia del concreto agire giuridico»⁴⁴².

Non sfugge però che 'norma' è termine che «ha in sé una ambivalenza»⁴⁴³: da un lato indica una regola immanente alle cose, una «normalità», «una regolarità» che si produce dalla progressione delle pratiche, dal sommarsi dei comportamenti. Dall'altro norma è normatività, «dimensione del dover essere» e «criterio di giudizio e valutazione che, rispetto all'essere, a comportamenti o fatti, indica la loro

⁴³⁹ Ivi, p. 100.

⁴⁴⁰ Ivi, p. 102.

⁴⁴¹ Ivi, p. 101.

⁴⁴² Ivi, p. 9.

⁴⁴³ Ivi, p. 63.

maggiore o minore distanza dal giusto, dal legale, dal comportamento moralmente o giuridicamente stabilito come corretto dalla Legge»⁴⁴⁴.

La norma deve dunque essere recuperata in tutta la sua complessità semantica: nella sua dimensione deontica in quanto dispositivo normativo, che emerge dal documento attraverso l'interpretazione e l'utilizzo (norma-dovere); nel suo legame con l'immanenza sociale, come ipostasi momentanea di comportamenti regolari (norma-normalità); ma anche in quanto *norma-potere*, cioè strumento per il conferimento di capacità d'azione sulla realtà sociale. Regolarità e modello deontico si tengono così nel *fatto* della conformità, e nella scelta del riconoscimento, nel quale emerge il ruolo dei consociati. Il fatto dell'efficacia, la realtà del diritto, si fonda sull'utilizzo delle norme come criteri valutativi, e sulla conseguente conformità dei comportamenti dei consociati.

Recuperando le riflessioni di Hart sulle norme *power conferring*, Catania sottolinea la centralità del ruolo degli attori nell'ordinamento. Se la norma infatti viene vista nella sua *doppia facie* di criterio di valutazione dei comportamenti (norma primaria) e strumento per il conferimento dei poteri (norma secondaria), è evidente la centralizzazione, nel discorso, dell'attiva partecipazione, dei comportamenti di chi agisce. Il fatto che essa coincida con un potere, che cioè conferisca la facoltà di modificare la realtà giuridica, ne fa un nodo all'interno di un circuito dinamico, in cui due capi sono l'organizzazione e i comportamenti degli agenti: la norma *power conferring*⁴⁴⁵ designa e costituisce quelle azioni in grado di modificare l'ordine istituito di cui quella stessa norma è parte, e dal quale riceve significato. Essa è quindi uno strumento non solo 'agito', ma che solo nell'azione trova concreta esistenza: è creata, confermata e trasformata attraverso l'uso.

Ora, nella riflessione Hartiana sono principalmente i funzionari ad avere il compito di confermare l'ordinamento attraverso l'uso delle norme, cioè a partire dal punto di vista interno. O meglio, l'utilizzo delle norme in quanto criterio di azione da parte degli funzionari è *conditio per quam* della validità dell'ordinamento. Ma questo non vieta l'utilizzabilità del punto di vista interno da parte degli altri consociati, cosa anzi

⁴⁴⁴ Ivi, pp. 63-64.

⁴⁴⁵ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002, pp. 33. ss.

auspicabile, secondo lo stesso Hart⁴⁴⁶. Questo scarto permette di inquadrare da una nuova direzione il mutamento strutturale del giuridico che ha segnato il passaggio dal moderno al contemporaneo. Esso può cioè essere descritto come una progressiva e pluridirezionata estensione di un punto di vista interno, inteso come utilizzo finalizzato degli strumenti normativi. Sempre più attori si trovano cioè coinvolti direttamente nelle dinamiche regolative, nella ri-produzione e ri-articolazione dell'ordine normativo, utilizzando il linguaggio giuridico per creare strumenti specifici per i propri interessi.

È in questo modo, forse, che può essere letta la tendenza alla atipizzazione dei contratti, la sempre maggiore centralità di *law firms* e altri agenti dalla forte preparazione tecnica ma non inseriti nelle gerarchie dell'ufficialità statualistica. O l'intrecciarsi di quadri reticolari e trasversali, come quello rappresentato dalla nuova *lex mercatoria*: è l'intrecciarsi di interessi e spinte centrifughe a creare, attraverso lo strumento normativo del linguaggio giuridico, spazi e forme nuove che integrano, affiancano, sostengono e concorrono con quelle già consolidate⁴⁴⁷.

È a questo punto che l'immagine ricavata dalla tecnica romanistica della *fictio legis*, può essere utilizzato per mettere a fuoco tutti insieme gli elementi che compongono questo quadro complesso⁴⁴⁸: istituzione (come spazio e tempo organizzati), norma e comportamento degli attori si tengono all'interno di una dinamica finzionale, che crea attraverso i comportamenti gli spazi istituiti entro i

⁴⁴⁶ «Perché», si chiede significativamente l'autore, «il diritto non dovrebbe interessarsi anche all'uomo perplesso' o all'uomo ignorante' che desidera fare ciò che si richiede, se soltanto gli si dice in che consiste? All'uomo che desidera sistemare le sue faccende'. se soltanto gli si dice come può farlo? È molto importante, naturalmente, se vogliamo comprendere il diritto, vedere come i tribunali lo amministrano quando devono applicare le sue sanzioni. Ma questo non ci deve indurre a pensare che tutto quello che vi è da capire è ciò che avviene nei tribunali. Le funzioni principali del diritto inteso come mezzo di controllo sociale non devono essere viste nelle controversie private o nei procedimenti penali, che rappresentano rimedi essenziali, ma pur sempre sussidiari, per quando il sistema viene meno. *Queste funzioni devono essere viste nei diversi modi in cui il diritto è usato per controllare, guidare e pianificare la vita fuori dei tribunali*»; lvi, pp. 49-50, corsivo mio.

⁴⁴⁷ È qui che riemerge la sopra accennata differenza, delineata da Catania, tra l'equilibrio medievale e la contemporaneità: se il primo era il frutto stratificato e plurale della partecipazione di attori differenti, trovava comunque un polo di aggregazione nei valori di una condivisa cultura europea; la tendenza anarchica degli interessi della stagione contemporanea invece mostra un anarchismo di interessi quasi inedito. Cfr. A CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 76-77.

⁴⁴⁸ Si potrebbe quasi dire a tal proposito che la *fictio* viene qui intesa come una sorta di *panfocus* teorico del quadro giuridico. Come nel cinema la tecnica di *panfocus* mantiene a fuoco tutto gli elementi che costituiscono l'inquadratura, così l'immagine della *fictio* tenta di fornire un quadro completo di tutti gli elementi che compongono quel complesso fenomeno che è il diritto, senza trascurarne la motilità.

quali quegli stessi comportamenti acquistano significato. La costruzione finzionale è produzione di uno spazio di realtà, di un ordine istituzionale, a partire dall'agire tecnico-formale, e quindi decisionale, dei membri di una data realtà sociale. L'immagine della *fictio* come azione che manipola e conferma il diritto, istituendolo come realtà artificiale, come quadro istituzionale per le azioni umane, spiega così assieme la logica di compatibilità dei poteri che caratterizza la logica attuale. Ma anche la caratteristica dinamica e adattiva del giuridico, testimoniata dal susseguirsi delle sue trasformazioni storiche.

Sotto questa luce può essere riletto il fenomeno dei nuovi muri, così come prospettato da Brown⁴⁴⁹: qui la finzione⁴⁵⁰ (politica prima che giuridica) dell'unità statualistica si rivela presupposto per la conservazione (il ripristino) di quella stessa coerenza funzionale. Tentativo che riesce con fortune alterne.

La tenuta dell'ordine statualistico dipende in altri termini dalla percezione di questa unità, che si fonda, almeno in parte, sulla identificazione di quella territorializzazione che per molti versi abbiamo visto attenuarsi e sfocare in conseguenza della dinamiche globalizzanti. Tale narrazione passa per la sensazione della difesa dei confini e della solidità nazionale (un popolo all'interno di un territorio definibile ed esclusivo/escludente).

Lo spazio normativo statuale si struttura così sull'idea della sua necessità e conseguente inattuabilità. È lo spazio ufficiale dell'ordine istituito, garante della sicurezza e dell'unità. Perché questo spazio si conservi mantenendo la sua struttura, entro di esso la partecipazione generalizzata, pur possibile, deve pur sempre essere limitata e incanalata entro le forme riconosciute dell'ufficialità. È il progetto/necessità di *reductio* che ha per sfondo il nucleo teologico della modernità. Tale sensazione deve essere ripristinata attraverso la teatralizzazione (il muro) di quella inattuabilità deontica, di quella naturalezza teologica dello Stato, che passa anche per la impenetrabilità fisica dei confini. Se l'ordine dello Stato non può essere modificato da chiunque, ma solo dal sovrano, allo stesso modo la sovranità deve essere in grado di decidere il 'Noi' cui corrisponde il proprio

⁴⁴⁹ Cfr. W. BROWN, *Stati murati*, cit.

⁴⁵⁰ Intendendo per finzione ancora una volta la creazione concretissima di una unità politico-giuridica a partire da elementi autonomi.

territorio⁴⁵¹. Nel momento in cui le interdipendenze globali mettono di fronte i sovrani (certamente in misura e con risultati molto diversi) all'esistenza di altri poteri e metodi di manipolazione e costruzione giuridica, essi tenterebbero di riconfermare il proprio monopolio attraverso la teatralizzazione degli spazi di confine.

Ma è nel quadro delineato da Ong che appare più evidente come anche la creazione di spazi normativi passi attraverso il legame dinamico tra norme e soggettivazioni. In questo caso sono gli stessi Stati che riadattano la logica della sovranità e le tecniche del potere sovrano, all'interno del contesto neoliberista: la stessa logica sovrana diventa così una eccezione al neoliberismo, che pur non condividendone l'ideologia ne asseconda le necessità. La produzione di spazi di eccezione descritta da Ong si fonda sull'incrocio di attività normative e regolative di attori fra loro differenti. La sovranità viene graduata grazie alla creazione giuridica di soggettività specifiche: popolazioni, etnie, classi di lavoratori, ecc. Una volta prodotte dalle pratiche economiche, dalle decisioni politiche e dalle creazioni più strettamente giuridiche, tali etichette vengono utilizzate per governare i frammenti di popolazione che ne derivano entro i criteri della logica neoliberista. Sia le esclusioni nette che le inclusioni graduate sono così permesse dalla stabilizzazione, cioè dalla istituzione, di spazi e soggetti specifici. Se da un lato l'esistenza di tali spazi e le caratteristiche dei soggetti che lo abitano vengono viste e presentate sotto il crisma della necessità⁴⁵², dall'altro esse sono il frutto di decisioni e comportamenti

⁴⁵¹ Il riferimento è qui ovviamente, ancora una volta al politico di Carl Schmitt: «La specifica distinzione politica alla quale è possibile ricondurre le azioni e i motivi politici, è la distinzione di amico (*Freund*) e nemico (*Feind*). [...] Non v'è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo, o esteticamente brutto; egli non deve necessariamente presentarsi come concorrente economico e forse può anche apparire vantaggioso concludere affari con lui. Egli è semplicemente l'altro, lo straniero (*der Fremde*) e basta alla sua essenza che egli sia esistenzialmente, in un senso particolarmente intensivo, qualcosa d'altro e di straniero, per modo che, nel caso estremo, siano possibili con lui conflitti che non possano venir decisi né attraverso un sistema di norme prestabilite né mediante l'intervento di un terzo 'disimpegnato' e perciò 'imparziale'»; C. SCHMITT, *Il concetto di politico*, in Id. *Le categorie del politico*, cit., pp. 108-109. Schmitt si riferisce qui proprio a quel potere trascendente, tutto incardinato nella dinamica esclusione/inclusione, che oggi viene affiancato, e per Brown messo in discussione, da dinamiche meno nette e più reticolari.

⁴⁵² E dunque di natura. Necessità, natura e verità sono ancora una volta i margini finali della decisione e del diritto in quanto creazione e manipolazione della realtà sociale. Ancora una volta Thomas traccia qui una linea chiara, che attraverso la Storia connette e chiarisce il ruolo della verità nel diritto. Così riferendosi alla ricezione del diritto romano nella cultura giuridica medievale, scrive: «Ordinariamente, il diritto agisce contro i fatti, e dunque necessariamente disturba la natura. Ma a queste manipolazioni del reale si contrappongono un certo numero di divieti non trasgredibili né da

strategici, di strategie governamentali immaginate per governare e dirigere individui, gruppi, popolazioni, a partire dalle loro scelte.

In questo senso la categoria di *fictio* può essere considerata come un tentativo di allontanarsi da definizioni ipostatizzanti, per tentare di cogliere del giuridico gli aspetti conflittuali, fotografandone il movimento costante di adattamento *assieme* alla tensione verso la stabilità. Piuttosto che ontologizzare una pratica storica per farne l'immagine storica del giuridico, il paradigma della *fictio* prova a indicare i tratti comuni delle esperienze considerate diritto, nel rapporto necessario fra un ordine immaginato e il potere produttivo (stabilizzante e modificativo) che questo ordine conferisce ai soggetti che esso stesso regola.

Rimanendo nel solco di un positivismo metodologico, questa idea è evidentemente debitrice, per il suo input iniziale, delle intuizioni 'realiste' di Romano e degli interrogativi sollevati da Capograssi in merito a tale posizione. Se il diritto è un 'fatto', e come fatto va indagato nel suo apparire storico-sociale, tale apparenza deve essere indagata tenendo presente la sua assoluta peculiarità: quella di essere un fatto che «non solo è, ma pretende di essere». Un fatto cioè la cui effettività, la cui evidenza concreta, è fondata in ogni momento su di un irriducibile piano deontico: il fatto dell'ordine istituzionale, l'insieme dei comportamenti che lo sostanziano, è dovuto alla condivisione, al 'riconoscimento' nel lessico Hartiano, di norme e significati *posti* in essere per essere utilizzati come criteri di valutazione e guida per quegli stessi comportamenti. Se il giuridico è una realtà complessiva, un contesto che facendo da sfondo giustifica (nel senso di provocare) i comportamenti umani, esso è pur sempre una realtà prodotta, e dunque modificabile e modificata da quegli stessi comportamenti. In altri termini, la volontà degli attori, muovendosi attraverso significanti normativi, mantiene e insieme trasforma l'equilibrio giuridico

parte del giurista né da parte del legislatore. Sotto il nome di 'verità' viene indicata, essenzialmente, l'intangibilità della frontiera fra corporeo e incorporeo, e la legge della riproduzione dei corpi»; Y. Thomas, *Fictio, Legis*, cit., p. 89; la persistenza di questo limite nella cultura giuridica contemporanea viene dall'autore confermata: «Oggi in cui il campo di un diritto del vivente non cessa di estendere il suo impero, nuove versioni del diritto naturale, specificamente ancorate alla considerazione della natura biologica, psichica, genealogica e dunque temporale dell'uomo, si affermano come i processi attraverso i quali, con il concorso delle biotecnologie, il diritto contribuisce a disgiungere sesso e identità, sessualità e procreazione, procreazione e nascita, nascita e istituzione del soggetto di diritto»; Y. THOMAS, *Il soggetto concreto e la sua persona*, cit., p. 125.

Con le dovute differenze tale discorso può valere anche per tutte le altre verità (quelle dell'economia ad esempio) che fornendo una legittimazione eteronoma dell'istituto, ingabbiano o dirigono l'istituente.

complessivo, la cui positività non è quindi limitata alla sua fase statica (limite di Romano), ma è vista anche nella sua perenne attualità: il giuridico può essere percepito nella sua apparente contraddittorietà, come fenomeno complesso, stabile eppure *in fieri*. Insomma, raccogliendo in qualche modo l'invito di Tamanaha, questo percorso rilancia a sua volta un'opzione innanzi tutto metodologica: quella di osservare la positività del diritto, mantenendo una visuale sempre aperta sulla anfibia di fondo che caratterizza il suo porsi effettivo: insieme dato e fine. Presupposto e insieme risultato dell'azione.

Bibliografia

- A. ARGENTINO (a cura di) *Totalità e democrazia*, Editoriale scientifica, Napoli 2012.
- J. AUBY, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la ville*, Bruylant, Buxelles 2016.
- J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London 1832.
- C. D. BASCHIERA, *La recita del diritto. Saggio su «The Merchant of Venice»*, ETS, Pisa 1986.
- Z. BAUMAN, *Globalizzazione e glocalizzazione*, tr. It a cura di E. Coccia, Armando Editore, Roma 2005.
- Z. BAUMAN, *Modernità Liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2018.
- L. BAZZICALUPO, *Biopolitica. Una mappa concettuale*, Carocci, Roma 2010.
- L. BAZZICALUPO, *Politica. Rappresentazione e tecniche di governo*, Carocci, Roma 2013.
- L. BAZZICALUPO-S. VACCARO (a cura di), *Vita, politica, contingenza*, Quodlibet, Macerata 2016.
- F. VON BENDA-BECKMAN, *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, in «*Journal of Legal Pluralism*», 47, pp. 37-83.
- F. VON BENDA-BECKMAN-K. VON BENDA-BECKMAN-A. GRIFFITHS, *Space and Legal Pluralism: An Introduction*, in ID. (a cura di), *Spatializing Law. An Anthropological Geography of Law in Society*, Ashgate Publishing Limited, Farnham 2009, pp. 1-30.
- W. BENJAMIN, *Angelus Novus*, a cura di R. Solmi, Einaudi, Torino 2014.
- I. BERLIN, *Four Essay on Liberty*, Oxford University Press, Oxford 1969.
- P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè 1977.
- N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino 1958.
- N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007.
- J. BODIN, *I Sei libri sullo Stato*, tr. It. A cura di M. I. Parente, Utet, Torino 1988.

- P. BOURDIEU, *Sullo Stato. Corso al Collège de France. Volume I (1989-1990)*, tr. It. A cura di M. Guareschi, Feltrinelli, Milano 2013.
- W. BROWN, *Stati murati, sovranità in declino*, tr. It. A cura di S. Liberatore, Laterza, Roma-Bari 2013.
- O. BRUNNER, *Storia sociale dell'Europa nel medioevo*, Il Mulino, Bologna 1978.
- G. CAPOGRASSI, *Opere V*, Giuffrè, Milano 1959.
- S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de L'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in Quaderni fiorentini, 1972.
- S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari 2006
- S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, in «Le Carte e la Storia», Fascicolo 1, Il Mulino, Bologna 2012.
- M. CASTELLS, *The informational City: Information Technology, Economic Restructuring, and the Urban Regional Process*. Oxford, UK; Cambridge, MA, Blackwell, 1989.
- C. CASTORIADIS, *L'istituzione immaginaria della società*, tr. It a cura di F. Ciaramelli e F. Nicolini, Bollati Boringhieri, Torino 1995.
- C. CASTORIADIS, *L'enigma del soggetto. L'immaginario e le istituzioni*, tr. It. a cura di R. Currado, Dedalo, Bari 1998.
- C. CASTORIADIS, *Cornelius Castoriadis*, L'espresso, Roma 2016.
- A. CATANIA, *Lo Stato moderno. Sovranità e Giuridicità*, Giappichelli, Torino 1996.
- A. CATANIA, *Teoria e filosofia del diritto. Temi. Problemi. Figure*, Giappichelli, Torino 2006.
- A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari 2008.
- A. CATANIA, *Diritto effettivo e positività*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009.
- O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, tr. It. A cura di L. Colombo, Giuffrè, Milano 2004.
- M. CROCE, *La conquista dello spazio giuridico. Potere statale e amministrazione della giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2009.
- M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione?*, Carocci, Roma 2010.

- M. CROCE, A. SALVATORE, *Filosofia politica. Le nuove frontiere*, Laterza, Roma-Bari 2012.
- M. CROCE, A. VASSALLE, V. VENDITTI, *Pluralismo giuridico. Temi, contesti, conflitti*, in «*Iura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*», Vol. XI, numero monografico: Pluralismo giuridico, 2014
- G. DELEUZE, *Istinti e istituzioni*, tr. It. A cura di U. Fadini e K. Rossi, Mimesis, Milano-Udine 2014.
- A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano 2010.
- B. DE SOUSA SANTOS, *Towards a New Legal Common Sense. Law, Globalization and Emancipation*, Butterworths Lexis Nexis, London, 2002.
- —L. DUGUIT, *Sovranità e libertà*, tr it, a cura di V. Rapone, Giappichelli, Torino 2007;
- L. DUGUIT, *Il diritto e lo Stato. La dottrina francese e quella tedesca*, tr. A cura di V. Rapone, Rubettino, Soveria Mannelli 2012.
- L. DUGUIT, *Le Pragmatisme juridique, Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre (1923). Présentation et traduction (conférence de Madrid) par Simon GILBERT*, La Mémoire du Droit, Paris 2008.
- E. DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, Edizioni di Comunità, Milano 1963.
- L. FERRAJOLI, *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015.
- M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006
- M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari 2012.
- M. R. FERRARESE, *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in «*Politica del diritto*», Fascicolo 3, settembre , Il Mulino, Bologna 2014.
- L. A. FIEDLER, *The stranger in Shakespeare*, London 1973.
- M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive di ricerca*, in Quaderni fiorentini 1981.

- M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino 1993.
- E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Giuffrè, Milano 1973.
- M. FOUCAULT, *Omnes et singulatim: Toward a Critique of Political Reason*, in *Power*, vol. 3 di *Essential Work of Foucault, 1954-1984*, New Press, New York 2000.
- M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, tr. It. A cura di A. Tarchetti, Einaudi, Torino 2014.
- M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano 2005.
- M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica, Corso al Collège de France (1978-1979)*, tr. It a cura di M. Bertani e V. Zini, Feltrinelli, Milano 2017.
- M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto. Corso al Collège de France, (1981-1982)*, tr. It. A cura di M. Bertani, Feltrinelli, Milano 2003.
- T-L FRIEDMANN, *Il mondo è piatto. Breve storia del ventesimo secolo*, tr. It a cura di A. Piccato, Mondadori, Milano 2006.
- F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna 2006.
- F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna 2010.
- C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna 2010.
- A. GEHLEN, *Antropologia filosofica e teoria dell'azione*, tr. It. A cura di E. Mazarella, Guida Editori, Napoli 1990.
- H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, a cura di S. Ferlito, Il Mulino, Bologna 2011.
- V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2004,
- V. GIORDANO, *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2008.

- V. GIORDANO, A. TUCCI, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino 2013.
- J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, in «*Journal of Legal Pluralism*» Volume 18, Issue 24, 1986, pp. 1-55
- P. GROSSI, *Pirma lezione diritto*, Laterza, Roma-Bari 2003
- P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2007
- P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 2011.
- P. GROSSI-A. ROMANO, *Ricordando Santi Romano in occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Pisa*, Pisa University Press, Pisa 2013.
- P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015.
- P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2016.
- P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma 2017.
- P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, Marietti, Genova 2015.
- G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, in «*Revue Philosophique de Louvain*», 1937.
- H. HART, *Il concetto di diritto*, tr. It. A cura di M. A. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002.
- M. HAURIOU, *Principes de Droit Public a l'Usage des Étudiants en Licence et en Doctorat*, Deuxième, Paris 1916.
- M. HAURIOU, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Bloud & Gay, Paris 1933.
- M. HAURIOU, *Droit constitutionnel et institutions politiques, conforme aux programmes des facultés de droit et écoles d'enseignement supérieur*, Montchrestien, Paris 1968.
- T. HOBBS, *Leviatano*, tr. It. di Gianni Micheli, RCS, Milano 2011.
- E. J. HOBBSAWM, *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, tr. It. a cura di B. Lotti, R.C.S., Milano 1997.
- F. Inglis, *Cultural Studies*, Cambridge UP, Cambridge Mass 1993.
- N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1999.

- R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, tr. It. a cura di M. G. Lusano, Einaudi, Torino 1972.
- G. M. LABRIOLA (a cura di), *Filosofia, politica, diritto. Studi in onore di Francesco M. De Sanctis*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- G. M. LABRIOLA, *Muros y confines: una reflexión sobre el renacimiento de la idea de límite*, in «*Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*» Volumen 5, numero 1, enero-junio, 2017.
- M. LA TORRE. *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2008.
- A. LOCATELLI, *Dialettica e ideologia in «The Merchant of Venice»*, in «*Studi inglesi*», III-IV, 1976-1977.
- J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, tr. It. A cura di A. Gialluca, RCS, Milano 2010.
- S. LUCE, *Fuori di sé. Poteri e soggettivazioni in Michel Foucault*, Mimesis, Milano-Udine 2009.
- N. LUHMANN-R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano 1992.
- W. MAGNUSSON, *Politics of urbanism. Seeing like a city*. Routledge, London 2011.
- F. MANCUSO - A. MONTANO, *Irrazionalismo e impoliticità in Giuseppe Rensi*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2009.
- N. MACHIAVELLI, *Il principe*, Bur, Milano 2008.
- G. MARRAMAIO, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Bollati Boringhieri, Torino 2013
- N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, il Mulino, Bologna 1993.
- C. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna 1990.
- W. MENSKI, *The Liquidity of Law as a Challenge to Global Theorising*, in «*Iura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*», Vol. XI, numero monografico: Pluralismo giuridico, 2014.
- P. NAPOLI (a cura di), *Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Ythomas entre droit et sciences sociales*, École française de Rome, Rome 2013.

- H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, tr. It. A cura di R. Treves, Einaudi, Torino 2000.
- A. ONG, *Da rifugiati a cittadini. Pratiche di governo nella nuova America*, D. Borca, Raffaello Cortina Editore, Milano 2005.
- A. ONG, *Neoliberalismo come eccezione. Cittadinanza e sovranità in mutazione*, tr. It. A cura di M. Spanò, Volo publisher, Firenze-Lucca 2013.
- F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 2002.
- E. PACE, *Per una definizione dei fenomeni religiosi*, Armando, Roma 1996.
- S. PIETROPAOLI, *Schmitt*, Carocci, Roma 2012.
- G. POGGI, *La vicenda dello stato moderno. Profilo sociologico*. Il Mulino, Bologna 1978.
- U. POMARICI (a cura di), *I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2010.
- A. PORTELLI, *Biografia di una città. Storia e racconto. Terni 1830-1985*, Einaudi, Torino 1985.
- G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari 1996.
- G. PRETEROSSO, *Autorità*, Il Mulino, Bologna 2002. G. PRETEROSSO, *Potere*, Laterza, Roma-Bari 2007.
- V. RAPONE, *Normatività e dimensione simbolica in Durkheim*, in «L'Ape ingegnosa», n. 2 /2002, pp. 91-123.
- V. RAPONE, *Il limite extragiuridico dell'ordinamento. Momenti della riflessione giusfilosofica italiana del primo '900*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.
- G. RENSI, *La filosofia dell'assurdo*, Adelphi, Milano 1991.
- A. RICHARDS, *Practical Criticism*, Routledge, London 1929.
- R. ROBERTSON, *Glocalisation. Time-space and Homogeneity-heterogeneity*, in M. FEATHERSON, S. LASH, R. ROBERTSON (a cura di), *Global Modernities*, Sage, London 1995, pp. 25-44.
- B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Bulzoni, Roma 1996.
- S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi. Discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-1910*, Vannucci, Pisa 1910.

- S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul Concetto, le Fonti e i Caratteri del Diritto*, Tipografia Editrice Cav. Mariotti, Pisa 1917.
- S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1946.
- S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano 1947.
- J.N. ROSENAU-E.O. CZEMPIEL, *Governance without government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna 2009.
- E. ROTELLI-P. SCHIERA, *Lo stato moderno*, il Mulino, Bologna 1971.
- J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, a cura di R. Gatti, RCS, Milano 2010.
- B. DE SOUSA SANTOS, *Towards a New Legal Common Sense. Law, Globalization and Emancipation*, Butterworths Lexis Nexis, London 2002.
- S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal medioevo all'età globale*, tr. It. A cura di N. Malinverni e G. Barile, Mondadori, Milano 2008.
- S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, tr. It. A cura di N. Negro, Il Mulino, Bologna 2010.
- S. SASSEN, *Espulsioni*, tr. It. A cura di N. Negro, Il Mulino, Bologna 2015.
- C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio, e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972.
- C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europeum»*, tr. It. A cura di E. Castrucci, Adelphi, Milano 1991.
- A. SCHIAVONE, *Ius, L'invenzione del diritto in occidente*, Einaudi, Torino 2017.
- A. SERPIERI, Prefazione al Mercante di Venezia, in W. SHAKESPEARE, *Opere complete con testo a fronte*, Garzanti, Milano 2016.
- W. SHAKESPEARE, *Tutte le opere*, a cura di M. Praz, Bompiani, Milano 1993.
- M. SHAPIRO-A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- A. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton 2004.
- B. Z. TAMANHA, *The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism*, in «*Journal of Law and Society*» Vol. 20, N. 2, 1993.
- B. Z. TAMANHA, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in «*Journal of Law and Society*», Vol 27, N. 2, 2000.

- B. Z. TAMANHA, *On the rule of law. History. Politics. Theory*, Cambridge University Press, New York 2004.
- A. TANZI, *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Raffaello Cortina, Milano 1999.
- G. TEUBNER, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, tr. It a cura di A. Rufino, La città del sole, Napoli, 1999.
- G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, R. Prandini, Armando Editore, Roma 2005.
- Y. THOMAS, *Le droit entre le mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome*, in «Archives de Philosophie du Droit» 23, 1978.
- Y. THOMAS, *L'istituzione giuridica de la nature. Remarque sur la casuistique du droit naturel à Rome*, 1988. Disponibile all'indirizzo: <https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/pdf/06-1988/06-1988-p027-048.pdf>
- Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, a cura di M. Spanò, Quodlibet, Macerata 2015.
- Y. THOMAS, *Fictio Legis. La finzione romana e i suoi limiti medievali*, tr. It a cura di G. Lucchesini, Quodlibet, Macerata 2016.
- S. TRENTIN, *La crisi del diritto e dello stato*, a cura di G. Gangemi, Raffaello Cortina, Milano 1999.
- A. TUCCI, *Immagini del diritto. Tra fattualità istituzionale e agency*, Giappichelli, Torino 2012.
- A. TUCCI (a cura di), *Disaggregazioni. Forme e spazi della governance*, Mimesis, Milano-Udine 2013.
- A. TUCCI, *Crossing the borders of governance*, in «Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política», Volume 1, numero 1, gennaio-giugno, 2014.
- S. VACCARO (a cura di), *Il secolo deleuziano*, Mimesis, Milano, 1997.
- U. VINCENTI, *La Costituzione di Roma antica*, Laterza, Roma-Bari 2017.
- M. WEBER, *Economia e società. L'economia, gli ordinamenti e i poteri sociali. Vol. V, La città*, tr. It. A cura di M. Palma, Donzelli, Roma 2016.
- R. WILLIAMS, *Culture and Society. 1780-1950*, Chatto & Windus, London 1958.
- R. WILLIAMS, *The Country and the City*, Chatto & Windus, London 1973.