

LA NORMA COME RAPPRESENTAZIONE. IL DINAMISMO ISTITUZIONALE NELL'ETÀ CONTEMPORANEA

Carmelo Nigro*

What judgment shall I dread, doing no wrong?
 You have among you many a purchased slave,
 Which like your asses, and your dogs and mules?
 You use in abject and in slavish parts,
 Because you bought them. Shall I say to you,
 Let them be free, marry them to your heirs?
 Why sweat they under burthens? Let their beds
 Be made as soft as yours, and let their palates
 Be seasoned with such viands, you will answer
 The slaves are ours. So, do I answer you.
 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)

1. L'atto quarto, scena prima del Mercante di Venezia ci consegna una delle immagini più suggestive del processo giuridico che la letteratura abbia mai concepito. Ormai vittorioso, l'usuraio Shylock si appresta a riscuotere l'agognata vendetta, giuridicamente riconosciuta e garantita dal suo contratto e dalle leggi di Venezia, sull'odiato mercante Antonio. Un gesto tanto più violento quanto economicamente inutile, soprattutto perché il riscatto offertogli dall'amico di Antonio, Bassanio, supererebbe di gran lunga il debito che quest'ultimo ha con Shylock.

Ma ormai l'interesse in gioco non è più di natura economica. Ciò che Shylock cerca è, appunto, la vendetta e il riscatto a cui anela è quello sociale: la rivincita dalla propria esclusione nei confronti non solo di Antonio, ma di tutti i gentili di Venezia, ottenuta per giunta proprio per mezzo del loro stesso sistema giuridico. Già qui, se vogliamo, la scena restituisce un uso creativo della norma: piegate a un interesse che non erano

supposte tutelare – e sacrificando invece il valore mercantile che erano state concepite per proteggere – le rigide forme dell’ordinamento veneziano soccombono al loro avversario, l’ebreo Shylock – rinchiuso ed emarginato nel ghetto cittadino, eppure integrato nel sistema in quanto strutturalmente necessario al commercio della città – tutelando la feroce crudeltà del suo atto puramente emulativo.

È, però, la folgorante risoluzione del procedimento a rappresentare il punto di maggior interesse. Nella soluzione ottenuta da Porzia, Shakespeare rivela tutta la creatività del diritto, facendo emergere in una doppia finzione – della e nella scena – il nucleo produttivo e politico della forma giuridica. Vincolata a una forma che deve garantire la certezza e la forza vincolante dell’ordinamento («If you deny me, fie upon your law / There is no force in the decrees of Venice»¹, ha proclamato poco prima Shylock), Porzia si appropria in maniera categorica proprio di quelle forme, ribaltando il risultato in una interpretazione ultra-letterale del combinato disposto risultante dal dispositivo contrattuale e dalle leggi di Venezia. Non solo l’atto emulativo di Shylock non avrà corso, ma a quest’ultimo verrà negato perfino il riconoscimento del legittimo interesse pecuniario. Anzi, sarà lui stesso a doverlo negare, rinunciandovi ripetutamente. Un risultato che appare in fondo tanto incongruo e sperequato quanto quello di partenza. La gioia e il sentimento di vittoria che pervade l’intera comunità (in fondo l’opera è una commedia) sono spiazzanti, perfino inquietante se appena ci si scosta dal punto di vista dei protagonisti. La solitudine di Shylock ora è sin troppo evidente. Strana figura di creditore perdente, è sempre stato isolato, anche da vincitore: la sua vendetta era stata una sfida a un’intera comunità, sull’unico piano in cui quella comunità sarebbe stata costretta ad accettare la sfida e riconoscere la propria sconfitta.

Il processo al mercante di Venezia acquista, dunque, il sapore di uno scontro politico, giocato da entrambe le parti sulla rappresentazione di un sistema normativo, formalmente interpretato in maniera rigidamente letterale, ma in realtà piegato, da quella stessa rigidità, a scopi e interessi contrapposti. In altri termini, ciò che viene rappresentato è la frattura del politico che attraversa l’intero ordine sociale e che informa la dinamica istitutiva/istituito che innerva il sociale-storico, facendo da propulsore alle sue continue trasformazioni².

* Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Salerno.

¹ W. Shakespeare, *The Merchant of Venice*, Yale University Press, New Haven and London, 2006, p. 116.

² Sul tema si rinvia a C. Lefort, *Saggi sul politico, XIX e XX secolo*, tr. it. a cura di B. Magni, Il Ponte, Bologna 2007, e alla divergente prospettiva di C. Castoriadis, *L’enigma del soggetto. L’immaginario e* Università degli Studi di Salerno

L'aspetto più attuale del dramma, e in particolare di questa specifica scena, che come tutti i classici non ha mai smesso di parlare, risiede proprio in questa dicotomia tra elementi polemici e neutralità istituzionale che lo innerva e lo sostiene. Tanto più attuale nel mondo contemporaneo, in cui la pluralizzazione di poteri e *agency* fa retrocedere la narrazione trascendente e piramidale del monismo statualistico, restituendo, tanto agli studiosi quanto agli attori quotidianamente coinvolti, tutta la tensione poetica dell'ordine giuridico.

Come, fra gli altri, sostiene Paolo Grossi, allontanandosi dalle «mitologie»³ moniste tipiche della modernità, il giuridico avrebbe in questo senso riacquisito un policentrismo poetico proprio di esperienze premoderne⁴, accedendo a un'epoca di metamorfosi che, lungi dal segnarne una improbabile fine, va al contrario nel senso di una sua presenza ancor più capillare all'interno del tessuto sociale⁵. Grossi ha mostrato, peraltro, quanto questa distribuzione e compartecipazione diffusa del potere normativo – e il polimorfismo organizzativo che ne deriva – non siano una novità nella storia del diritto. La complessità della lunga esperienza medievale, ricostruita dall'autore, è testimone di una coesistenza e reciproca interdipendenza di sistemi giuridici di ispirazione e struttura eterogenea. Lo sviluppo del diritto durante i lunghi secoli medievali, infatti, non ha mai smesso di produrre forme ed equilibri istituzionali, in una sovrapposizione e interdipendenza assai articolata nello spazio politico e sociale europeo. Dagli *iura propria* allo *ius commune*, dallo *ius usus feudorum* alla *prima lex mercatoria*: la lunga esperienza medievale mostra, secondo Grossi, quanto le categorie giuridiche della modernità non coprano che una frazione della effettiva estensione storica del fenomeno “diritto”. Una pluralità di forme che oggi riemergerebbe nella cornice complessa della globalizzazione, portando al centro il ruolo attivo e propulsivo dei consociati, oggi sempre più interessati a impadronirsi dello strumento normativo. Se è vero tuttavia, che tale metamorfosi sociale e istituzionale, in direzione della partecipazione strategica e dell'interesse, decentralizza la sovranità in quanto fonte di legittimazione del normativo, non si può per questo trascurare lo scarto, sempre presente, fra realtà fattuale e norma, fra effettività e normatività. L'infittirsi

le istituzioni, tr. it. a cura di R. Currado, Dedalo, Bari, 1998. Per una ricostruzione della prospettiva del pensiero istituyente, si rinvia, inoltre, a R. Esposito, *Pensiero Istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*. Einaudi, Torino, 2020.

³ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁴ P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2017.

⁵ Come scrive Cassese «le metamorfosi del diritto non vanno nel senso della sua fine, bensì in direzione opposta»; S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?* In P. Rossi (Eds.), *Fine del diritto?* Il Mulino, Bologna, 2009, p. 29.

dell'intreccio fra giuridico ed extra-giuridico non deve trasmettere la sensazione di una società irenica, pacificata nella condivisione di una eguale possibilità di azione. Non tanto perché, come vedremo, Stato e sovranità restano rispettivamente un attore e un nodo fondamentali nella rete della *governance* globale; quanto per il fatto, peraltro evidente, che tale rete non è affatto priva di disuguaglianze, discriminazioni, differenze e asimmetrie. La loro moltiplicazione anzi, ne è una caratteristica peculiare e costitutiva.

Insomma, come ha spiegato Alfonso Catania, la forza, in quanto potere di influire sulla vita delle persone,

«non è affatto tramontata, per il solo fatto che soltanto in parte viene organizzata dagli Stati e soltanto in parte avviene nella forma direttamente ed esclusivamente fisica, repressiva e sanzionatoria. [...] Se, concettualmente, l'indebolimento della sovranità quale garante dell'effettività apre la scena a rapporti non verticali ma orizzontali e ad una effettività fondata sul calcolo di convenienza, non per questo relazioni orizzontali sono relazioni paritarie»⁶.

In altri termini, l'affievolimento della capacità dello Stato di farsi terzo garante nella risoluzione dei conflitti aumenta – e non diminuisce – l'intensità della carica politica in ciascuno scontro. Ma tali scontri vengono pur sempre giocati sopra e attraverso la norma, che dunque – in quanto strumento comunicativo – resta un costrutto deontico trascendente rispetto ai fatti.

Pur nella decentralizzazione e polverizzazione dei poteri contemporanei, insomma, non si può non conservare in chiave conoscitiva, lo scarto tensivo – proveniente dalla tradizione del positivismo normativista – che separa normatività ed effettività, ordine deontico e realtà sociale. Ed è in questa piega, in fondo, che riposano tanto la capacità stabilizzante quanto la carica propulsiva dell'ordinamento. Ed è in questo senso che, forse, la categoria di finzione mostra il proprio rilievo. Vedremo, infatti, in che modo il recupero, operato da Yan Thomas, della *fictio* dalle radici romanistiche della tradizione giuridica occidentale,⁷ potrebbe costituire una categoria sintetica idonea a racchiudere il dinamismo fra stabilità e trasformazione, fra norma e decisione, fra istituyente e istituito, che si ripresenta oggi in tutta la sua problematicità.

⁶ A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*. Laterza, Roma-Bari 2008, p. 161.

⁷ Sul punto si rinvia fin da ora a Y. Thomas, *Fictio legis*, tr. it. a cura di G. Lucchesini, Quodlibet, Macerata, 2016.

2.- Quello nazionale, utilizzando la prospettiva di Saskia Sassen, non sarebbe che uno specifico assemblaggio di tre elementi: territorio, autorità e diritti. Ora, sarebbero proprio le capacità sviluppate da uno specifico assemblaggio ad aver permesso, storicamente, il passaggio all'assetto successivo. Tali capacità non portano a uno sviluppo necessario, ma a un risultato storicamente possibile e mai predeterminato, causato da confluente storiche che l'autrice chiama "punti di svolta". Un assemblaggio è dunque il risultato di una immanenza sempre in atto, che rilegge il già dato, trasformandolo in modi relativamente imprevedibili. In breve, la centralizzazione di potere e autorità propria dell'assemblaggio nazionale era profondamente embricata nelle capacità sviluppate dal feudalesimo, così come, dall'altro lato, la denazionalizzazione in atto presuppone le capacità amministrative e di coordinamento sviluppate dagli Stati durante l'epoca nazionale⁸.

Flussi di capitale, lavoro e informazioni percorrono gli spazi della contemporaneità, sovrascrivendo le tradizionali mappe degli stati-nazione con nuovi confini. Le città globali, ad esempio, rappresenterebbero i nodi di una rete transfrontaliera parzialmente autonoma rispetto alle dinamiche interne agli Stati di appartenenza. Operando da collettore di servizi di coordinamento e controllo per l'alta finanza e il capitale globale, tali nodi permetterebbero di esercitare funzioni di coordinamento e controllo a livello globale altrimenti impossibili. Ogni nodo ha senso solo all'interno di una rete, costituendo uno spazio d'azione inedito, un assemblaggio che si allontana dalla territorialità moderna del nazionale.

Se lo scenario muta, gli attori si moltiplicano, ciascuno reclamando (con alterne fortune) un ruolo sempre più centrale. I privati si fanno parte attiva nella creazione di strumenti regolatori in grado di perseguire esigenze specifiche, coinvolgendo la formalizzazione delle istituzioni pubbliche; tale partecipazione diffusa e strategica preme costantemente sugli equilibri istituzionali, riplasmandoli.

Si pensi al ben noto fenomeno della nuova *lex mercatoria*, oppure alla grande proliferazione dei contratti-tipo e delle strutture di arbitrato, oltre che la più generale contrattualizzazione dei rapporti anche fra attori pubblici, che alla logica moderna e universale dei diritti, affianca quella specifica degli interessi. La strategia dell'accordo e della negoziazione è un perno fondamentale anche dei fragili equilibri fra istituzioni

⁸ S. Sassen, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medio all'età globale*, tr. it. a cura di N. Malinverni e G. Barile, Bruno Mondadori, Milano, 2008.

pubbliche. Questo assetto evidenzia un tendenziale superamento dei confini da parte del giuridico.

A emergere è un ordine decentrato, frutto dell'intrecciarsi anomico di autori non omogenei e pratiche eclettiche, che si allontana dall'immagine moderna del governo, evocandone inevitabilmente un'altra: quella di *governance*. Quest'ultima può essere definita come un ordine funzionale, fondato non sulla legittimità formale di un'autorità sovraordinata, ma su una condivisione di obiettivi. Secondo la ben nota definizione di Rosenau:

« [...] 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 ensure 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»⁹.

I due modelli tuttavia non si escludono. Anzi si tengono in un rapporto di compatibilità che si muove e si sviluppa attraverso una continua intersezione. Più che schierarli l'uno contro l'altro si tratta, dunque, di rilevarne – e rivelarne – la concorrenza¹⁰. I sistemi di *hard law*, centrati sulla distinzione binaria lecito/illecito e sorretti dal potere sanzionatorio, vengono così affiancati da strumenti di *soft law* in grado di indirizzare i comportamenti senza sanzionarli, persuadendo più che obbligando, dissuadendo invece che vietando, convincendo oltre che punendo.

Il diritto come strumento comunicativo si espande, cancellando le precedenti delimitazioni e differenze (interno/esterno, nazionale/internazionale, pubblico/privato). Una struttura reticolare nella quale l'apparente assenza di gerarchie permetterebbe la libera partecipazione di soggetti interessati a perseguire i propri

⁹ 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.

¹⁰ A. Tucci, *Immagini del diritto. Tra fattualità istituzionale e agency*, Giappichelli, Torino 2012, p. 7

specifici interessi. Una struttura di rapporti paritari e reticolari, insomma, caratterizzata, appunto, dal lessico degli interessi e dalla assoluta libertà.

Tuttavia, tale struttura non è ovviamente priva di differenze e sovraordinazioni: la rete della *governance* globale, lungi dall'essere lo spazio liscio delle pari opportunità, conserva una stratificazione molto complessa, in cui differenze e possibilità vengono coltivate e asservite alla funzionalità del capitale globale.

Fra gli altri, Aiwha Ong ha mostrato in maniera particolarmente chiara l'effettivo funzionamento di tale tecnologia di governo. In *Da Rifugiati a cittadini*¹¹ Ong descrive i processi di soggettivazione/assoggettamento cui sono sottoposti i rifugiati cambogiani in Nord America nel percorso di acquisizione della cittadinanza. Vincolati dal sistema americano, i rifugiati si piegano a una «rete di uffici, di welfare, scuole di formazione professionale, ospedali e luoghi di lavoro»¹². Ma contemporaneamente essi si reinventano, piegando le norme per adattare alla propria cultura e immaginando, così, pratiche di vita inedite, proprio a partire dai vincoli e dagli obblighi pensati dal sistema di accoglienza. In altri termini, i rifugiati cambogiani costituiscono la propria identità non a partire da una resistenza frontale al potere normativo, ma attraverso un ripensamento costante di pratiche di vita, che avviene proprio a partire dall'esigenza di rispettare la norma, dunque tramite un utilizzo della stessa al contempo letterale e creativo. In questo, come in molti altri casi insomma, la disciplinarietà dell'ordinamento viene al contempo riconosciuta, adottata e piegata alle esigenze specifiche della comunità di riferimento.

Tale dinamica tuttavia è anche alla base di complessi dispositivi di sfruttamento e assoggettamento, che scomponendo l'universalità formale del moderno soggetto-cittadino, popolano la frammentata scena globale di soggettività sempre più eterogenee. La reticolarità del potere contemporaneo mostra, in questi casi, tutta la propria sperequazione e l'immanenza della rete rivela il peso schiacciante della pluralità dei livelli sui quali si distribuisce. È ancora Ong a descrivere tutto questo in maniera particolarmente efficace, partendo dall'accurata analisi antropologica delle economie del Sud Est asiatico¹³.

¹¹ A. Ong, *Da rifugiati a cittadini. Pratiche di governo nella nuova America*, tr. it. a cura di D. Borca, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2005.

¹² Ivi, p. 29.

¹³ A. Ong, *Neoliberalismo come eccezione. Cittadinanza e sovranità in mutazione*, tr. it. a cura di M. Spanò, Volo Publishing, Firenze-Lucca, 2013.

Centrale nel discorso dell'autrice è proprio il concetto di eccezione, con cui Carl Schmitt fondava, sull'onda di Hobbes, il nucleo politico della sovranità moderna¹⁴. Ma se nella lettura schmittiana l'eccezione veniva posta come momento puntuale e fondativo – e dunque colta nella sua liminalità rispetto all'ordine politico-giuridico – nel discorso Ong, essa diventa un elemento molto più diffuso e costante. Immanente all'impianto della *governance* contemporanea, l'eccezione viene colta nel suo aspetto eminentemente produttivo, in quanto dispositivo politico (e giuridico) capace di articolare assieme poteri governamentali e violenza sovrana.

Tale dispositivo agisce in entrambe le direzioni, tanto incrementale quanto repressiva, tanto includente quanto escludente. In quanto *neoliberalismo come eccezione*, esso fa riferimento all'applicazione di calcoli economici nella gestione di popolazioni e spazi sociali. In questo modo, sospendendo le pratiche democratiche, l'eccezione neoliberale legittima scelte politiche in virtù di esigenze sottratte al discorso politico. Viceversa, *eccezioni al neoliberalismo* possono essere invocate per «escludere alcune popolazioni e alcuni spazi dai calcoli e dalle scelte neoliberali»¹⁵.

Eppure questi spazi e *status* eccezionali – rispetto al calcolo liberogeno della governamentalità neoliberale – restano pur sempre funzionalizzati alla sua logica: esistono per il mercato, ma al di fuori del mercato. 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. Agendo all'interno e attraverso i confini nazionali, l'eccezione neoliberale disarticola la cittadinanza, dividendone le componenti per riarticolarne le appartenenze. Pur non scomparendo sulla carta, lo *status* di cittadino ne risulta frammentato in soggettivazioni provvisorie e divergenti.

L'intersezione di queste due dinamiche dà vita a ciò che Ong chiama “sovranità per intersezione”: un quadro in cui imprese, governi e ONG contribuiscono alla produzione di spazi e regimi di appartenenza dalle funzionalità specifiche. 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.

¹⁴ C. Schmitt, *Teologia politica*, in C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, tr. it. a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972.

¹⁵ Ong, *Neoliberalismo*, cit. 32.

L'esistenza di tali strutture organizzative a formalità variabile, nonché delle innumerevoli forme di esistenza che le abitano, si gioca attorno a una costante rielaborazione strategica della norma, da intendersi qui nel suo doppio significato di normatività e di normalizzazione¹⁶.

Da tale quadro sembra emergere un utilizzo fluttuante delle norme, capace di incanalare comportamenti e decisioni nella istituzione di una realtà sociale ed economica a statuto variabile, costantemente soggetta alla rilettura dell'ordine normativo e ai nuovi equilibri raggiunti dagli interessi in gioco. Proprio tale potenza istituyente della norma, e il ruolo onnipresente che nella costruzione della sua realtà artificiale assume la decisione, ci riconduce all'idea di *fictio*.

3.- Strumento della pragmatica del diritto romano, la *fictio* consisteva «nel travestire i fatti, dichiarandoli altri da ciò che realmente sono»¹⁷, traendo da tale travestimento le conseguenze giuridiche connesse alla realtà che si finge¹⁸. Innanzitutto dunque, essa era uno strumento di azione sul piano giuridico. Uno strumento, specifica significativamente Yan Thomas, fondato sulla «certezza del falso»¹⁹. Fingere non significa ingannare, ma istituire consapevolmente un 'come se' giuridico, che bypassando i presupposti fattuali, produce sul piano dell'ordinamento gli effetti voluti. Ciò la distingue dalla presunzione assoluta, come riconosciuto dalla Scolastica²⁰.

In questo senso, la *fictio* sarebbe il punto di emersione del rapporto molto specifico intrattenuto a Roma tra la realtà fattuale e il giuridico, a partire dal quale ai giureconsulti e alla legge era riconosciuto un vero e proprio potere sull'ordine delle cose: quello di «dominare il reale rompendo apertamente con esso»²¹. Ciò sarebbe ancor più evidente in virtù del fatto che tali formule costituivano una scelta consapevole, dettata da una precisa visione dello strumento giuridico: tale scelta «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»²².

¹⁶ Ong, *Neoliberalismo* cit. Per il concetto di "potere individualizzante", cfr. 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, 2001.

¹⁷ Thomas, *Fictio legis* cit. 17.

¹⁸ Id., *Fictio legis* cit. 17.

¹⁹ Id., *Fictio legis* cit. 17.

²⁰ Id., *Fictio Legis* cit. 19.

²¹ Id., *Fictio legis* cit. 23.

²² Id., *Fictio legis* cit. 53.

Molto più che un mezzo “economico” per la formulazione di decreti e provvedimenti, la *fictio*, nella lettura di Thomas, rappresenta il consapevole principio di funzionamento dello *ius*, il quale «si isolò [...] progressivamente, in costruzioni sempre più complesse, scavando sempre più il solco che lo separava dal reale»²³. Tanto più che il diritto romano conosceva diverse alternative²⁴. L’esistenza di questa alternativa sottolinea per contrasto il rilievo modale del formulario finzionale, conferendo al suo utilizzo «valore di scelta»²⁵. Una scelta fatta in ragione di una matura comprensione della natura. È per questo che, nell’efficace espressione di Spanò e Vallerani, la *fictio* può essere considerata come un «ologramma del diritto». Essa, infatti,

«[...] 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»²⁶.

Si può ipotizzare che la «inconfondibile originalità» dello *ius* civile, di cui parla Thomas, è data dalla rara consapevolezza della cultura giuridica romana circa il vero potere delle parole. Se la finzione in quanto consapevolezza del falso 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, ma insieme li sovrasta, in quanto orizzonte più ampio e più duraturo di qualsiasi individuo.

Torniamo ora alla nostra scena: ciò che l’inizio dell’ultimo atto del Mercante di Venezia rivela al lettore contemporaneo, potrebbe essere proprio questa natura finzionale dell’ordine istituzionale. La doppia rappresentazione attorno a cui è

²³ Id. *Fictio legis* cit. 53.

²⁴ 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. Id., *Fictio legis* cit. 56.

²⁵ Id., *Fictio legis* cit. 59.

²⁶ M. Spanò, M Vallerani, *Come se. Le politiche della finzione giuridica*, in Id., *Fictio Legis*, cit., p. 95.

costruita l'azione mette letteralmente in scena la tensione dicotomica che innerva la vita di ogni ordinamento normativo, il dinamismo di interpretazione e creazione, di decisione e norma, che si cela in ogni momento sotto le forme rigide della normatività. Mostrando l'inganno di Porzia nel momento stesso in cui esso avviene, Shakespeare fa emergere la verità che si cela dietro la scena dell'ordine istituzionale, la sua inevitabile politicità e la natura finzionale della forma giuridico-normativa in quanto strumento di creazione, conservazione e rinnovamento del reale-storico. L'inganno, allora, consiste nel mascheramento del conflitto dietro la terzietà dello strumento normativo, nell'oblio del fatto che la norma è in ogni momento un "come se", la cui rilevanza ed efficacia sono affidate al riconoscimento e all'uso non disinteressato dei consociati e che questo riconoscimento, nel rispetto delle forme, non fa che alterarne il contenuto. Agendo "come se" avesse la legittimità, Porzia mostra contemporaneamente tutta la forza dell'apparenza formale e, al contempo, tutta la sua vitalità poetica, che in questo caso ricompone l'ordine perturbato.

Eppure, la disperata e crudele ribellione di Shylock testimonia la frattura sempre presente all'interno dell'irenica rappresentazione della norma e l'onnipresenza del conflitto che attraversa il sociale, aprendolo costantemente fuori di sé.

Abstract

Il regime di governance contemporanea rimette in discussione le categorie giuridico-politiche della modernità, ridisegnando un quadro istituzionale complesso e mutevole, nel quale si intensifica lo scontro politico fra interessi contrapposti. Se il conflitto è ancora espresso e risolto attraverso lo schema organizzativo della norma, il ruolo e la struttura di quest'ultima appaiono profondamente modificati. Riemerge, infatti, il suo carattere performativo e fluttuante, sempre più intrecciato e attraversato da elementi di carattere extra-giuridico. Un'immagine che è ben sintetizzata dal concetto gius-romanistico di *fictio legis*, così come ricostruito da Yan Thomas.

Abstract

The contemporary governance regime calls into question the legal-political categories of modernity, redesigning a complex and changing institutional framework, in which opposing interests intensifies their political clash. If conflict is still expressed and resolved through the organizational scheme of the norm, the role and structure of the

norm itself seems profoundly modified. Its performative and fluctuating nature re-emerges: the norm is increasingly intertwined and crossed by extra-legal elements. This image is well outlined by the roman-law concept of *fictio legis*, as reconstructed by Yan Thomas.