

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**

### **ABSTRACT**

Coordinatore  
Ch.mo Prof. Geminello Preterossi

Dottorando  
Dr. Carmelo Nigro

Tutor  
Ch.mo Prof. Antonio Tucci

Anno accademico 2017/2018

Il lavoro parte dalla presa d'atto della metamorfosi politica, sociale e istituzionale in atto, per ripensare le categorie del giuridico immaginate durante l'epoca moderna. Il periodo attuale infatti è caratterizzato dalla diffusa percezione di un salto nei paradigmi dell'ordine esistente, e da un susseguirsi di trasformazioni tale da meritare l'etichetta di «*modernità liquida*»<sup>1</sup>. Non fa eccezione a tale fluidità sistemica il diritto, che anzi fra i fenomeni sociali si muove oggi con particolare varietà. D'altronde, legato a doppio filo alla vita sociale che dovrebbe regolare, non può che adattarsi, rispondendo alle sue variazioni. Oggi più che mai dunque comprendere il diritto significa accettarlo come realtà proteiforme, in divenire. Tenendo fermo tale assunto questo lavoro si concentra sui movimenti più che sulle posizioni, sui salti invece che sulle continuità.

Dopo aver brevemente ripercorso le principali tappe dell'esperienza moderna, il primo capitolo si riallaccia all'esperienza storico-politica attuale, evidenziandone gli *adattamenti* sul piano teorico.

Fra le proposte avanzate, particolarmente interessante per tale percorso è quella di Saskia Sassen, che utilizza il tritico *territorio, autorità, diritti* come lente analitica. Le trasformazioni storiche sarebbero, secondo l'autrice, un disassemblarsi e riassemblarsi di questi tre elementi a partire da una sorta di eterogenesi delle capacità già sviluppate. Nel caso del passaggio dall'assemblaggio nazionale a quello globale, sarebbero insomma le stesse capacità maturate dalla sovranità a rappresentare un tassello fondamentale per il processo di *denazionalizzazione*, e il successivo imporsi di scalarità nuove rispetto a quella dello Stato moderno<sup>2</sup>. Su questa linea l'autrice sottolinea il rinnovato ruolo della metropoli nella costruzione delle geografie politiche, economiche e sociali. Un sistema di città globali, 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 città<sup>3</sup>.

Da un'altra prospettiva viene preso in considerazione il mutamento dello stesso linguaggio giuridico. Favorito dalla partecipazione e dal dialogo a vari livelli di un numero crescente di attori pubblici e privati (*law firms*, corti internazionali,

---

<sup>1</sup> Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità Liquida*, Laterza, Roma-Bari.

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

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

organizzazioni governative e non governative, ecc.), il linguaggio del 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 diretto degli interessi di quegli stessi attori<sup>4</sup>.

Questo tasso crescente di variabilità che le forme del diritto assumono nel panorama contemporaneo, fa emergere l'immagine di un centralismo statualistico ancora fondamentale, ma circondato da *agencies* e fonti di potere normativo eterogenee. 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. Una delle conseguenze sarebbe, in letture come quella di Wendy Brown, 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 nazionale<sup>5</sup>. Tale lettura sembra in effetti cogliere alcuni aspetti dei processi in corso. Forse però rimane ancora legata ad una concezione troppo lineare del confine, cadendo in una eccessiva semplificazione: il sovrano è qui visto quasi esclusivamente come un gigante assediato, impegnato a ripristinare, con scarso successo, i paramenti della propria inviolabilità.

In accordo con altre proposte invece, la sovranità appare tutt'altro che un potere arroccato ed evanescente. Resta anzi inserito all'interno di questo più ampio panorama, come tassello fondamentale delle dinamiche in atto. Il passaggio a geografie altre rispetto a quelle occidentali rende particolarmente chiaro questo aspetto. Descrivendo le tecnologie di *zoning* in atto nel sud est asiatico ad esempio, Aihwa Ong individua una sostanziale compresenza di *governance* e sovranità, che trova nel concetto di eccezione la sua chiave di volta. In questi scenari la sovranità persiste in quanto *eccezione al neoliberalismo*<sup>6</sup> funzionalizzata alla stessa logica neoliberale. Allontanandosi dalla pretesa di generalità e astrattezza della modernità, la sovranità subisce qui delle *graduazioni*, ritirandosi o estendendosi a

---

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

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

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

seconda delle necessità di governo, il quale trova proprio nel neoliberalismo la matrice della propria legittimità.

Ciò che sembra emergere da tali letture è una certa ambivalenza nel ruolo della sovranità statale nel panorama contemporaneo: pur se ancora fondamentale, lo Stato è sempre meno solo sulla scena istituzionale. Accanto e intorno ad esso 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»<sup>7</sup>.

È 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 di *pluralismo*, per mostrare 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 un insieme di approcci estremamente eterogenei, tenuto assieme da un unico obiettivo polemico, che potremmo chiamare, con Griffiths, *centralismo giuridico*<sup>8</sup>.

Da questo crocevia di possibilità teoriche, il lavoro prosegue scegliendo un sentiero che trova nel concetto di *istituzione* il suo nucleo di avvio. In quanto insieme complesso delle pratiche sorte dall'interazione costante tra forme e soggetti, l'istituzione appare una caratteristica peculiare sia della lunga esperienza medievale che della contemporaneità, avvicinando in tal modo culture giuridiche fra loro molto distanti, divise dai secoli della modernità. Si intravede a questo punto la centralità, nella definizione di giuridico, del legame tra le forme e i soggetti che agiscono all'interno del diritto, o meglio che *lo agiscono*<sup>9</sup>: l'interazione tra soggetti, norme e spazi è in fondo il cuore di questo percorso, e lo conduce costantemente come una domanda muta. Il concetto di istituzione, mutuato dalle posizioni teoriche di Santi Romano, viene in questo senso usato come una prima approssimazione per una definizione di giuridico in grado di ricollegare la sua

---

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

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

<sup>9</sup> A. CATANIA, *Diritto effettivo e positività*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009.

evidenza di dato sociale alla ineludibile dimensione dinamica e tensionistica. Di Romano viene in altri termini presa la datità sociale del fatto istituzionale, ma solo in quanto oggetto di indagini ulteriori, che dalla staticità del dato facciano riemergere il dinamismo dell'effettivo funzionamento. Il termine istituzione sembra infatti possedere il pregio di una ambivalenza di significati in grado di contenere la doppia connotazione del fenomeno giuridico. Essa indica 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, volontaristici e normativi. L'istituzione insomma può essere definita alternativamente sia come risultato (istituto) che come processo (istituente). Entrambi gli aspetti coesistono, in una necessaria interdipendenza.

L'ultima sezione è dedicata per l'appunto a scomporre e ricomplexificare il concetto di istituzione, evidenziandone l'elemento autofondante. Essa prende le mosse dalle posizioni di Gilles Deleuze e Arnold Gehlen, mostrando come l'istituzione costituisca l'ambiente necessario dell'essere umano, in quanto privato di una struttura istintuale idonea a fornire un significato e una direzione alle sue azioni. Privo di un ambiente 'naturale', cioè non socialmente e culturalmente costituito, l'essere umano è per un verso indefinitamente libero, per l'altro estremamente vulnerabile, in quanto sprovvisto di una guida di senso per interpretare l'ambiente che lo circonda. Egli non possiede, nei termini di Deleuze, mezzi *diretti* per il soddisfacimento delle proprie esigenze, e dunque è l'istituzione a costituire la *realtà* necessaria dell'essere umano, lo *strumento indiretto* per soddisfare le proprie necessità. D'altro canto 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. L'istituzione riceve concretezza dal potere trasformativo delle decisioni e dei comportamenti attuati all'interno del contesto che essa stessa costituisce.

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 insieme finzione, perché dipendente in ogni istante dalle decisioni e da comportamenti delle vite che regola. L'immagine della *fictio*, mutuata dall'analisi del diritto romano condotta da Yan Thomas, fornisce

allora un possibile *ologramma*<sup>10</sup> del fenomeno giuridico. Lo scopo non è una ricostruzione degli istituti della cultura romanistica: la metafora della *fictio* è qui utilizzata esclusivamente per la costruzione di una serie di strumenti utili all'inquadramento e alla comprensione di alcune delle dinamiche giuridiche contemporanee. Essa infatti fornisce un potenziale nodo di sintesi dell'ambivalenza di fondo della vita giuridica, raccordando la dimensione formale e artificiale alla datità del reale. Una sorta di *verità volontaria*, appunto *istituita*, costantemente attingibile e modificabile dall'agire di chi ne padroneggia il linguaggio.

In questa immagine complessa si muovono tutti gli elementi di cui qualsiasi esperienza giuridica non può prescindere: decisione, ordine, norma. Proprio il complesso rapporto tra di essi sarà l'ultimo *focus* di questo lavoro. In questo senso verrà recuperato proprio il concetto di norma *power conferring* coniato da Herbert Hart, soprattutto attraverso la lettura specifica di norma-potere proposta da Alfonso Catania<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> M. SPANÒ-M. VALLERANI, *Come se. Le politiche della finzione giuridica*, in Y. THOMAS, *Fictio Legis. La finzione romana e i suoi limii medievali*, tr. It. a cura di G. Lucchesini, Quodlibet, Macerata 2016. p. 95.

<sup>11</sup> A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari 2008.