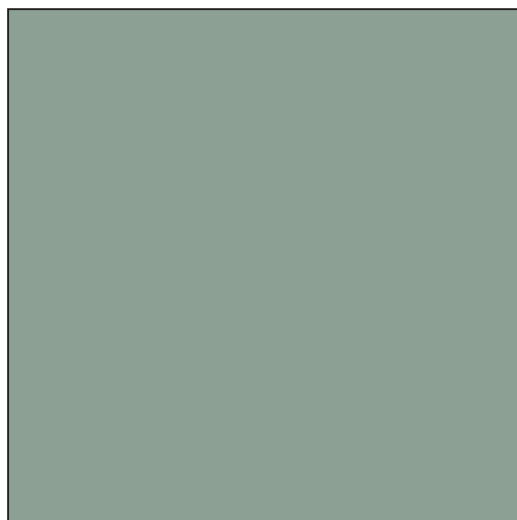


**per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno**

**16**



**PIETRO BARCELLONA**

**I SOGGETTI  
E LE NORME**

UNIVERSITA' DI FIRENZE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



---

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

---

BIBLIOTECA  
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

---

---

VOLUME SEDICESIMO

*Per la storia del pensiero giuridico moderno*

16

---

PIETRO BARCELLONA

# I SOGGETTI E LE NORME



Milano - Giuffrè Editore

[ISBN 88-14-00128-6]

*TUTTE LE COPIE DEVONO ESSERE TIMBRATE DALLA S.I.A.E.*

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

---

(1984) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

La regola serve soltanto a chi può farne senza: ma perde chi di lei si fa forte; ogni regola è un enigma che aiuta a procedere per mezzo di altri enigmi (Armin)

da « Il libro degli amici »  
di Hugo von Hofmannsthal

## CAPITOLO I

### LA CULTURA GIURIDICA AL TORNANTE DEGLI ANNI '80

1. Ipotesi sul decennio: ambiguità della scienza giuridica e crisi della legittimazione. — 2. La legittimazione tradizionale: la ricostruzione del sistema come mediazione fra legalità positiva e *nómos* oggettivo. — 3. L'irruzione dell'idea democratica e la fine del « sovrano » della norma: la risposta kelseniana e il tentativo di costruire un sistema senza « fondamento ». — 4. Dalla catastrofe del nazismo alla rifondazione dello Stato sociale democratico: democrazia sostanziale e politicizzazione del conflitto nel passaggio dallo Stato-norma allo Stato-tutore. — 5. Gli anni '70 e la ricerca di un nuovo fondamento della norma: critica delle categorie giuridiche tradizionali e ricerca storica. — 6. La risposta della scienza giuridica: il giurista interprete della maggioranza legislativa e il principio di effettività. — 7. Le vie delle riforme possibili: a) la scuola dell'economia del benessere; b) la scuola del riformismo progettuale; — 8. c) La scuola del garantismo e il ritorno all'analisi storica. — 9. Il ritorno del tecnicismo e il problema della codificazione. — 10. La concezione del diritto come tecnologia sociale: il luhmanismo giuridico e la scuola della neo-esegesi. — 11. Conclusioni e prospettive.

1. Da tutti i versanti dell'esperienza pratica e della riflessione teorica si assiste in questi anni ad un tentativo di bilancio del decennio che abbiamo attraversato e delle innovazioni che si sono prodotte nel campo sociale, politico e istituzionale.

Anche nella scienza giuridica questa discussione è in corso. Gli interrogativi che si pongono sono tanti. È stata una stagione feconda? Si sono prodotte vere innovazioni di merito e di prospettiva? O è stata, invece, una specie di ubriacatura collettiva di impronta essenzialmente ideologica? Bisogna fare giustizia sommaria in nome dell'ortodossia e del ritorno ai vecchi modelli, secondo gli indirizzi che recentemente vengono riproposti dalla scuola

della neoesegesi? Oppure occorre decifrare e distinguere ciò che è occasionale, congiunturale e ciò che esprime invece spinte più profonde e più risalenti nel tempo? Certo che da più lati e da più punti di vista viene la sollecitazione al ripensamento. Dal recente convegno sulla cultura delle riviste giuridiche a scritti, seminari, volumi che riconsiderano il tema del rapporto tra diritto e politica, fra diritto e società<sup>(1)</sup>. La tendenza prevalente sembra essere, tuttavia, quella di un ridimensionamento del significato e del valore dell'esperienza che si è venuta consumando nell'arco del decennio appena indicato. La tendenza ad una ripresa netta del tradizionale specialismo giuridico che definisce i compiti del giurista sul terreno della piena padronanza delle tecniche giuridiche e della individuazione degli schemi di composizione dei tradizionali conflitti di interessi: cioè contratto, responsabilità, proprietà e impresa<sup>(2)</sup>.

A mio parere, al di là di quello che può essere in qualche caso un atteggiamento di rivalsa rispetto alla fase precedente, nell'in-

---

(1) Basti ricordare, oltre al recente Convegno promosso da Paolo Grossi sulla *Cultura delle riviste giuridiche*, svoltosi a Firenze e in corso di pubblicazione presso l'Editore Giuffrè nella collana « *Per la storia del pensiero giuridico* », il seminario di Pisa promosso da F. Busnelli su *Legge, Giudice e Politica, Le esperienze italiane e inglesi a confronto*, Giuffrè, Milano, 1983; i convegni sull'*Insegnamento del diritto privato*, promosso da N. Irti presso la LUISS, 11-13 novembre 1983, e sulla *Riforma del diritto delle obbligazioni*, promosso dalla Facoltà giuridica di Roma e svoltosi il 27-28 ottobre 1983; i dibattiti aperti da S. Rodotà sulla *Rivista Critica del diritto privato*, ed. Il Mulino, Bologna, 1983, e da G. Giugni, *Il diritto del lavoro degli anni '80*, in *Il giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1981, con gli interventi apparsi sulla *Rivista giuridica del lavoro*, 1981/82.

Una prima riflessione su questi anni nel quadro di una periodizzazione più ampia è dovuta a R. NICOLÒ, *Esperienza scientifica. Diritto civile*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*. Atti del Convegno tenutosi a Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Giuffrè, Milano, 1982.

(2) V. ad esempio le posizioni di N. IRTI e la ripresa del tecnicismo di cui tratteremo a lungo nel § 9.

Di quest'autore v. *Sul concetto di titolarità (persona fisica e obbligo giuridico)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 501 e ss.; *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979; e i *Dizionari di diritto privato*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1980.

sieme si tratta, anche da parte di coloro che sono stati protagonisti delle vicende e dei dibattiti teorici e metodologici degli anni '70, di una vera e propria opera di rimozione di fronte a fenomeni e vicende che non solo hanno — come sarà facile dimostrare — ben altro spessore e complessità di quanto non appaia a prima vista, ma che denotano a mio avviso sommovimenti e trasformazioni più profonde e risalenti nel tempo nell'arco dell'intero secolo.

Intanto la semplice elencazione dei fenomeni su cui occorrerebbe soffermarsi dimostra una ricchezza e una pluralità di esperienze e di filoni di ricerca che non possono essere liquidate attraverso schematismi, semplificazioni riduttive come quella che tende a risolvere tutto in una improvvisa irruzione dell'ideologia. Basta ricordare: 1) la vicenda dei convegni promossi dai giusprivatisti che (tentano e) di fatto ritematizzano il campo della ricerca e dell'osservazione del giurista giusprivatista (più avanti si cercherà di ragionare sull'itinerario di questi convegni che partono dalla individuazione dell'area degli interessi legati al consumo di massa e giungono a prospettare il problema di un nuovo statuto della persona e dei diritti della persona nella società industriale e post-industriale)<sup>(3)</sup>. 2) Il tentativo di ridefinire gli *strumenti di for-*

---

(3) Mi limito a ricordare: il convegno sulla *Tutela del contraente debole*, svoltosi a Catania il 17-18 maggio 1969, e pubblicato da Giuffrè nel 1970; il convegno su *Programmazione e diritto privato*, svoltosi a Macerata il 22-24 maggio 1970, pubblicato da Giuffrè nel 1971; il convegno sull'*Uso alternativo del diritto*, svoltosi a Catania il 15-17 maggio 1972 e pubblicato da Laterza nel 1973; il convegno su *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, svoltosi a Bari il 18-20 maggio 1973 e pubblicato da Laterza nel 1974.

Significativi anche i temi scelti per alcune prolusioni che rappresentano delle vere e proprie dichiarazioni di intenti e i programmi di ricerca enunciati in alcuni saggi-manifesto: C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto privato*, in *Estudios de Derecho civil en Honor del Prof. CASTAN TOBEÑAS*, II, Navarra, 1968 (che si collega alla prolusione su *l'Autonomie dell'interprete*, in Studi in onore di A. Zingali); S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 36; N. LIPARI, *Il diritto civile fra sociologia e dogmatica*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 297; P. BARCELLONA, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, in *Scritti in memoria di A. Auricchio*, Jovene, Napoli, 1973 (prolusione svolta nel

mazione del giurista attraverso volumetti polemici sulle categorie manualistiche; attraverso la predisposizione di materiali didattici di vario tipo, di antologie critiche, e la stesura di veri e propri contromanuali, tesi essenzialmente alla critica delle categorie, o di nuovi manuali impostati sull'aggiornamento dei tradizionali istituti privatistici specie con riferimento alla Costituzione della Repubblica, la quale assume per la prima volta il rilievo e il rango di norma fondamentale della convivenza civile<sup>(4)</sup>. 3) Il sorgere di riviste improntate, quasi tutte, ad una riformulazione del rapporto tra diritto e politica, attraverso una analisi della prassi giuridica intesa alla riscoperta della *politicizzazione della magistratura* e del ruolo del giurista e degli stessi contenuti normativi, o quanto meno orientate a individuare una *cultura delle riforme*, assumendo come

---

gennaio 1968); G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, p. 347; P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Ann. Univ. Camerino*, 1969; S. COTTA, *Il giurista e la società in trasformazione*, in *Iustitia*, 1966, 4, pp. 279 ss. relazione al Congresso dell'UGCI del 1966 e il volume di D. CORRADINI, *Storicismo e politicità del diritto*, Laterza, Bari, 1974, nel quale sono trasfuse le riflessioni svolte nella prolusione catanese del 1972. Occorre ancora ricordare che nel 1967 era già uscito il volume di F. CORDERO, *Gli osservanti - Fenomenologia delle norme*, Giuffrè, Milano, 1967, che rappresentava il primo grande tentativo di «contaminazione» della scienza giuridica e di analisi critica delle categorie del diritto. Va ricordato, comunque, il ruolo avuto, in questi fermenti, dalle aperture di R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. del dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 248 ss. e M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, pp. 301 ss.

<sup>(4)</sup> V. i volumetti editi da De Donato, Bari, 1972 e 1973, di G. COTTURRI, *Diritto eguale e società di classe* e P. BARCELLONA, *L'educazione del giurista* (con saggi di Hart e Mückenberger relativi all'esperienza tedesca); il manuale collettivo e le antologie critiche curate da N. LIPARI, *Diritto privato: una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, Bari, 1976 e da S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971; le istituzioni di P. RESCIGNO, *Lezioni di diritto privato*, I edizione, Jovene, Napoli, 1973 e il volume intitolato *Diritto privato e processo economico* di P. BARCELLONA, Jovene, Napoli, II, ed. 1977.

A mio avviso, anche *Le istituzioni di diritto privato*, di P. TRIMARCHI, VI ed., Giuffrè, Milano, 1983, si inquadrano in questo contesto, anche se con uno sforzo di equilibrio e di mediazione culturale che va oltre le dimensioni del dibattito.



tema centrale quello della riorganizzazione o nuova regolamentazione dei rapporti tra pubblico e privato<sup>(5)</sup>.

Un'operazione quindi di vasta proporzione e ambizione che non può essere spiegata solo in termini emotivi o di pura adesione ideologica a mode suscitate dal movimento del '68.

Intanto un'annotazione, che acquista subito un significato per certi aspetti paradigmatico per la comprensione della vicenda e dei suoi nessi con l'intero dibattito giuridico che si svolge dai primi del 900. La notazione riguarda *il tema della discussione*, che non è più quello tradizionale del dibattito sull'interpretazione e che non si esaurisce più nel *confronto tra coloro che sostengono la chiusura del sistema*, e quindi la deduzione tutta per linee interne dei canoni ermeneutici, e *coloro che, invece, sostengono la legittimità del ricorso alla tipologia sociale o ai dati extragiuridici ricavabili dall'analisi della realtà sociale*. In verità, il dibattito investe direttamente — almeno così mi pare — la *teoria delle fonti*, il tema stesso della *norma*, la nozione di norma e di normatività. L'oggetto della ricerca è, cioè, non tanto la tecnica di determinazione dei contenuti dei testi di legge e dei riferimenti possibili a dati extratestuali, ma la stessa idea di diritto, il *quid ius* che la cultura giuridica degli anni '70 intende porre a base della propria riflessione. Questo fenomeno è particolarmente evidente in alcuni casi, che possiamo considerare limite: anzitutto, nella teorizzazione e nell'*elaborazione di Magistratura Democratica*, laddove viene prospettata esplicitamente la funzione del *giudice di rappresentante* e garante degli interessi esclusi, degli *interessi deboli*, della parte della società che subisce in qualche modo processi di emarginazione<sup>(6)</sup>.

Al di là della tecnica argomentativa, che per sostenere la soluzione di un singolo caso giudiziario tenderà comunque a fondarsi su un dato normativo, l'aspetto che di questa riflessione

---

(5) Basti ricordare, fra le altre, *Politica del diritto*, diretta da S. Rodotà e alla quale, nella fase iniziale, fanno capo G. Giugni, G. Amato, S. Cassese, L. Cafagna e la nuova serie di *Democrazia e diritto* diretta da Luigi Berlinguer.

(6) V. gli Atti del Congresso di Rimini, *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1978 e in particolare la relazione di M. Ramat e G. Palombarini.

colpisce è *il riferimento esplicito al tema della rappresentanza sociale* che sembra denunciare una sorta di scarto tra la *rappresentanza politica* (che si esprime nella produzione legislativa e nella sede elettivamente deputata all'esercizio della funzione legislativa) e la *rappresentanza sociale* che si assume fondativa di un intervento sul tessuto normativo, inteso a promuovere risultati di giustizia nei confronti di fasce della società che subiscono profonde diseguaglianze o che vivono ai margini dei grandi poteri o delle grandi organizzazioni di interessi. Anzi — e questo aspetto va sottolineato — se si affronta la riflessione sulla esperienza di Magistratura Democratica, specie sotto l'aspetto del *problema della supplenza*, che per tanto tempo ha affaticato studiosi di vario tipo, ci si accorge che la vera novità delle posizioni di Magistratura Democratica non riguarda affatto il tema dell'interpretazione della legge (e analizzando i modelli di ragionamento ci si accorge agevolmente che essi utilizzano gli schemi tradizionali dell'interpretazione sistematica, e che, in definitiva, attraverso una determinata ricostruzione del sistema, tendono a privilegiare una norma, un principio giuridico rispetto ad altri).

La novità vera è, invece, a mio avviso rappresentata da questa pretesa funzione di garanzia e di rappresentanza degli interessi esclusi che tende a mettere in primo piano il tema del *fondamento del potere normativo*; non a caso negli anni successivi la discussione sul sistema politico tenderà poi a porre al centro dell'attenzione in generale il tema della rappresentanza sotto l'aspetto non solo della capacità del sistema di dare espressione a tutti gli interessi, ma della legittimazione della maggioranza parlamentare a produrre vincoli generali attraverso leggi che riguardano l'intera collettività (7).

Ma, oltre il caso di Magistratura Democratica, anche in altri campi ed in altri settori si produce una riflessione che sempre più mette l'accento sull'*aspetto della formazione della norma*, sull'aspetto della produzione del precetto giuridico.

Penso ad esempio al campo del *diritto del lavoro*; sono infatti di quegli anni i primi studi sulla *formazione extra legislativa del*

---

(7) Sulla crisi di rappresentanza e di legittimazione v. fra gli altri, G. PASQUINO, *Crisi dei partiti e governabilità*, Il Mulino, Bologna, 1980.

*diritto del lavoro* e la diffusa consapevolezza che l'attività, non solo delle parti sociali, ma anche dei giuristi che operano nel campo del diritto del lavoro, svolge principalmente un ruolo di normazione.

Penso alle riflessioni di Tarello su questa esperienza e alla novità (anzi al carattere inizialmente scandaloso) che assume l'affermazione di una *formazione non legislativa di norme* giuridiche<sup>(8)</sup>. Ma più in generale colpisce la consapevolezza che è in discussione lo stesso concetto di norma, lo stesso sistema delle fonti, come si può ricavare anche dall'ampia ricerca che viene condotta, specialmente da alcuni pubblicisti, (penso in particolare alle ricerche di Predieri) sulla formazione della stessa legge prodotta dal Parlamento e sul *carattere sempre più aperto della legislazione*, sia nella fase del procedimento di formazione del comando giuridico, sia nella fase che attiene alla sua applicazione. Penso al fenomeno delle leggi contrattate, al fenomeno delle leggi a integrazione differita, alla penetrazione sempre più esplicita di altri soggetti che concorrono alla determinazione dei precetti normativi<sup>(9)</sup>.

Infine — quarto punto — *la riflessione sul ruolo del giurista*, specialmente quando tocca il problema di nuove tecniche legislative (penso, per esempio, alle proposte di legislazione per principi, alla discussione sulle *clausole generali*), tende sempre più ad evidenziare che la questione riguarda direttamente il modo di produzione della norma, il sistema delle fonti. In modo particolare si viene sempre più diffondendo la consapevolezza della impossibilità di assumere come un dato indiscusso la corrispondenza tra norma e legge formale (testo normativo prodotto dal potere legislativo).

Tutta la discussione che si viene sviluppando sulla collocazione del giurista nella società moderna, sul ruolo del *giurista come interprete degli interessi* e come *mediatore tra i valori* che la società

---

<sup>(8)</sup> G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Ed. Comunità, Milano, 1967; il volume collettivo a cura di G. TARELLO, *Dottrine giuridiche e ideologie sindacali*, Il Mulino, Bologna, 1973.

<sup>(9)</sup> Mi permetto rinviare al mio saggio su *Legislazione e Stato sociale*, di imminente pubblicazione negli *Scritti in memoria di F. Colonna*, e al III cap. di questo volume.

viene esprimendo nelle sue dinamiche, e *le soluzioni vincolanti* che vengono adottate dal potere legislativo, tende in definitiva a riconquistare all'area della ricerca giuridica il tema delle fonti del diritto e della stessa nozione di norma. È evidente, infatti, che quando si parla di *clausole generali*, di legislazione per principi, di giudice interprete degli interessi esclusi, di *rinnovamento del rapporto tra legge e società*, il problema affrontato va oltre la tradizionale tematica dell'interpretazione della legge (e della possibilità di far ricorso o meno a canoni ermeneutici extra testuali); in realtà, la questione posta al centro del dibattito è quella della *funzione legittimante della scienza giuridica* <sup>(10)</sup>. Della *funzione*, cioè, che tradi-

---

<sup>(10)</sup> S. Cassese nella risposta al questionario di Paolo Grossi, scrive, ad esempio, con estrema franchezza ed efficacia « Pur senza impegnarsi in un'analisi d'insieme sulle tendenze recenti della riflessione giuridica, si può dire che, circa un decennio fa, sembrava *chiudersi un'epoca* contraddistinta, come era stato notato, che un eccesso di produzione di macchine utensili. Durante l'età che sembrava chiudersi erano prevalenti le convinzioni: a) che la scienza giuridica fosse un corpo disciplinare a sé stante; b) che essa dovesse operare con nozioni o concetti di cui si ammetteva, nello stesso tempo, che — come il barone di Münchhausen nello stagno — erano fondati nella storia e ne erano contemporaneamente fuori; c) che essa avesse forza espansiva e potesse misurarsi con qualsiasi oggetto.

Si può dire, riassumendo ed ordinando le critiche verso gli orientamenti precedenti, che, sul finire degli anni sessanta, si addebitava alla tradizione giuridica di essersi impigliata nelle sue stesse regole. Avendo cercato un « superordine », aveva finito per dare una funzione normativa o prescrittiva al proprio modello cognitivo per cui, come nella logica cartesiana « la buona prova fornita dall'insieme di regole per la soluzione di una regione di problemi, si imponeva come criterio di legittimazione di tutte le altre ». La tradizione — si diceva — ci ha lasciato uno stile monista, dove « il sapere è come un edificio che cresce su basi irrevocabili, grazie all'applicazione iterata di un fascio di regole ».

Un esempio significativo di questa metodologia che finisce con il far riferimento a un fondamento di diritto naturale della costruzione concettuale di giuristi è il saggio di J. ESSER, *Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dommatico*, apparso su la « *La nuova rivista di diritto commerciale, Diritto dell'economia, Diritto sociale* », 1952, pp. 54 ss. Su questi temi v., fra gli altri, le suggestive pagine di R. WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, Fisher, Frankfurt, 1968, trad. italiana intitolata, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Laterza, Bari, 1975 e l'ampio lavoro di R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione*, De Donato, Bari, 1979 (ivi ampia analisi e bibliografia sul tema). Sulla funzione legit-

zionalmente, e in modo più o meno consapevole, la scienza giuridica ha svolto, attraverso le proprie concettualizzazioni e attraverso le proprie operazioni sulle norme, *di legittimare l'intero ordinamento giuridico* e di giustificare nel rapporto con l'intero ordinamento giuridico l'inserimento delle innovazioni legislative. Ritorna, insomma, in primo piano e costituisce espressamente oggetto della riflessione l'antica ambiguità che ha sempre caratterizzato il ruolo del giurista, a partire dall'esperienza del diritto moderno.

In che senso ambiguità? Nel senso appunto che il giurista da un lato, si è posto nella società e nell'equilibrio dei poteri istituzionali come il *custode della legalità* positiva, della positività del diritto, e quindi come *portatore di una conoscenza tecnica* in grado di garantire che la soluzione dei singoli problemi (del singolo caso giudiziario) avvenisse sempre sulla base del procedimento di susunzione del fatto concreto nella norma giuridica posta. E tuttavia, ecco l'ambiguità, anche *garante della legittimazione dell'intero ordinamento*, della *rispondenza* delle norme e dei singoli precetti *alla razionalità giuridica* <sup>(11)</sup>. *Scienziato del diritto* in quanto portatore di una conoscenza capace di mediare la positività della norma e la razionalità giuridica intrinseca, immanente alla stessa struttura logica della nozione di norma. L'ambiguità del giurista è la stessa ambiguità del rapporto fra positività e legittimità che attraversa tutta la storia del pensiero giuridico moderno e che è alla base della tradizionale distinzione, nell'ambito della ricerca giuridica, tra coloro che si occupano del problema della giustizia (che cosa è diritto), e coloro che si occupano dell'applicazione, della comprensione delle norme poste dal legislatore <sup>(12)</sup>.

---

timante del *sistema* nella scienza giuridica v. M. FIORAVANTI, *La scienza giuridica: il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato*, in *Il pensiero politico, Rivista di storia delle idee politiche e sociali*, XV, 1, p. 92 ss.; ID., *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, nella collana *Per la storia del pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 11 ss.

<sup>(11)</sup> Sull'ambiguità della scienza giuridica tradizionale sono sempre attuali le pagine di U. CERRONI, *Metodologia e scienza sociale*, Milella, Lecce, 1968, pp. 97 ss. (ivi ampia bibliografia).

<sup>(12)</sup> Sulle origini storico-politiche del modello dell'Università e delle partizioni disciplinari della facoltà giuridica v. R. WIETHÖLTER, *op. cit.*, pp. 37 ss.

Ambiguità che in qualche misura si può fare risalire alla distinzione tracciata da Kant tra la *dottrina pura del diritto* che si occupa di ricostruire il *sistema giuridico fondato dalla « ragione »* (e che si può in qualche modo chiamare metafisica del diritto) e la *scienza positiva* o attività interpretativa che si occupa invece di stabilire ciò che le leggi prescrivono e il modo in cui queste prescrizioni possono essere tradotte in provvedimenti giudiziari.

Giova qui ricordare, appunto, che l'ideologia kantiana proclamava la sterilità assiologica della scienza positiva del diritto, ma allo stesso tempo la condannava all'empirismo cieco: diceva appunto Kant che la dottrina del diritto puramente empirica è come la testa di legno nelle favole di Fedro, una testa bella ma senza cervello, e tuttavia negava che una dottrina pura del diritto derivata dalla « ragione » potesse svolgere un ruolo immediatamente prescrittivo. Da qui la scissione che poi trova ancora sistemazione nell'assetto delle facoltà giuridiche nella distinzione tra filosofia del diritto e teoria generale del diritto, dommatica, interpretazione<sup>(13)</sup>.

Questa ambivalenza è stata anzi comunemente vissuta senza lacerazioni dal *giurista* che si è spesso acriticamente adattato al compito di essere un *tecnico*, un operatore addetto all'applicazione delle norme e quindi all'attuazione dell'ordinamento; e ha tuttavia, in pari tempo, rivendicato il ruolo di *scienziato* produttore di conoscenze e di concettualizzazioni che per la loro stessa natura hanno svolto sempre un ruolo integrativo dei contenuti normativi. Senza entrare qui nel merito della discussione sulla scientificità delle teorie giuridiche, del metodo giuridico, non c'è dubbio che il *giurista scienziato* e il *giurista tecnico* hanno svolto spesso contemporaneamente, nella stessa ricerca, nella stessa attività scientifica, il doppio ruolo di analisti esegeti delle prescrizioni poste dai testi di legge e di legittimatori della normatività del sistema, strumenti di raccordo tra il diritto posto e la razionalità giuridica<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> V. sulla tripartizione della ricerca (logica, storica, deontologica) ancora U. CERRONI, *op. cit.*, p. 136 ss. Mi permetto ancora di rinviare al mio *Diritto privato e processo economico*, pp. 339 ss.

<sup>(14)</sup> Interessanti al riguardo le riflessioni di A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1979 (ivi bibliografia).

2. Ho voluto fare questo richiamo a questa ambiguità perché il mio assunto è che negli anni '70 si determina una tensione nuova, si produce una sorta di strappo dentro lo stesso ruolo del giurista nel senso che raggiunge il massimo livello di consapevolezza critica l'impossibilità di restare fermi a questa prassi senza interrogarsi sulle basi costitutive del proprio sapere e del proprio operare. Il mio assunto è cioè che intorno agli anni '70 si consuma sia la crisi della forma tradizionale della legittimazione (dell'ordinamento giuridico attraverso la scienza giuridica e della corrispondente funzione dello scienziato giurista) come espressione di questa peculiare forma di legittimazione, e si consuma anche *la crisi delle risposte* che intorno agli anni '20-30 erano state date dal kelsenismo e dal neo-positivismo logico al problema del rapporto tra legalità positiva e legittimazione. Qualche ulteriore passaggio analitico può rendere più chiaro il senso di questa affermazione.

*La legittimazione tradizionale* — o meglio quella che conviene chiamare legittimazione tradizionale — consiste sostanzialmente in un rapporto immanente, mai messo in discussione, in una implicazione, possiamo dire scontata, tra il *sistema giuridico* quale risulta dall'insieme delle norme poste nell'ordinamento positivo e l'*idea di giustizia* e di *razionalità giuridica*. In questa tradizionale implicazione, che possiamo considerare costitutiva della cultura giuridica del primo '900, si è risolto il rapporto dialettico tra *ratio* e *voluntas* che ha rappresentato nella storia del pensiero giuridico la polarità di ogni linea argomentativa<sup>(15)</sup>.

Qui si può sottolineare che nella concezione tradizionale del giurista, nell'idea del sistema, come si era venuto sviluppando nella tradizione pandettistica e in quella successiva, era implicito il rapporto con la *ratio*, intesa come espressione del *nómos* oggettivo, e il tessuto normativo costituito dalle singole norme poste dal legislatore positivo<sup>(16)</sup>. La *funzione legittimante* della scienza giuri-

(15) V., ad esempio, R. WIETHÖLTER, *op. cit.*, p. 43 ss. e da ultimo, sul problema della *ratio*, il recente saggio di F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 72, 76. Su questa polarità v. in generale W. CESARINI SFORZA, voce *Diritto (principio)*, in *Enc. del dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 630.

(16) Sulla nozione di *Nomos* v. fra gli altri, W. CESARINI SFORZA, voce *Diritto*, cit., pp. 634 ss.

dica si esercitava attraverso la *ricostruzione del sistema*, giacché la struttura logica del sistema era allo stesso tempo lo strumento attraverso il quale veniva realizzato il coordinamento tra i diversi principi normativi espressi nelle varie norme, nei singoli istituti, e lo strumento di verifica della compatibilità sostanziale tra le norme positive e la razionalità giuridica (e i principi metapositivi della razionalità giuridica).

E, tuttavia, bisogna dire che la peculiarità di questa forma di legittimazione che veniva svolta dalla scienza giuridica attraverso la ricostruzione del sistema, consentiva di non fare esplodere le contraddizioni tra la *voluntas* del legislatore consacrata nel testo di legge, e la *ratio* espressiva del *nómos* oggettivo, giacché la metapositività dei principi generali (spesso presentati come principi generali della logica giuridica) veniva assunta come una forma di inerenza logica alla stessa struttura del sistema giuridico, pensato come un sistema privo di contraddizioni, di aporie, e di lacune e sempre riconducibile ad unità<sup>(17)</sup>. *La struttura logica del sistema*

« Le regole non scritte, e cioè i νόμοι in vigore, erano validi nella città, perché tutti radicati nel Νόμος; nella Regola e Misura del mondo, nella Legge universale personificata da Dike, la divina figlia di Zeus e di Temi. Se tale ordine fosse stato turbato nel mondo naturale o in quello degli uomini da violenze e prepotenze Dike lo avrebbe ristabilito: se il sole fosse uscito dal suo corso, dice un altro frammento eracleiteo (fr. 94), le Erinni, ministre di Dike, avrebbero saputo riportarvelo.

La fondamentale unità di *Nomos* e *physis* fu messa in discussione dai sofisti « quando le guerre, i contrasti tra le classi, la decadenza del feudalesimo, le democratizzazioni, lo scetticismo, l'odio, il malcontento avevano preparato il terreno alle « antitesi ». Il cosmo, organizzato dal *logos* divino, il *monismo* di « natura » (*physis*) e « legge » (*nomos*) vengono sostituiti dal *dualismo* 'giusnaturalistico' tra diritto-*physis* e diritto-*nomos*. Così è stato creato il dualismo-cornice, di cui da allora si sono serviti, in vario modo, tutti i diritti naturali: ad esempio come dualismo tra diritto divino e profano, ideale e reale, razionale ed effettivo, filosofico e politico, naturale e storico, etc. » (R. Wiethölter). Ma dopo la parentesi sofistica l'unità fu riformulata da Platone e Aristotele e solo nella nuova fase del pensiero giusnaturalistico venne riproposto il problema della polarità fra natura e leggi positive.

<sup>(17)</sup> Sull'autosufficienza dell'ordinamento giuridico v. fra gli altri D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società ed. Libreria, Milano, 1910; G. BRUNETTI, *Il domma della completezza del-*



diventava insomma garanzia di una metapositività immanente, che proprio per questo non veniva a contrapporsi esplicitamente alla *voluntas* del legislatore.

È opportuno sottolineare che questa peculiare forma di mediazione culturale e questa specifica funzione di legittimazione dell'ordinamento, svolte dalla scienza giuridica del sistema, trovavano poi un riscontro oggettivo nella *struttura logica della norma*. Mi riferisco ai caratteri della generalità e dell'astrattezza che sono stati per lungo tempo pensati come caratteri intrinseci e costitutivi della stessa idea di norma<sup>(18)</sup>; non a caso a questi caratteri si è fatto riferimento per fondare la stessa *teoria dello Stato di diritto*.

Basterebbe qui richiamare tutto ciò che era implicito, e che Neumann ha messo in evidenza nei suoi saggi, in questa nozione di *astrattezza* e di *generalità della norma* come connotazione dello stesso diritto moderno in contrapposizione alla vecchia idea di diritto come privilegio o come statuto delle differenze sociali<sup>(19)</sup>. Il principio che la norma debba essere astratta e generale (principio che si ricava(va) appunto dalla stessa concezione del sistema e dalla stessa identificazione del concetto di norma) significa infatti che nessun potere legislativo può mai imporre prescrizioni o eser-

---

*l'ordinamento giuridico*, in *Scritti giuridici vari*, IV, UTET, Torino, 1925, pp. 161 ss.; S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 371 ss.; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, pp. 131 ss. e, da ultimo, F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico* (dottrina), in *Enc. del dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 717 ss. e R. GUASTINI, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiano del primo novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 511 ss.

<sup>(18)</sup> Sul rapporto fra eguaglianza e diritto moderno v. U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, Editori Riuniti, Roma, 1962; Id., *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, in D. e D., XIV, 3, p. 481; Id., introduzione a PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, De Donato, Bari, 1975, p. 21 V. anche le considerazioni svolte sulla Norma eguale e il concetto di Stato di diritto nel mio volume, *Oltre lo Stato sociale*, De Donato, Bari, 1980, p. 46 ss. (ivi altra bibliografia).

<sup>(19)</sup> F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, con introduzione di N. Matteucci, Il Mulino, Bologna, 1973, p. 256 ss. e *passim*. Ancora per questo aspetto P. BARCELONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., pp. 39 ss.

citare il potere coercitivo statale su una parte soltanto della società, escludendo se stesso in quanto legislatore dall'ambito di applicazione della norma. Insomma, il principio che ogni norma deve riferirsi indistintamente a tutti i comportamenti sociali e ad una classe indeterminata di soggetti, appare nella concezione dello Stato di diritto come la base stessa di *legittimazione di un potere normativo che non poteva mai essere esercitato in modo parziale e unilaterale*, e quindi a vantaggio di una parte della società e a svantaggio di un'altra parte.

La struttura logica della norma, i suoi caratteri costitutivi, quelli che apparivano i connotati della stessa idea di diritto, erano perciò in perfetta sintonia con una concezione del sistema giuridico privo di contraddizioni, di aporie e di lacune e di una scienza giuridica che aveva il compito di tradurre i singoli precetti posti dal legislatore in un sistema logico coerente e autosufficiente. La funzione di *legittimazione dell'ordinamento* posto, attraverso l'implicazione dell'idea di razionalità, si presentava quindi come un dato indiscusso e le operazioni della dommatica giuridica si qualificavano come sviluppo interno dello stesso sistema, come una crescita puramente endogena garantita dalla coerenza dei principi <sup>(20)</sup>.

In questa forma di legittimazione che veniva esercitata dalla scienza giuridica, si realizzava la conciliazione di *ratio* e *voluntas* sulla base di un implicito riferimento al *nómos* oggettivo, espressione di un ordine razionale, della normatività diffusa nell'organismo sociale. Il riferimento alla natura delle cose, ai principi razionali del diritto, all'ordine immanente della normatività oggettivamente funzionante all'interno dell'organismo sociale, traduceva in un linguaggio più adeguato agli sviluppi teorici della scienza giuridica l'antico riferimento al *soggetto sapiente* depositario dell'ordine del mondo, della natura, dei rapporti umani. Il *soggetto sapiente* indubbiamente si è laicizzato rispetto al tradizionale soggetto provvidenziale, ma la razionalità giuridica, il riferimento alla « ragione », all'ordine razionale, la stessa configurazione dell'uomo come astratto punto di riferimento di diritti, ma anche come espres-

---

<sup>(20)</sup> Sull'interpretazione come sviluppo logico della norma v. G. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971.

sione di prerogative e di poteri inerenti alla sua stessa natura, continuavano la tradizione della normatività intesa in ultima istanza come espressione del *nomos oggettivo* (21).

Il soggetto sapiente — colui che aveva depositato nell'organizzazione sociale i principi della convivenza razionale e della razionalità giuridica — non è più un'entità extra mundana, ma continua in tutti i sensi ad essere espressione di una fondazione soggettiva, di una *soggettività* « sovrana » capace di fondare un ordine oggettivo (22).

3. Mi sono così a lungo intrattenuto su questo ragionamento relativo alle forme di legittimazione, alla funzione della scienza giuridica, e al peculiare modo di comporre *ratio* e *voluntas* nella cultura giuridica del sistema, perché a me pare che la crisi della scienza giuridica comincia nel momento in cui questo tipo di conciliazione non appare più possibile, quando risulta evidente che nessuna garanzia di razionalità oggettiva fondata sulla soggettività ge-

---

(21) In ARISTOTELE, *Politica*, IV, trad. it., Torino, 1953, p. 174 la *πολιτεία* è contrapposta a *πόλις* e viene intesa come ordine complessivo dei νόμοι, come ordine naturale al quale si debbono adeguare le leggi. J.J. ROUSSEAU, *Contratto sociale*, IV, cap. VI-VII, parla del *législateur* come di un uomo saggio e di nobili sentimenti che mette in moto la macchina dello Stato, una figura « straordinaria » che precede la costituzione e la legge. Come osserva C. SCHMITT, *La dittatura, Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Bari, 1975, pp. 138 ss. e *passim*, si tratta di una figura singolare, giacché il legislatore di Rousseau (che del resto qui esprime le idee del XVII sec.) progetta la legge, ma ne affida la sanzione formale alla libera votazione del popolo. Sul tema del rapporto fra potere costituente, soggettività e sovranità v. comunque C. SCHMITT, *op. cit.*, pp. 141 ss. e per un'interessante ricostruzione della *Verfassungsdebatte* weimariana (specie sul rapporto fra decisione e democrazia), l'introduzione di A. BOLAFFI, al volume dei Saggi di KIRCHHEIMER, intitolato *Costituzione senza sovrano, Saggi di teoria politica e costituzionale*, De Donato, Bari, 1982.

Sui problemi del fondamento della Costituzione v. anche C. MORTATI, voce *Costituzione, dottrina generale*, in *Enc. del dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 143 ss. (ivi ampia bibliografia).

(22) V. oltre agli AA. citt. nella nota precedente il recente saggio di U. POMARICI, *Figure della sovranità nel dibattito sulla costituzione weimariana*, in *Il Centauro, Riv. di filosofia e teoria politica*, n. 8, pp. 106 ss.

nerale, sull'uomo in astratto, sul soggetto sapiente-sovrano, può essere più affermata di fronte ai grandi processi di trasformazione che accompagnano il declino dello Stato di diritto liberale.

Lo Stato di diritto appare impotente a governare i grandi processi di trasformazione dell'*epoca post-liberale*. L'impersonalità della legge, astratta e generale, che aveva consentito di mettere tra parentesi e di occultare il *problema del sovrano della norma*, di colui che è titolare della decisione, è smentita (l'impersonalità della norma) dalla richiesta continua, pressante di legislazioni particolari e speciali, che rispondono alla tutela degli *interessi dei gruppi* e delle *classi* che si vengono organizzando e dall'esigenza di governare in via *normale* anche le *situazioni eccezionali* che si presentano sempre più frequentemente.

Si apre l'epoca delle costituzioni, fino alla grande Costituzione di Weimar. Il problema del sovrano viene riaffrontato in tutta la sua complessità e viene risolto attraverso il *principio democratico: l'irruzione dell'idea democratica nel sistema delle fonti*. Ma è proprio su questo terreno che, a mano a mano che si sviluppa la teoria democratica dello Stato e del diritto, si determina la *rottura definitiva fra legalità positiva e razionalità giuridica oggettiva*, consegnata nell'ordine naturale delle cose e nell'idea stessa della soggettività universale. L'epoca delle Costituzioni segna non solo la fine del modello del borghese colto, l'inizio di una fase di mobilitazione universale in cui viene demolita la stessa possibilità di fondare una soggettività permanente, ma segna anche la fine del giurista (tra virgolette) tradizionale che aveva introiettato attraverso il modello del borghese colto anche l'idea di una indiscutibile corrispondenza tra volontà della legge posta e razionalità universale attraverso la generalità e l'astrattezza della norma giuridica<sup>(23)</sup>. L'irruzione del principio democratico, la scomparsa di ogni sovrano titolare della decisione mette il giurista direttamente di fronte al *problema della voluntas*, dell'arbitrio del legislatore come volontà. Il giurista che tradizionalmente aveva svolto il ruolo di interprete del *nómos* oggettivo si trova di fronte alla dura realtà della *norma* come pura *decisione vincolante*. Dalla sua scienza non può ricavare nessun criterio di legittimazione sostanziale. Il giu-

(23) V. fra gli altri R. WIETHÖLTER, *op. cit.*, pp. 37 ss. e *passim*.

rista è senza *nómos* e il diritto senza soggetto. La teoria democratica delle fonti cancella il riferimento implicito che la scienza giuridica tradizionale aveva potuto rivolgere al soggetto sapiente, all'uomo in astratto della vecchia utopia illuministica, della vecchia cultura liberale (24).

Per realizzare l'*eguaglianza sostanziale*, per realizzare l'effettiva parità, per sconfiggere i privilegi di classe che si erano mantenuti dentro lo schema dell'eguaglianza formale, è necessario giungere fino alla negazione del soggetto in senso forte, del soggetto capace di governare attraverso la propria razionalità universale (25). I soggetti per essere eguali devono ridursi a contingenza, a puro fatto su cui si esercita la decisione vincolante del potere democratico insediato nell'assemblea legislativa. Eppure la *scomparsa del soggetto*, della razionalità universale, nelle forme che pure avevano garantito il perpetuarsi di una supremazia di classe, pone in modo drammatico e nuovo il problema della *forma attraverso cui si esprime la decisione vincolante*.

Il principio democratico rende (possiamo dire) ogni decisione infondata, nel senso di prova di un fondamento che possa in qualche modo appellarsi ad un ordine naturale, ad una natura delle cose, ad una ragione universale. Tutti possono decidere su tutto

---

(24) Sulla democrazia e l'assenza di vincoli v. H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci e con presentazione di P. Petta, Giuffrè, Milano, 1982, p. 8 ss. e *passim*. Sui processi di democratizzazione e l'organizzazione politica delle masse e sul rapporto fra democrazia e partiti v. W. Abendroth, *Socialismo e marxismo da Weimar alla Germania federale*, con introduzione di G. Marramao, La Nuova Italia, Firenze, 1978, pp. 31 ss.

Sul rapporto fra democrazia-burocrazia e processi decisionali v. il commento di M. Cacciari al volumetto di M. Weber, *Sul socialismo reale*, con interventi di M. Cacciari e G. Bedeschi, Savelli, Roma, 1979, pp. 102 ss. Sulla crisi della ragione liberale v. anche, M. Montanari, *Crisi della ragione liberale, studi di teoria politica*, Lacaita, Bari-Roma, 1983, pp. 81 ss. e *passim* (ivi bibliografia).

(25) Sulla scomparsa del « soggetto » nell'epoca moderna v. l'introduzione di G. Vattimo a *Cosa significa pensare?* di M. Heidegger e il primo numero del *Centauro*, su *Soggetti e forme*, gennaio-aprile 1981, n. 1. V. anche G. Gozzi, *Linguaggio Stato Lavoro*, La nuova Italia, Firenze 1980, pp. 40 ss. e *passim*; N. Vegetti, *Potenza dell'astrazione e sapere dei soggetti*, in *Aut aut*, 175-6 1980, p. 5. Dal punto di vista giuridico la scomparsa del soggetto è teorizzata da N. Irti, *Sul concetto di titolarità*, cit., pp. 501 ss.

e tutto può essere revocato e trasformato. E proprio questo rende smisurato — senza misura — il potere della decisione; e rende senza confini l'ambito su cui può essere esercitato il potere della maggioranza che si forma nell'assemblea legislativa<sup>(26)</sup>. Su tutto si può prendere decisione, e proprio per questo la decisione è senza limite — almeno potenzialmente —. Qui si ritrovano i giuristi; anche la scienza giuridica è senza fondamento. La stessa difesa della democrazia che viene avvertita come compito fondamentale, appare difficile senza porne sotto condizione gli stessi sviluppi, senza creare margini, limiti e persino una *dialettica tra democrazia formale e democrazia vera, sostanziale*.

Su questo piano, in termini del tutto inediti, si viene sviluppando, specie nell'ambito del dibattito costituzionalista, dei costituzionalisti tedeschi, lo sforzo massimo di configurare delle condizioni oltre le quali lo stesso potere democratico della maggioranza di una assemblea non può andare<sup>(27)</sup>. Torna la discussione sui diritti naturali fondamentali, la necessità di definire nella stessa Costituzione gli spazi delle possibili modificazioni, i limiti dell'innovazione consentita, l'ambito del conflitto tollerabile. Ma più che su questo piano, la risposta della scienza giuridica, che si scopre priva di fondamento, è quella di imbrigliare in qualche modo l'arbitrio della volontà dentro il *formalismo delle procedure giuridiche*.

Qui si colloca lo sforzo massimo e si spiega in un certo senso il successo che in una prima fase accompagna la grande costruzione di Kelsen<sup>(28)</sup>. Il tentativo di lasciare, attraverso una « purifica-

---

<sup>(26)</sup> Sul modo in cui il « processo di democratizzazione destabilizza potentemente lo statuto di razionalità dell'*auctoritas* statale », v. le suggestive pagine di M. CACCIARI, *Trasformazione dello Stato e progetto politico*, in *Critica marxista*, 5, 1979.

Sul problema del principio maggioritario sono attualissime le osservazioni di E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, Adelphi, Milano, 1976, pp. 81 ss. e *passim*. Sulle implicazioni politico-istituzionali della strategia democratica v. P. INGRAO, *Masse e potere*, Editori Riuniti, Roma, 1977.

<sup>(27)</sup> Sul dibattito dei costituzionalisti tedeschi v. da ultimo l'introduzione di A. BOLAFFI al volume di saggi di KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, loc. cit.

<sup>(28)</sup> In particolare fra i numerosi scritti di H. KELSEN, v. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1974, e l'introduzione di M.G. LOSANO, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Comunità, Milano, 1952;

zione » della teoria del diritto da ogni implicazione metapositiva, da ogni riferimento al soggetto sapiente o alla razionalità universale, (di lasciare) solo « le norme » all'analisi giuridica, svolge o almeno si assegna anche il compito di definire le *procedure attraverso le quali si possono produrre decisioni vincolanti*. La teoria del diritto la scienza del diritto trapassa dalla teoria della giustizia, dalla teoria della razionalità giuridica e della soggettività universale, alla teoria della validità, alla definizione e all'analisi delle *tecniche di validazione* dell'attività attraverso cui si emettono decisioni vincolanti <sup>(29)</sup>.

Il kelsenismo è il primo grande tentativo di fondare una teoria del diritto all'altezza delle trasformazioni introdotte sul piano delle fonti dalla teoria democratica dello Stato. È il primo tentativo di fondare una teoria del diritto senza soggetto e senza fondamento <sup>(30)</sup>. Portando alle estreme conseguenze la concezione kantiana del diritto come forma esteriore della legalità, come esteriorità che prescinde dalla rilevanza dei fini e dei motivi dell'azione, Kelsen costruisce tutta la sua riflessione sul diritto come tecnica di validazione che, in un dato sistema sociale, consente di produrre decisioni vincolanti in un rapporto di derivazione reciproca senza alcun riguardo ai contenuti e agli obiettivi.

Insomma, con Kelsen viene sanzionata definitivamente la rottura tra l'idea di giustizia, il problema della legittimazione e il problema della norma vigente ed efficace, della norma positiva; viene sanzionata definitivamente la rottura tra il *mondo dei valori* e della giustizia metapositiva e il *mondo delle norme* intese come tecnica di organizzazione sociale, e si rende possibile una teoria del diritto senza valori o senza altri valori che non siano quelli consegnati nel formalismo.

---

*Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1977 e l'introduzione di R. TREVES. La letteratura su Kelsen è vastissima; solo ai fini della riflessione che veniamo conducendo in questo saggio mi limito a segnalare i saggi di R. RACINARO, nelle introduzioni a *Kelsen, socialismo e Stato*, De Donato, Bari, 1978, p. VII.

<sup>(29)</sup> KELSEN, *opp. cit.*

<sup>(30)</sup> Nonostante il riferimento alla Grundnorm, la teoria pura del diritto di Kelsen è, in verità, la più rigorosa costruzione di una teoria dell'ordinamento giuridico che prescinde dal soggetto.

Si spiegano così del resto le critiche che Kelsen porta alle implicazioni giusnaturalistiche del positivismo di ispirazione comtiana e di tutti i tentativi, che più o meno nella stessa epoca erano stati portati, di una rifondazione di una teoria della giustizia mediata dall'analisi sociologica dell'organismo sociale e che avevano in qualche misura trovato sbocchi nelle teorie istituzionalistiche e in alcuni filoni del positivismo sociologico<sup>(31)</sup>.

Kelsen pone per la prima volta il giurista di fronte al compito immane di misurarsi col *diritto come volontà*, col problema della decisione vincolante, e proprio per questo ritiene che il compito del giurista sia essenzialmente quello di costruire una teoria rigorosa delle forme di manifestazione *della normatività positiva*, attraverso la costruzione di un sistema giuridico capace di esprimere unicamente i nessi di derivazione formale (potremmo dire in senso molto ampio le procedure) che riconnettono i vari livelli della decisione.

All'impostazione kelseniana si collega sotto questo profilo anche la scuola, che successivamente si svilupperà anche nel campo del diritto, del neopositivismo logico, e che possiamo dire corrisponde a quella che era stata la dommatica tradizionale (il corrispondente della dommatica tradizionale, in una concezione del diritto di tipo kelseniano, è appunto l'analisi del linguaggio del legislatore)<sup>(32)</sup>. In questi termini si può configurare un rapporto

---

<sup>(31)</sup> La letteratura è vastissima. Ci si limita a ricordare: E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976; M. HAURIOU, *Teoria dell'istruzione e della fondazione*, Giuffrè, Milano, 1967; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Sansoni, Firenze, 1945.

L'orientamento istituzionalista e della pluralità degli ordinamenti è stato sviluppato in Italia, con un'originale applicazione al diritto privato, dall'opera di Salvatore Romano e della sua scuola. In questo contesto si colloca anche la ricerca sui diritti reali di F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Morano, Napoli, 1967, p. 28.

<sup>(32)</sup> Sulla scuola dell'analisi del linguaggio non si può che rinviare ai contributi di H.L.A. HART, *Il concetto del diritto*, Einaudi, Torino, 1966 e all'introduzione di M. CATTANEO, *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964.

Sull'argomento si v. inoltre N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, I, pp. 342 ss.; U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Accademia delle



di connessione tra il kelsenismo e il positivismo logico che viene poi sviluppandosi nella cultura giuridica, giacché, a mio avviso, la teoria pura del diritto e l'impianto teorico del normativismo costituiscono la base teorica sulla quale è possibile poi ridefinire il compito dello scienziato giurista come un compito di analisi del linguaggio legislativo<sup>(33)</sup>. Ma più in generale dal kelsenismo sono in qualche modo influenzate tutte le dottrine che tendono a rifondare la razionalità giuridica come *razionalità tecnica* (Ragione strutturale) o come teoria dei valori immanenti nella norma giuridica. Anche quando l'analisi giuridica sembra svilupparsi sul terreno del rapporto fra fatto sociale e fattispecie legale (cioè, fatto qualificato dalla norma come presupposto per la produzione di effetti giuridici) oppure su quello del « valore » del diritto e del diritto come tecnica di valorizzazione, l'impronta del paradigma normativistico è fortemente presente nello stile dell'argomentazione e nel modello concettuale prescelto.

La tecnica argomentativa è, sotto questo aspetto, assai simile al calcolo economico della teoria marginalistica, giacché anche il calcolo giuridico intende non appellarsi più alla psicologia o alla natura generale dell'uomo.

La *ratio* giuridica non trae alcuna legittimazione dall'esterno, e si fonda esclusivamente su determinate convenzioni idonee a risolvere taluni problemi pratici. È, insomma, la teoria weberiana dell'agire strumentale, che sostituisce il giudizio di « conformità

---

Scienze, Torino, 1959; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974.

A F. D'ALESSANDRO, oltre che interessanti considerazioni generali (*Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 18), si devono raffinati tentativi di utilizzazione dell'analisi del linguaggio per la reimpostazione di tradizionali problemi interpretativi: *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1963, p. 241. Lo stesso è da dire di N. IRTI, *Il concetto di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, pp. 501 ss.

<sup>(33)</sup> Sui rapporti tra formalismo kelseniano e neopositivismo logico v. lo stesso H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in *Lineamenti di dottrina pura*, cit., pp. 173 ss. e (anche se per considerazioni particolari) H.L.A. HART, *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 125 ss., 169 ss. e *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1966, pp. 23 ss. e *passim* e *L'Introduzione* di M.A. CATTANEO, p. XIV ss.

alla natura e alla razionalità umana » con il giudizio di adeguatezza fra mezzi e fini.

Esemplare in questa prospettiva è l'applicazione di questo paradigma che la scienza giuridica farà ad uno dei problemi cruciali del diritto: il rapporto fra fatto (autonomia) sociale, fattispecie legale e effetti giuridici. La norma è niente più che un mezzo, una tecnica messa a disposizione dei privati, a certe condizioni (Scognamiglio) <sup>(34)</sup>.

L'influenza del formalismo-normativistico è del resto presente anche nel pensiero di chi ha tentato di riformulare una teoria assiologica del diritto senza confondersi con le impostazioni giusnaturalistiche (la norma come valore reale condizionato), giacché anche in questo caso il riferimento ai valori è assunto nei limiti di un'oggettività conoscibile « almeno nei suoi aspetti formali » (A. Falzea) <sup>(35)</sup>. In una prospettiva, cioè, che riconduce anche lo stesso pensiero di Kelsen (sia pure riconoscendone l'originalità degli sviluppi) al neo-kantismo e alla filosofia tedesca dei valori e al primo Husserl delle *Logische Untersuchungen*: all'idea, cioè, del carattere condizionato dei valori secondo lo schema del ragionamento ipotetico fondato su un giudizio di convenienza fra una data soluzione e un dato problema.

Per la verità, la teoria assiologica del diritto elaborata da A. Falzea si discosta dai presupposti kelseniani in modo più netto di quanto non sia riscontrabile nell'impostazione di ispirazione weberiana.

Specie nella seconda fase — significativamente segnata dal passaggio dagli studi sul soggetto di diritto al tema dell'effetto giuridico — Falzea insiste sulla maggiore vicinanza della teoria del « carattere reale dei valori giuridici » con le scienze empirico-sto-

---

<sup>(34)</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 333. Ma v. anche A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 433 e M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Jovene, Napoli, 1967.

<sup>(35)</sup> A. FALZEA, *Efficacia giuridica* in *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 186 ss. Interessanti spunti anche in D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970.

riche rispetto alle scienze ideali e razionali (logica, geometria, meccanica razionale) e sottolinea come a differenza di Kelsen, che considera il diritto come un valore ideale, formale e relativo, egli intende il valore del diritto come espressivo di un sistema di valori e « interessi derivanti da una vita comune e reso oggettivamente accertabile da una comune esperienza e cultura ». Ma è anche vero che Falzea afferma che il valore del diritto va ben « al di là di ogni volontà arbitraria e di ogni mera soggettività », e l'asserita realtà del valore si risolve nella oggettività (storica) delle forme culturali, nei valori posti all'interno della forma culturale *dentro* cui vive una determinata formazione sociale. In definitiva, cioè, anche in questa teoria si tende a negare ogni possibilità di legittimazione metagiuridica (rispetto al diritto positivo legislativo) della norma positiva, ogni condizionamento esterno; tant'è che secondo Falzea è « vero che la sostanza trascende la forma, dentro e non oltre, però, il limitato raggio delle correzioni e integrazioni logicamente possibili del sistema formale, ossia nell'ambito di tutto ciò che è logicamente necessario per rendere coerente e completo il sistema. Con questa riaffermazione dell'esistenza e dell'importanza di un momento logico indispensabile della metodologia del giurista (logico-sostanziale oltre che logico-formale, e costitutivo oltre che espositivo e ordinatorio) — si ottiene un ragionevole contrappeso al primato della Vita sulla Logica che la *Interessen-Jurisprudenz* proclama e un piano di possibile intesa con una, non meramente classificatoria e scolastica, *Begriffs-Jurisprudenz* ».

4. Su questo terreno non è però necessario andare oltre, perché, al fine che ci interessa, è più significativo sottolineare, da un lato, che il kelsenismo è già un tentativo di risposta alla crisi della tradizionale concezione della scienza giuridica e dall'altro che i *limiti* stessi che il *kelsenismo* assegnava alla scienza giuridica ne avrebbero col prosieguo della vicenda storica, in qualche misura, determinato il declino. Al di là di quelle che possono, infatti, essere le riflessioni sulle contraddizioni interne allo stesso pensiero kelseniano, in particolare il problema non risolto della *Grundnorm*, di questo momento fondativo che in qualche misura fuoriesce dalla pura logica della connessione formale tra norma di grado superiore e norma di grado inferiore e che pone il problema di un prin-

cipio che abbia in qualche misura una giustificazione estrinseca<sup>(36)</sup>, al di là di quelle che possono essere le contraddizioni interne dello stesso pensiero kelseniano; le *ragioni* che ne hanno in qualche misura determinato la *crisi* come forma del pensiero giuridico moderno sono legate allo stesso sviluppo, agli stessi esiti dei processi di trasformazione introdotti dai grandi movimenti e dai grandi avvenimenti storici che accompagnano (la fine dello Stato liberale) la fine dell'*epoca liberale: la rifondazione e lo sviluppo degli Stati democratici moderni non riesce ad essere controllata all'interno dello schema kelseniano.*

In realtà — come avevo accennato all'inizio — la stessa idea democratica come idea della mobilitazione universale permanente, come forma generale di processi di trasformazioni radicali, come assenza di limiti alla decisione vincolante, pone il problema di definire strumenti e istituti che impediscano al conflitto sociale di dilagare senza confini, alla politica di diventare scontro per tutto il potere<sup>(37)</sup>.

Da qui appunto l'idea di porre la stessa *democrazia sotto condizione, sia attraverso l'elaborazione costituzionalistica del compromesso sociale*, inteso come compromesso che definisce gli spazi e gli ambiti delle modificazioni possibili e compatibili (e quindi in

---

<sup>(36)</sup> Per la critica di questo aspetto della teoria di Kelsen si v. C. MORTATI, voce *Costituzione*, in *Enc. del dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 139 ss. ma già prima, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, (anno acc. 1957-58), Roma, 1958, pp. 72 ss. Ma v. anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1976, pp. 325 ss. e di recente G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 33 ss.

<sup>(37)</sup> V. le amare pagine di R. WIETHÖLTER, *op. loc. cit.*: « il mondo del diritto continua a vivere, isolato, una vita di pre-emancipazione in una società di post-emancipazione, riuscendo al massimo ad imporre, non a trasmettere, la sua *Weltanschauung* a un mondo circostante « illuminato », emancipato; esso non ha preso coscienza del passaggio da un'era idealistico-filosofico-borghese-liberale ad un'altra pluralistico-politico-democratico-sociale » e le profetiche riflessioni di E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva*, pubblicato recentemente dal *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, n. 8, 1980, p. 601 e preceduto da un ampio saggio di G.F. RUSCONI.

qualche misura come compromesso che tende a dilazionare nel tempo l'assunzione di decisioni capaci di produrre mutamenti radicali nell'assetto dei poteri sociali), *sia attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali* di rango costituzionale. Tutto ciò mostra la necessità di ricollegare la riflessione sulle *forme* (specialmente sulla forma democratica) al problema degli *interessi* e della giustizia come sostanza della democrazia.

In verità la vicenda storica è andata ben al di là della esile barriera che i costituzionalisti di Weimar avevano tentato di porre trovandosi di fronte al problema della decisione senza limiti<sup>(38)</sup>. Non solo la legalità positiva kelseniana e la teoria del compromesso costituzionale non hanno impedito l'involuzione autoritaria prima, e la degenerazione fascista e nazista poi, in Germania e in Italia. Ma più in generale anche dopo la fine della seconda guerra mondiale il ritorno alla legalità democratica e alle Costituzioni in tutti i paesi che erano stati devastati dal fascismo e dal nazismo, non immunizza il giurista dal confronto con le profonde modificazioni che son intervenute nel rapporto tra Stato, politica e società. Il dato che oramai non è possibile relegare ai margini del ragionamento del giurista, o nell'ambito delle pure eccezioni, è costituito dalla incessante penetrazione dell'intervento legislativo nell'organizzazione di rapporti sociali ed economici e dal sempre più frequente ricorso a leggi speciali o a leggi per l'emergenza.

Insomma, in qualche misura il limite, che sembrava possibile apporre all'ambito della decisione vincolante che può essere assunta dalla maggioranza dell'assemblea legislativa, salta nel momento in cui la politica si estende all'intero arco dei rapporti sociali e viene meno ogni possibilità di configurare ambiti e sfere autonome rispetto al potere di decisione consegnato all'assemblea legislativa. L'estensione della politica, la politicizzazione dei rapporti sociali non solo porta ad una *esplicita politicizzazione del conflitto*, ma introduce profonde modificazioni negli stessi caratteri dell'attività legislativa che sempre più si veniva caratterizzando

---

<sup>(38)</sup> Sulla questione della legislazione speciale e eccezionale v., fra gli altri, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., pp. 41 ss.

come *legislazione speciale*, come legge-provvedimento, come legge settoriale, come legislazione d'emergenza.

*Da un lato*, dunque, lo sviluppo della teoria democratica delle fonti e del potere legislativo pone drammaticamente il problema di una possibile *dittatura della maggioranza* che di fatto viene a trovarsi in una posizione di controllo sul resto della società, attraverso l'esercizio del potere di decidere che viene astrattamente imputato all'intera sovranità popolare; *dall'altro*, la penetrazione della politica nell'organizzazione sociale, e la conseguente trasformazione della *legislazione in strumento di regolazione* di attività economiche e dei rapporti sociali, fanno venir meno ogni possibilità di configurare il carattere puramente formale della tecnica giuridica come garanzia nei confronti dell'intera società e sollecitano sempre più i giuristi a misurarsi col problema del conflitto sociale e delle parti in causa nel conflitto medesimo.

Insomma, si acquisisce sempre più la consapevolezza della *crisi dello Stato inteso come norma generale*, come portatore di garanzie valide per tutti, e viene emergendo sempre più *come normale* la funzione dello *Stato-partigiano di interessi particolari, tutore di gruppi*, parte in causa, che nello schema tradizionale era stato considerato *eccezionale* rispetto allo Stato-norma.

Il giurista kelseniano ha potuto ignorare per tutta la fase della crescita e del benessere sociale le implicazioni che, sul piano della teoria giuridica della funzione di legittimazione, erano connesse all'idea dello Stato di diritto democratico, prima, e dello Stato sociale democratico, dopo. Adesso i processi di sviluppo, di trasformazione e di crisi dello Stato sociale non consentono più di continuare a immaginare, a configurare il ruolo del giurista nei termini in cui la dottrina pura del diritto e il neopositivismo logico lo hanno rappresentato.

Si pone esplicitamente il problema della ricerca di referenti esterni capaci di ricostituire una dialettica tra il potere di decidere, la *voluntas* del legislatore e le esigenze e gli interessi e le soggettività che si esprimono nell'organismo sociale complessivo. Possiamo dire che all'inizio degli anni '70, dopo la grande esplosione di conflittualità che ha investito sia il sistema delle relazioni industriali, sia il rapporto tra le gerarchie sociali e l'organizzazione dei saperi, il giurista è costretto di nuovo ad interrogarsi sul suo ruolo e sulla

sua collocazione rispetto alla società e alle sedi nelle quali si assumono le decisioni normative<sup>(39)</sup>.

Su questo piano mi pare possibile affermare che la stagione degli anni '70 segna l'inizio di una nuova fase di riflessione sul problema della legittimazione e sul rapporto tra norme e soggetti. Su questo terreno avviene infatti, a mio avviso, lo sviluppo dei diversi indirizzi, dei diversi filoni che in qualche modo caratterizzerà le scuole di questo periodo.

5. Le considerazioni svolte fin qui permettono già di anticipare il giudizio che ci accingiamo a formulare sulla esperienza del decennio. In verità, già le cose che siamo venuti dicendo consentono di affermare che tutto quanto è accaduto in quegli anni non può essere letto nei termini di una pura irruzione dell'ideologia e della politica e nemmeno come un'ennesima rivolta contro il formalismo. (Così come più volte è accaduto nella vicenda storica del ripetersi ciclico del dibattito sulla prevalenza dei concetti sugli interessi, del diritto naturale sul diritto positivo e così via).

Non è un ennesimo caso di rivolta contro il formalismo appunto perché, come dovrebbe essere chiaro, la questione sollevata riguarda direttamente la legittimazione del giurista nella società e la funzione di legittimazione della scienza giuridica rispetto all'ordinamento. E quindi in ultima istanza *il problema del fondamento della normatività* in un organismo sociale.

L'esperienza che si è venuta sviluppando nel corso della grande guerra, della seconda guerra mondiale, e nella fase immediatamente successiva della rifondazione degli Stati democratici, ha fatto emergere in modo netto il problema della necessità per i giuristi di andare oltre i confini del normativismo. Potremmo dire con espressione riassuntiva: non è più possibile dopo la catastrofe della seconda guerra mondiale, e dopo le torture e le atrocità del nazismo da una parte e dopo le drammatiche vicende dello stalinismo dall'altra, non è più possibile per i giuristi acquietarsi con una teoria del diritto senza fondamento, senza valori<sup>(40)</sup>, o ridurre il proprio

(39) Non a caso si parla insistentemente di crisi del ruolo, v. la mia *Introduzione* a R. WIETHÖLTER, *op. cit.*

(40) Sulla ricerca di una concezione assiologica del diritto v. ancora A. FALZEA, *op. loc. cit.*

compito a quello di puri e semplici esperti di argomentazione, nuovi retori dell'argomentazione persuasiva (così come in alcuni filoni della giurisprudenza ispirata dall'analisi dei giuristi americani è sembrato possibile)<sup>(41)</sup>. Né retorica, né ideologia, né tanto meno teoria pura del diritto riescono più a mettere il giurista al riparo dal problema della fonte della normatività. Dal problema cioè della *fondazione di una misura*, della impossibilità di accettare fino in fondo *le conseguenze di una democrazia « smisurata »*. Non a caso già sul finire degli anni sessanta si viene diffondendo, nella cultura giuridica e nella esperienza dei giuristi, un *doppio fenomeno* che mostra chiaramente l'esigenza di andare oltre il problema dell'interpretazione.

Mi riferisco anzitutto alla forte tendenza a una *critica delle categorie giuridiche* e delle categorie fondanti della scienza giuridica<sup>(42)</sup>: è una critica in definitiva del ruolo svolto o che comunque può essere assegnato al ceto « dei giuristi ». L'interrogativo che si pone all'interno di questa riflessione critica è, in definitiva, il problema del modo in cui il giurista si confronta con la *questione del potere*, del potere nella società, come potere di gruppi, di classi, come potere consegnato in apparati istituzionali, come potere dei corpi dello Stato e allude chiaramente ad una scelta da farsi, e da fondare rispetto all'ordine e all'assetto dei poteri esistente. La questione, potremmo dirla in breve, di *come è pensabile una rivoluzione democratica dal punto di vista della scienza giuridica*. Com'è

---

<sup>(41)</sup> Ci si riferisce soprattutto alle note tesi di C. PERELMAN, *Logica giuridica. Nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979, *Il dominio del retorico*, Einaudi, Torino, 1981; L. OLBRECHTS-TYTECA, *Retorica e Filosofia*, De Donato, Bari, 1979 e *Trattato dell'argomentazione, la nuova retorica*, voll. 2, Einaudi, Torino, 1956.

Per una diversa valutazione della logica giuridica si v., però, anche G. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971 e la presentazione di M. CORSALE.

Sul realismo americano v. anche G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.

<sup>(42)</sup> V., per esempio, i primi anni della seconda serie della rivista *Democrazia e diritto*, diretta da L. BERLINGUER e il volume curato da A. SCHIAVONE e F. LORENZONI, *Democrazia e Diritto*, De Donato, Bari, 1975, e il volume collettivo curato da C. SALVI, *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Feltrinelli, Milano, 1978.



possibile cioè trasformare la democrazia senza misura in una democrazia capace di realizzare un giusto ordine sociale.

La critica delle categorie giuridiche esercita su questo piano una funzione immediatamente evidente di demistificazione dell'immagine tradizionale *del giurista neutrale*, del giurista che in virtù delle sue teoriche, della propria scienza riesce a collocarsi al di sopra e al di fuori dei conflitti; viene, viceversa, messo in evidenza come, al di là della neutralità, il ruolo dei giuristi ha finito col-essere di fatto quello di *conservare gli equilibri esistenti* nella società, di riprodurre al proprio interno la filosofia della conservazione, della *pace sociale* intesa come *staticità*, come assenza di trasformazione.

In verità, ogni ceto che si fonda sugli specialismi<sup>(43)</sup>, incorpora nello specialismo un potere che tende a riprodursi secondo regole di uso delle proprie tecniche argomentative e secondo i meccanismi di cooptazione che definiscono le modalità di accesso al ceto medesimo. In questi termini, la *critica* della chiusura *dello specialismo giuridico*, la critica a quella che verrà chiamata la « *separatezza del giurista* », e già un tentativo di mettere sul tappeto la questione della legittimazione della scienza giuridica e della sua funzione legittimante rispetto all'ordine sociale. E non a caso a partire dalla critica delle categorie giuridiche, le operazioni che vengono tentate si muovono in due direzioni che mirano a dissolvere la neutralità del giurista vissuta come splendido isolamento. Mi riferisco sia alla *riscoperta della ricerca interdisciplinare*; sia alla *riscoperta dell'analisi storica*, dello studio degli istituti. Sotto il primo profilo non c'è dubbio che il fiorire di riflessioni e di ricerche sui rapporti tra scienza giuridica e scienza economica, tra scienza giuridica e scienza sociale più in generale, le ricerche sociologiche, che vengono avviate dal *Centro di prevenzione sociale*<sup>(44)</sup>, sulla magistratura in generale, sul sapere giuridico, al di là degli esiti e della

(43) Sul rapporto fra specialismi e contraddizione, fra specialismi e trasformazione del cervello sociale v. M. CACCIARI, *op. loc. cit.*

(44) Mi riferisco in particolare alla ricerca promossa dal Centro di prevenzione e difesa sociale, su « *Amministrazione della giustizia e società in trasformazione* » i cui volumi sono editi da Laterza e i cui risultati sono riassunti da R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Laterza, Bari, 1972.

qualità delle ricerche medesime, mostrano al fondo l'esigenza di ricostituire un'*unità del sapere sociale*, una comunicazione tra i diversi saperi e i diversi specialismi che in definitiva, spinge a ritrovare nell'unità del sapere stesso (del sapere della società) l'*unità di un soggetto della conoscenza*. Si avverte qui l'influenza di quella riflessione che propone l'assunzione dell'intera società come soggetto che produce, attraverso l'autocoscienza, le proprie categorie fondative del sapere e della conoscenza del mondo<sup>(45)</sup>.

A che serve un sapere sociale nell'analisi giuridica? Serve soltanto a formulare diagnosi più corrette sui casi giudiziari che vengono sottoposti alla decisione del giudice? Serve a ritrovare nella formazione dei giuristi le infiltrazioni che discendono dall'apporto degli altri saperi? O piuttosto, al di là di queste possibili funzioni, il riferimento ad un sapere della società unitaria, ad una teoria della società, significano ancora una volta *la ricerca di un soggetto del sapere capace di esprimere una normatività* non riducibile esclusivamente a volontà parziale, a potere della maggioranza? L'interrogativo mi sembra questo. La riflessione sugli orientamenti che via via si svilupperanno su questa base mi sembra offrire una conferma.

Ma anche l'altro versante al quale alludevo, la riscoperta della storia e dell'analisi storica, si colloca nella medesima prospettiva della messa in discussione della tradizionale visione delle categorie giuridiche come forme universali dell'agire umano, come categorie permanenti dell'organizzazione sociale, che in quanto tali vietano al giurista di indagare sui contenuti pratici e materiali del conflitto e sulla struttura sociale dentro la quale agisce il conflitto degli interessi. La riscoperta della storicità del diritto moderno, del suo radicamento in processi storici drammatici e ricchi di contraddizioni, porta la scienza giuridica a ridosso del *problema del potere moderno*, del suo modo di formazione e del suo esercizio.

Ampio e diffuso dovrebbe essere l'esame delle ricerche che in questo campo si vengono sviluppando e che costituiscono in qualche modo i *prolegomena* di quella che poi sarà più esplicita-

<sup>(45)</sup> V. più in generale G. PRETI, *Praxis ed empirismo*, Einaudi, Torino, 1957, in particolare i cap. intitolati « Autocoscienza sensibile e principi di verifica » e « Cultura e società » (dove si tenta un accostamento di empirismo logico e materialismo storico).

mente la grande stagione della *ricerca giuridica senza rete*. Ma qui mi limito a richiamare alcuni casi che mi appaiono significativi per la portata e il significato di questa ricerca storica e per la dimensione che assume. Per esempio il saggio di Lombardi sul diritto giurisprudenziale che ripropone all'attenzione e alla riflessione dei giuristi il problema di come storicamente si è venuto sviluppando, nell'esperienza e nella cultura giuridica moderna, specie in quella tedesca, il dibattito sulla legittimazione del giurista, sul rapporto tra i valori e le norme, sulla creatività della giurisprudenza e sul tipo di movimenti che via via si sono succeduti a partire dal primo novecento<sup>(46)</sup>. Penso ancora di più alle ricerche di Tarello, inizialmente presentate sotto forma di materiali storici, dove chiaramente si avverte il tentativo di intrecciare la riflessione sulla origine storica degli istituti, e quindi sul loro impasto di interessi materiali e di forze che spingono sotto la crosta dell'ordine sociale, e lo sviluppo di riflessioni critiche anche sulle esperienze teoriche dei paesi che hanno tentato rivoluzioni socialiste (in particolare Guastini sul diritto sovietico e sul dibattito sulla legalità socialista tra Wyšijnski e Pašukanis contenuti appunto in quei materiali)<sup>(47)</sup>.

Penso allo stesso modificarsi dell'asse della ricerca storica nel campo del diritto che sempre più si allontana dalla tradizione romanistica che aveva in gran parte trasformato *la storia in dommatica* (in una teoria della giustificazione del presente) e si proietta invece immediatamente sullo studio delle istituzioni politiche: Raffaele Ajello svolge la sua prolusione e conduce la sua riflessione sui rapporti sociali e politici che sono sottesi alla scienza giuridica e al dibattito giuridico del '700<sup>(48)</sup>, e i *Quaderni fiorentini* di Paolo Grossi avviano una nuova fase della ricerca storica sul diritto<sup>(49)</sup>.

---

(46) L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967.

(47) G. TARELLO, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, voll. I-VI, Il Mulino, Bologna, 1971-1976.

(48) Riprodotta in *Arcana juris, Diritto e politica nel settecento italiano*, Jovene, Napoli, 1976.

(49) In particolare i volumi di *Quaderni fiorentini* 3 e 4, 1974-5, dedicati al *Socialismo giuridico, ipotesi e letture*, e i volumi della collana « *Per la storia del pensiero giuridico moderno* » di P. COSTA, *Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, 1974 e il più recente volume di P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Giuffrè, Milano, 1977.

E penso anche, per andare a riflessioni più ravvicinate, al libro di Baratta su *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale* che avvia la prima riflessione autocritica della scienza giuridica posta di fronte all'*irruzione della volontà barbarica* e ai principi del sangue e della razza delle dottrine naziste<sup>(50)</sup>. Insomma, da tutto questo arco di riflessioni viene fuori con forza l'istanza di rimettere *in discussione lo statuto teorico della scienza giuridica*, la natura delle categorie giuridiche, il ruolo del giurista, e in definitiva il problema dei problemi: la norma, la misura, il limite.

Singolarmente in questa fase il giurista sente che non può rimanere sospeso tra passato e futuro, che deve in qualche modo assumersi la responsabilità del suo presente. In realtà dopo la guerra, dopo il fallimento del kelsenismo e del neopositivismo sul piano della difesa della stessa democrazia, dopo la catastrofe della guerra, quando già compaiono i primi libri sulla crisi della certezza del diritto e della giustizia, per tutti sembra chiaro che niente può essere più come prima<sup>(51)</sup>. Nessuno può continuare il proprio mestiere come se niente fosse accaduto. Persino nell'inconscio collettivo del ceto dei giuristi è penetrato il tarlo del dubbio sulla impossibilità di fermarsi al di qua della soglia della dottrina pura del diritto, di una teoria del diritto senza fondamento e senza soggetto, sull'impossibilità di ignorare la propria miseria, miseria della filosofia e miseria del sapere, miseria della scienza giuridica, miseria dei giuristi<sup>(52)</sup>.

6. La consapevolezza di questa impossibilità penetra persino negli orientamenti che potrebbero in qualche misura apparire come i continuatori della tradizione. Niente più come prima; anche a costo di portare fino alle estreme conseguenze l'affermazione di Pugliatti che il *diritto* è solo una *scienza pratica*<sup>(53)</sup>, rinunciando così implicitamente alla grandezza del ruolo che tra-

---

<sup>(50)</sup> A. BARATTA, *Positivismo e scienza del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1966.

<sup>(51)</sup> *Il diritto dopo la catastrofe* è il titolo di un saggio di G. CAPOGRASSI, in *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. V, p. 151.

<sup>(52)</sup> R. WIETHÖLTER, *op. cit.*, pp. 3 ss.

<sup>(53)</sup> V. il notissimo saggio di S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1954, 1-4, p. 50.

dizionalmente ha caratterizzato l'immagine del giurista nella società; persino il giurista che tende ad intrattenere un rapporto forte di continuità con la tradizione è costretto a rivedere i propri principi guida anche a costo di ridurre il campo d'azione all'esame degli indirizzi giurisprudenziali. Mi riferisco in modo particolare a quell'indirizzo che viene esplicitato in modo compatto e coerente nella produzione di Massimo Bianca, che tende a ridurre la questione della *normatività* a quella dell'*effettività* e che finisce col identificare pragmaticamente l'ordinamento giuridico con la giurisprudenza pratica. In fondo, il principio di effettività rappresenta anche al di là delle proprie convinzioni una cesura rispetto alla tradizionale visione del diritto e della scienza giuridica che ci è stata consegnata dalla tradizione, perché non solo finisce col accettare il fatto della creatività, del ruolo creativo della giurisprudenza, ma toglie anche ogni rilevanza alla questione del rapporto tra diritto applicato, tra diritto effettivo e diritto programma (programma di riorganizzazione e trasformazione sociale), che sia pure in modo generico era presente nella concezione sistematica e nell'idea di sistema. Certo, *nell'effettività il diritto ritrova una sua consistenza pratica*, ma è *destinato a perdere* l'elemento costitutivo della sua stessa esistenza, e cioè, *il carattere di misura*, di metro, di parametro, di paradigma dell'azione, di ancora di salvezza dell'azione, come dirà Frosini in un tentativo di rilettura della dottrina giuridica attraverso le categorie dello strutturalismo<sup>(54)</sup>. Il diritto rinuncia con l'effettività a salvare l'azione, a farne azione permanente, risolve tutto nella contingenza della pratica<sup>(55)</sup>.

Anche questa è però un'operazione che non si può capire senza collocarla nel quadro delle riflessioni che siamo venuti svolgendo. Perché un sottile legame è possibile intravedere tra i sostenitori del principio di effettività e i giuristi tradizionali, laddove alcuni di essi esplicitamente faranno riferimento alla fedeltà del giurista alla istituzione a cui appartiene, alla logica delle istituzioni

---

(54) C.M. BIANCA, *Il principio di effettività*, loc. cit. e V. FROSINI, *Le strutture del diritto*, 6<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1977.

(55) Sul rapporto fra diritto, « contingenza » e « decisione », v. più avanti il § 10.

in sé (che in qualche misura guida l'azione del giurista) e più ancora ad una sorta di *vincolo* implicito che dal rapporto con le istituzioni deriva *per il giurista: il dovere di attenersi agli indirizzi della maggioranza* che ha dato vita di volta in volta al prodotto legislativo, la maggioranza legislativa come *super-fonte del diritto*.

Questa, ad es., è la tesi implicitamente accolta da quegli autori che, in occasione del dibattito sull'uso alternativo, contrappongono politica giudiziaria interna al sistema e politica condotta dall'esterno del sistema, e sottolineano che quest'ultima è spesso in contrasto con quella che ha ispirato la maggioranza dei redattori della legge<sup>(56)</sup>. È singolare come molti di questi autori facciano spesso riferimento ad Ascarelli e alla creatività della giurisprudenza, perché a me pare che proprio questo riferimento denoti chiaramente come, anche questo tentativo, che possiamo dire di aggiornamento della tradizione, sia costretto a fare i conti con problemi che vanno oltre i confini tradizionali.

In conclusione, persino negli orientamenti più tradizionali viene a poco a poco maturando l'idea che la scienza giuridica deve essere posta su altre basi e che non si può eludere il problema del rapporto che il giurista intrattiene con l'organizzazione dei poteri nella società. Anche *il riferimento alla maggioranza legislativa*, in effetti, altro non è che il tentativo di *ridefinire una base di legittimazione per le operazioni del giurista* e della scienza giuridica cui spetta il compito di ritrovare le forme di connessione tra volontà della maggioranza e la norma posta e destinata ad operare e a vivere attraverso la mediazione dei soggetti che ne sono allo stesso tempo i destinatari e i fruitori.

Insomma, all'inizio degli anni '70 la scienza giuridica e i giuristi si ritrovano dunque di fronte *il problema del rapporto* tra diritto e potere, *tra diritto e decisione*; tra diritto e volontà. Se li ritrovano questi problemi con la brutalità e l'urgenza che i grandi movimenti sviluppatosi in tutta Europa, e non solo, hanno drammaticamente posto all'attenzione di tutti. Due questioni sono ormai

---

<sup>(56)</sup> V. ad es. N. SALANITRO, *Tecniche interpretative e uso alternativo del diritto*, e A. PAVONE LA ROSA, *Dubbi e perplessità sulla ipotesi di una funzione supplente della magistratura*, cit., II, pp. 45 ss.

ineludibili. È possibile concepire il diritto senza misura, senza metro, senza paradigma? Seconda questione: è possibile concepire, definire una forma giuridica della trasformazione, un diritto del processo di trasformazione o se vogliamo, con una certa enfasi, una risposta giuridica al problema della rivoluzione sociale? Su questi quesiti e su questi interrogativi brucianti si vengono formando i diversi orientamenti e le diverse iniziative politiche e culturali di quegli anni (57).

7. Gli indirizzi e le strade che saranno tentati sono molti e sarebbe veramente un errore di prospettiva e un grave difetto analitico accomunarli tutte e tutti in una notte nera senza cogliere sfumature e differenze e senza ricondurli ad un travaglio che sotteraneamente unisce le fila della esperienza collettiva che in questo decennio si viene sviluppando, senza cercare i rapporti col dibattito delle scienze sociali e senza cercare il rapporto con la discussione che si viene svolgendo sul terreno più strettamente epistemologico dei concetti fondativi della conoscenza del mondo. Tant'è che a me pare possibile sia pure in modo sommario alludere a « scuole », a indirizzi e orientamenti che sono espressivi di diverse risposte possibili agli interrogativi cui accennavo all'inizio.

Anzitutto *la prima scuola* — e parlo di scuola a ragion veduta perché si tratta non soltanto di un orientamento che si articola in più ricerche, ma che ha in coloro che le svolgono la consapevolezza della riconducibilità a schemi di riferimento comuni —, la prima scuola mi sembra quella che si sforza di identificare il metro, la misura sottesa dalla forma giuridica, nel *riferimento all'analisi economica*, meglio all'analisi economica che caratterizza la c.d. economia del benessere. Questa scuola che appunto chiamerei *scuola giuridica dell'economia del benessere*, fondata sull'economia sociale di mercato secondo la formula che avrà successo in modo particolare in Germania, ha il suo ispiratore in Pietro Trimarchi e nei suoi scritti sulla responsabilità, ma ha poi una serie di sviluppi e di applicazioni in molte ricerche che vengono prodotte dagli studiosi

---

(57) V. per un interessante panorama i rilievi di E. RESTA, *Diritto e sistema politico*, Loescher, Torino, 1982 e il recente saggio di G. CORTURRI, in *Quali Garanzie*, De Donato, Bari, 1983, pp. 5 ss.

genovesi, i cui connotati sempre più si vanno definendo in relazione all'assunto che la soluzione giuridica di un conflitto di interessi, di un problema giudiziario deve tradurre in formula giuridica il risultato dell'analisi dei costi e benefici (che permette di stabilire il modo in cui debbono essere sopportate le conseguenze di azioni dannose nell'ambito dell'organizzazione sociale)<sup>(58)</sup>. Tutta la teoria del rischio d'impresa, ad esempio; tutte le riflessioni sulla responsabilità, sui contratti di massa, sulla tutela del consumatore, tendono in definitiva a orientare la ricerca intorno a un *modello di società che funziona secondo l'economia di mercato* e nella quale il criterio di chiusura per giudicare della legittimità o della illegittimità di una condotta è la verifica della differenza tra produzione di ricchezza e ricchezza distrutta. Un'idea cioè di produttività economica che è allo stesso tempo produttività sociale e come tale garantisce non solo un ordinato svolgimento dei rapporti economici, ma è anche la base sulla quale è possibile la crescita, l'espansione della ricchezza sociale, che permette poi gli interventi perequativi e redistributivi dello Stato. In questi termini, questo indirizzo è quello che meglio esprime sul piano dell'esperienza giuridica, e in modo particolare dell'esperienza dei giusprivatisti, le ideologie e i postulati dello Stato sociale, dell'equilibrio che all'interno dello Stato sociale deve realizzarsi tra crescita (incremento della produttività) e giustizia sociale come redistribuzione. Il metro giuridico non è diverso dal metro secondo il quale si valuta la condotta economica. Insomma, ciò che è meritevole della tutela giuridica è anche economicamente e socialmente apprezzabile sotto il profilo della capacità di produrre più ricchezza di quanta non se ne distrugga o consumi.

Un'analisi più dettagliata dei singoli contributi consentirebbe di vedere meglio l'articolazione di questo principio nei vari campi della esperienza giuridica; specie in relazione ai conflitti tra imprese e consumo, tra proprietari e non proprietari, con riferimento alle nuove questioni che vengono poste dalla legislazione sulla casa, dal problema degli assetti urbanistici della città. L'analisi di costi e benefici mi sembra che rappresenti su questo piano il tentativo

---

<sup>(58)</sup> V. in particolare, P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961. V. anche le ricerche di Alpa, Bessone e Roppo.



di ritrovare una *razionalità metapositiva* e una concezione della norma come strumento di *riallocazione dei costi sociali* connessi alla vita di relazione e dell'attività produttiva.

Nello stesso filone si colloca l'indirizzo che nell'ambito degli studi del diritto amministrativo — penso in particolare a Cassese e a Serrani — tende ad accentuare la funzione del diritto come tecnologia sociale intesa a promuovere la razionale utilizzazione delle risorse pubbliche e quindi la prevenzione del conflitto. Tutta la prospettazione delle riforme amministrative e della pubblica amministrazione — possiamo dire fino all'ultima proposta che poi sarà elaborata in sede di governo dal Ministro Giannini — esprime l'esigenza di usare l'organizzazione giuridica alla stregua di una tecnologia sociale adeguata a realizzare l'obiettivo di una gestione efficiente ed economicamente ottimale delle risorse pubbliche<sup>(59)</sup>.

Un'altra scuola che indicherei come *Scuola del riformismo progettuale*, che si ricollega per certi aspetti a quella precedente, è quella che accentua il profilo della progettazione e del programma di trasformazione e di riforme e che, specialmente sotto l'etichetta della politica del diritto, tende a legittimare, all'interno della scienza giuridica, il ruolo del giurista di elaboratore di riforme, di propositore di riforme, il giurista inteso quasi come colegislatore dei processi di trasformazione. Ciò che caratterizza più particolarmente questi indirizzi e questa scuola che si raccoglie in buona misura sotto la rivista che porta il nome di *Politica del diritto*, mi sembra appunto l'accentuazione progettuale e quindi la proiezione verso i nuovi assetti e i nuovi equilibri che le dinamiche sociali tendono ad esprimere. Significativo è il modo di definire i referenti oggettivi di questa attività di progettazione: la *Costituzione* della Repubblica, intesa come progetto, come programma di trasformazione sociale, e i *programmi politici dei partiti* che si candidano per una gestione nuova dell'economia e della società. Mi riferisco in modo particolare all'elaborazione socialista di Giolitti e al gruppo di giuristi che lo circonda nella fase del dibattito sulla programmazione del centro sinistra<sup>(60)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> V. in particolare, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 169 ss. (ivi bibliografia).

<sup>(60)</sup> Al centro della discussione svoltasi sulle pagine di *Politica del diritto* nel periodo del centro-sinistra.

*Costituzione e progetto politico* sono i referenti di una riflessione giuridica che chiaramente tende ad assumere il ruolo di scienza della legittimazione sulla base di una organica connessione col progetto costituzionale e con il programma politico di riforme. Su questa base si assegna al giurista anche il compito di giudicare il diritto positivo vigente per denunciarne la non corrispondenza ai modelli costituzionali e ai parametri nuovi che la società affluente tende ad esprimere nelle sue componenti.

Non è certo il soggetto sapiente, non è certo una sorta di giusnaturalismo di ritorno, ma è pur sempre la ricerca di una nuova legittimazione: la Costituzione appare sempre più un prodotto storico, l'espressione di un patto sociale, stretto da soggetti determinati, espressione di un progetto di organizzazione sociale e produttore di regole e di ambiti di possibili innovazioni e modificazioni. Il programma politico delle riforme allude inoltre per la prima volta ad un *rapporto tra giuristi e partiti*, intendendo anche qui i partiti nel senso (costituzionale) di parti della società che sono legittimate a concorrere e a definire gli indirizzi e le soluzioni da dare al problema dell'organizzazione sociale. Costituzione e progetto politico sono quindi per questa scuola e per questo indirizzo il nuovo referente che permette di andare oltre la pura positività della norma prodotta dal legislatore, la pura legalità formale del kelsenismo, e di ripensare, attraverso questa via, *sia* i presupposti teorici dell'intervento del giurista nell'organizzazione della società, *sia* lo stesso rapporto tra diritto e valori che sembrava scomparso dall'orizzonte della riflessione giuridica.

Si collocano a mio avviso in questa area tutte le ricerche di Stefano Rodotà e di parte della scuola romana, e anche alcune ricerche che vengono svolte nell'ambito della scuola barese, intese a rileggere, attraverso il progetto costituzionale e il programma riformista, gli istituti giuridici, le categorie consolidate della cultura giuridica.

Non a caso uno dei temi su cui si svilupperà maggiormente la riflessione è quello della *proprietà*, delle basi costituzionali della proprietà e del rapporto tra *potere proprietario e interessi sociali*. E non a caso proprio all'interno di questo orientamento viene riformulato *il tema della funzione sociale* degli istituti privatistici

che già nella stagione di Weimar aveva costituito un grande terreno di riflessione e di analisi <sup>(61)</sup>.

Si tratta, però, di qualcosa di molto più ricco e complesso di una semplice riformulazione del problema della funzione sociale degli istituti privatistici e che tocca in definitiva il problema del fondamento dei poteri normativi come risulta con molta evidenza nella riflessione di Stefano Rodotà sul diritto di proprietà <sup>(62)</sup>. È interessante, in particolare, rilevare come Rodotà insista sulla diversa legittimazione dei poteri proprietari determinata dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, e sulla notazione che l'investitura dei poteri circa l'uso dei beni (che si ricava dalla lettura della Costituzione) si fonda sull'assunzione del *soggetto come socio anziché del soggetto come singolo*. Si tratta di una *revisione* per certi aspetti radicale *del fondamento del diritto di proprietà* che investe direttamente la questione del rapporto tra soggetto e ordinamento, e che acquista un significativo rilievo nella *qualifica sociale del soggetto* assunto come punto di riferimento; specie se si considera che uno dei paradigmi costitutivi della tradizionale concezione della scienza giuridica è stata, appunto, l'idea della proprietà, come potere sulle cose fondato al di fuori dello stesso ordinamento positivo (al quale spettava essenzialmente il compito di regolarne l'esercizio e di porre limiti esterni alla sfera individuale).

Vale anzi la pena di insistere ancora un momento sul significato e sul rilievo che assume la ricerca intesa a ridefinire la stessa qualità di *soggetto giuridico* come membro della comunità designata dalla Costituzione, e di sottolineare come, da questa idea implicita di comunità designata dalla Costituzione e da questa qualità sociale del soggetto, si ricavano, poi, nella riflessione di Rodotà, indicazioni operative sul terreno della stessa *competenza del giudice a valutare la legittimità delle condotte proprietarie*.

Discutere del *fondamento della proprietà* in questi termini significa chiaramente discutere del *fondamento del diritto*, e il

---

<sup>(61)</sup> Basti ricordare K. RENNER, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, ed. in Italia solo da pochi anni, Il Mulino, Bologna, 1981.

<sup>(62)</sup> S. RODOTÀ i cui studi sono raccolti nel volume *Il terribile diritto*, Il Mulino, Bologna, 1982.

*riferimento alla Costituzione* appare come l'espedito argomentativo attraverso il quale si vuole introdurre una modificazione nel sistema delle fonti, nel quale, accanto al testo di legge, alla norma posta legislativamente, si colloca l'idea della *comunità costituzionale* (come comunità sostanziale) e il progetto costituzionale come obiettivo assegnato all'insieme delle istituzioni e all'insieme dei soggetti sociali operanti all'interno della società. Si pensi appunto al collegamento che poi Rodotà tenderà di istituire tra questa visione della Costituzione e la proposta di una riforma della legislazione nel senso di una *legislazione per clausole generali* e per principi e la configurazione del *ruolo del giudice* come legittimato a una verifica di congruenza tra gli effetti giuridici dell'applicazione delle norme e gli effetti sociali desiderabili secondo il progetto costituzionale<sup>(63)</sup>.

8. Ancora alla Costituzione si fa riferimento nell'ambito di un altro indirizzo o di un'altra *scuola* che potremo denominare *del garantismo dinamico* e della promozione della capacità ordinamentale dei soggetti sociali. Punto di riferimento delle riflessioni, e delle ricerche che si possono accomunare sotto questo indirizzo, è l'art. 3 della Cost., e in modo particolare il secondo comma, laddove si afferma che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono di realizzare l'eguaglianza sostanziale dei soggetti sociali. L'aspetto del *garantismo* si può cogliere, in questo indirizzo, nella affermazione che il diritto e lo Stato devono garantire essenzialmente gli spazi di autonomia creativa dei soggetti sociali e dei soggetti deboli. L'aspetto che si intende richiamare, invece, con l'aggettivo *dinamico*, tende a sottolineare che siamo ben oltre la nozione classica del garantismo dello Stato di diritto (inteso appunto come divieto di intervento dello Stato in alcune sfere e prerogative); ben oltre nel senso che si tratta non tanto di assicurare una non ingerenza dello Stato, quanto di chiamare lo Stato, e in modo particolare la Costituzione, a *legittimare*

---

<sup>(63)</sup> S. RODOTÀ, *op. loc. cit.* Sul problema del fondamento sociale delle situazioni soggettive v. il bel saggio di A. DI MAJO, *Il diritto soggettivo nell'ideologia dello stato sociale*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, III, 1970, pp. 263 ss.

un'attività di autorealizzazione degli interessi di alcune particolari categorie di soggetti <sup>(64)</sup>.

Credo tuttavia che nell'ambito di questo indirizzo — che troverà una verifica nel convegno barese intitolato appunto « *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* », e del quale Lipari tenta nell'introduzione una interpretazione riassuntiva <sup>(65)</sup> — occorre di-

<sup>(64)</sup> Per questa tesi v. la mia relazione *Programmazione e soggetto privato*, in *Atti del convegno*, loc. cit. e l'intervento sulla prassi emancipatoria al Convegno *sull'Uso alternativo*, op. loc. cit. (dove vengono recepiti molti degli spunti di M.D.).

<sup>(65)</sup> N. LIPARI, introduzione al volume « *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* », cit., pp. 5 ss.

L'ispirazione del Convegno è specificatamente presentata, non senza una certa enfasi, nel documento di base firmato da N. Lipari e P. Barcellona che prende avvio da una citazione di Wiethölter « L'uomo, 'immagine della divinità che si era già creduta vicinissima allo specchio dell'eterna verità', pieno di fiducia nel progresso e nella 'ragione e scienza, suprema forza dell'uomo' (Goethe, *Faust*, I), ha perso la fede in se stesso, Egli non è 'unico' (M. Stirner), e anche un nulla: 'reduce di Auschwitz e Hiroshima' (A. Arndt) è alla ricerca di se stesso. La rivoluzione copernicana gli aveva sottratto la terra come centro dell'essere, la rivoluzione darwiniana aveva dimostrato la sua vicinanza all'animale, quella freudiana, aveva introdotto nell'Ego razionale l'Es dell'inconscio. Tutti i suoi valori non erano più tali (Kierkegaard) o erano mutati (Nietzsche). Come soggetto egli era stato collocato da Kant così in alto e al centro del cosmo che il risultato fu il super-Uomo; come oggetto era stato talmente pianificato da Hegel che il risultato fu il super-Stato. Egli aveva rimosso le informazioni di Marx e Freud. Il conto di tutti i suoi 'errori' fu presentato all'uomo dal fascismo sotto tutte le sue forme. Le storie universali intese come evoluzione razionale verso un futuro sereno, come 'progresso nella coscienza della libertà' — libertà del cittadino etico in uno Stato razionale (Hegel) o libertà dell'uomo non più alienato dalla produzione e dal consumo in una società senza dominio (Marx) — non sono più i dogmi di un credo profano, ma nel migliore dei casi sussistono ancora come speranze. Gli interrogativi primordiali dell'uomo — 'chi sono?', 'che cosa dovrò fare?' — non trovano risposta; l'antropologia e l'etica sono giunte a un punto di rottura, come l'uomo stesso. Da quale immagine dell'uomo si può far guidare, in questa situazione, il mondo del diritto? quali regole di comportamento sa, può, deve, dovrebbe dare all'uomo? ». (R. WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, cit.) e così continua:

« Questa recente pagina di un civilista tedesco sembra possa costituire una valida piattaforma per introdurre un dibattito, il cui tema è direttamente suggerito da quell'esigenza di approfondimento dei presupposti

stinguere diverse linee argomentative e probabilmente anche diverse implicazioni ideali. Credo, infatti, che va collocato in questo quadro l'orientamento di una parte di Magistratura Democratica e di una parte dei giuristi che si sforzeranno di definire una *nozione di prassi emancipatoria*, costituzionalmente legittimata dal riferimento all'art. 3, secondo comma, intesa ad individuare nelle *prassi collettive una vera e propria fonte integrativa di diritto* e uno spazio entro il quale si dispiega interamente una sorta di *potere normativo dei soggetti sociali collettivi* <sup>(66)</sup>.

Dal punto di vista teorico il riscontro più significativo di questo orientamento si avrà nel Convegno *sull'uso alternativo del diritto* <sup>(67)</sup>, ma è interessante rilevare come si tratti di un orienta-

---

di fondo di ogni possibile discorso tecnico che, già delineata nell'incontro del 1969 a Catania sulle condizioni generali di contratto si è venuto meglio specificando nel 1970 a Macerata nel seminario sugli aspetti privatistici della programmazione. In quella occasione l'alternativa tra la tendenza a rivolgere prevalente attenzione ai modi di controllo sociale del potere e la tendenza a dare tutela agli interessi minori, di regola impossibilitati a farsi valere, nel processo di programmazione come altrove, ha finito ancora una volta per individuare il suo comune punto di crisi nella difficoltà del riferimento a uno specifico modello di uomo, posto che l'alienazione dell'individuo può in definitiva realizzarsi sia nell'isolato tentativo di dare da sé tutela ai propri interessi (tutela già a priori compromessa da scelte che lo trascendono), sia attraverso forme partecipative o di aggregazione politica (che nella realtà tradiscono la sua aspirazione a concorrere ai momenti decisionali).

In verità, l'immagine dell'uomo che ci viene dalle scienze sociali è quella dell'uomo alienato. La società industriale e tecnologica ha quanto meno esaltato il processo di estraneazione. Né si tratta di un'alienazione connessa soltanto ai rapporti di produzione, perché la vita privata e sociale conduce oggi, a tutti i livelli, a forme di estraneazione. Lo 'spazio effettivo dominato' dall'uomo è ormai estremamente ridotto mentre si accresce a dismisura la condizione di 'dipendenza' anche per la soddisfazione di esigenze assolutamente personali e vitali.

I luoghi dove si svolge la vita dell'uomo sono divenuti allo stesso tempo i luoghi in cui si consuma e distrugge la 'potenzialità creativa' della persona. La città è il regno della segregazione e della scissione tra gli elementi di quel che era stato creato come unità e contemporaneità... ».

<sup>(66)</sup> Per più ampi riferimenti si rinvia al mio volume *Stato e Magistratura nella crisi*, Marsilio, Venezia, 1979, pp. 59, 73 ss.

<sup>(67)</sup> *Op. loc. cit.* (in particolare la relazione di L. FERRAIOLI, vol. 1).

mento che viene diffondendosi anche tra giuristi che professano un'adesione almeno tendenziale al modello dell'interpretazione tradizionale.

Penso, in particolare, alle analisi che saranno svolte in questo periodo sui criteri attraverso i quali la giurisprudenza ha finito col considerare legittima l'occupazione delle fabbriche in funzione della articolazione della lotta sindacale e come prosecuzione dello stesso diritto di sciopero<sup>(68)</sup>. La ricerca è interessante per il raffronto che svolge sul diverso atteggiamento che la giurisprudenza ha mostrato verso le occupazioni delle fabbriche del '22 e, a distanza di molti decenni, verso l'occupazione delle fabbriche che sarà così diffusamente utilizzata nella fase delle lotte operaie del '68. Questo raffronto è interessante anche perché significativamente nell'analisi viene utilizzato come argomento giuridico il riferimento all'opinione pubblica, attraverso l'analisi dei giornali, e alla convinzione diffusa che l'occupazione sia socialmente accettata in quanto fondata su un nuovo sistema di relazioni industriali (che è appunto la base di legittimazione delle regole del gioco vigenti nei rapporti fra padronato e associazione dei lavoratori).

È ancora di questo periodo la discussione aperta dal fenomeno dell'occupazione praticata anche in altri campi, per es. le abitazioni destinate ad uso popolare, o edifici pubblici destinati ad usi sociali, e dagli orientamenti che su questo fenomeno viene assumendo la *giurisprudenza* specialmente *pretorile*. È evidente che il tema, erroneamente a mio avviso trattato sotto il problema della supplenza del giudice, evoca invece chiaramente il problema della funzione legittimante della scienza giuridica e della teoria delle fonti<sup>(69)</sup>.

Sullo stesso piano anche se, come dicevo, con diverse ispirazioni e probabilmente con una diversa linea argomentativa, si viene collocando la riflessione e la ricerca, che è uno dei temi di discussione nel *Convegno sulla programmazione e il diritto privato*<sup>(70)</sup> sulla tutela degli interessi diffusi, sulla rilevanza giuridica degli

---

(68) A. BELFIORE, *Occupazione di fabbriche e tutela possessoria*, in *Dem. e dir.*, 1974, pp. 673 ss.

(69) Sulla supplenza v. fra gli altri M. RAMAT, *op. cit.*

(70) *Op. cit.* alla n. 3.

interessi che trovano modo di esprimersi e di realizzarsi attraverso situazioni di fatto — si pensi alla discussione di quel convegno sulla « Comunità dei pescatori » —; ricerca che dal punto di vista teorico tende a ridefinire la nozione dei *diritti della personalità* fino a dilatarne la portata in senso attivo come diritto della persona a realizzarsi entro lo *spazio* o l'*ambito vitale* espresso dalle circostanze concrete di una determinata organizzazione sociale.

L'*idea di persona*, e di tutela dell'*ambito vitale* è, per esempio, alla base dei contributi che verranno dalla scuola di Bari, nella discussione sul rapporto tra diritto e persona; sviluppo della personalità e assunzione di una nozione dinamica di *diritti fondamentali* finiscono con l'apparire in questa prospettiva, come *vere e proprie fonti normative* <sup>(71)</sup>.

Prassi collettive emancipatorie, assunzione delle prassi collettive come titolo di legittimazione di comportamenti sociali, tutela degli interessi diffusi, diritto della persona e tutela dell'*ambito vitale*, sono tutte formule con le quali si allude chiaramente ad una *normatività che si viene producendo nella stessa organizzazione sociale*, che rappresenta un polo dialettico rispetto alla legge positiva, alla legislazione posta dal legislatore, e in certi casi diviene addirittura *la misura*, il metro, il paradigma per giudicare della liceità di una determinata condotta.

Se si volesse cogliere una differenza tra questo indirizzo e il precedente, si potrebbe appunto sottolineare che in quest'ultimo il ruolo del giurista tende a ridefinirsi in un rapporto di mediazione con la società civile e con gli interessi che in essa si esprimono e si organizzano, piuttosto che con le istituzioni politico-rappresentative e col sistema dei partiti.

Sotto questo aspetto sarebbe certamente interessante approfondire la matrice, per così dire, ideologica dei diversi studiosi che si cimentano con queste tematiche anche per verificare fino a che punto l'ideologia influenzi le scelte metodologiche e teoriche. Ma credo che in questa sede basti, per dimostrare quanto insufficiente sarebbe limitarsi a registrare la presenza (certamente significativa) di una componente ideologica, il dato indiscutibile che non

---

<sup>(71)</sup> Penso soprattutto ai contributi di N. LIPARI e dei suoi allievi Piepoli, Pardolesi e Scannicchio.



è riscontrabile alcuna derivazione meccanica dei diversi orientamenti dalle premesse ideologiche che ciascuno studioso assume. È sufficiente sottolineare come mentre nel primo indirizzo confluiscono giuristi di ispirazione socialista — prevalentemente — ma anche di ispirazione comunista; nel secondo indirizzo che abbiamo appena finito di delineare, si riscontra la convergenza, almeno sul piano tematico e dell'ispirazione, sia di posizioni genericamente o consapevolmente ispirate da una lettura marxista del conflitto e da una concezione classista della società, sia, allo stesso tempo, di concezioni e visioni che risalgono alla tradizione cattolica, della tutela della persona, dell'autonomia dei gruppi sociali e di certe elaborazioni già sviluppate (specie nei primi anni del dopoguerra) da Rescigno e Mengoni sull'autonomia collettiva e sui gruppi intermedi<sup>(72)</sup>. È così possibile constatare che nelle relazioni presentate al convegno di Bari, specialmente le relazioni collettive, si ritrovano insieme giuristi e studiosi che non nascondono le loro adesioni a partiti politici diversi come la democrazia cristiana o il partito comunista o che aderiscono addirittura a movimenti e a gruppi che si sono formati nella vicenda sessantottesca.

Nella prospettiva che stiamo cercando di definire per la comprensione dei processi di trasformazione degli statuti teorici e delle categorie fondative della scienza giuridica nel corso del decennio, è piuttosto interessante rilevare come il primo manifestarsi di fenomeni di messa in discussione del ruolo del giurista e di forte consapevolezza critica dei limiti delle impostazioni tradizionali è presente in tutta la generazione che giunge alla libera docenza e alla cattedra tra il '67 e il '72. Il primo connotato che sembra anzi riscontrabile nella fase della promozione dei convegni di studio e della nuova produzione scientifica è, infatti, *il dato generazionale*, nel quale sembrano ritrovarsi giovani studiosi provenienti da scuole e da indirizzi diversi. Questo basta a dimostrare già di per sé l'im-

---

(72) Basta pensare alle problematiche sollevate da L. MENGONI con una serie di interventi, ricchi e tempestivi, che vanno da *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1958, pp. 689 ss.; a *Gruppi organizzati e mediazione dei conflitti*, in *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Ed. Vita e Pensiero, Milano, 1981, pp. 159 ss. ed al rilievo degli interventi di P. RESCIGNO raccolti in *Persona e Comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966.

possibilità di ricostruire tutta questa vicenda attraverso il semplice riferimento ad ideologie o a differenti opzioni di valore, e consente invece di affermare che proprio nell'ambito di quella generazione, che si misura con l'esigenza di una nuova tematizzazione degli istituti privatistici, emerge con chiarezza che la questione di fondo va ben oltre gli aspetti puramente ideologici.

Si spiega così perché nella prima fase sembra che l'operazione di rinnovamento della cultura giuridica coincida con un movimento generazionale, ma si spiega anche perché, dopo la fase nella quale i percorsi sembrano convergere verso un unico obiettivo, successivamente si andranno definendo profonde differenze di orientamento e diventerà persino difficile la stessa continuazione dell'attività dei convegni e dei seminari collettivi. La ragione è semplice, e conferma la fecondità dell'impostazione che abbiamo cercato di dare a questa riflessione. Appunto perché non si tratta del tradizionale dibattito sull'interpretazione, appunto perché non si tratta di una ennesima rivolta contro il formalismo o di una pura riscoperta dell'ideologia, ma della messa in discussione dei nodi di fondo della teoria giuridica e in particolare della funzione legittimante della scienza giuridica e della legittimazione dell'ordinamento esistente; appunto, perciò, si intende che, a mano a mano che la riflessione si sviluppa sulle prospettive della funzione normativa in una società industriale e postindustriale e sul ruolo sociale del giurista, le scelte e gli orientamenti tendono a diventare più netti e tendono a radicalizzarsi le differenze delle impostazioni teoriche. Alla fase dei convegni e dei seminari segue così una fase nella quale viene assumendo più risalto la *stessa questione dell'oggetto della scienza giuridica*. Si può dire che al periodo in cui la proiezione in avanti, l'esigenza quasi di recuperare sul tempo perduto spingeva verso il confronto collettivo e l'elaborazione di proposte operative che mostrassero immediatamente la loro incisività, segue una fase nella quale alcuni degli studiosi che sono stati protagonisti delle esperienze richiamate ripiegano sullo studio della *storia*, o meglio ritornano allo studio della storia e *della formazione degli istituti e delle categorie del diritto*. In questi termini, per esempio, si capisce perché nell'ambito della scuola che si è venuta formando a Catania, la maggior parte degli studi monografici e delle ricerche che si condurranno nella seconda parte del decen-

nio, sono principalmente intesi a cogliere la determinazione storico-materiale degli istituti fondamentali del diritto privato e a esaminare gli effetti che l'impatto delle nuove forme dell'intervento pubblico sugli interessi sociali e sui gruppi organizzati determina sul piano istituzionale e sul tessuto normativo.

Penso alle ricerche sulla proprietà, sul risarcimento dei danni, sulla responsabilità, da un lato, e dall'altro alle ricerche che tendono ad analizzare le nuove forme di organizzazione degli interessi mediati dai nuovi apparati istituzionali prodotti dall'intervento pubblico e, in definitiva, a studiare le nuove forme di intreccio fra pubblico e privato (dalla legislazione di guerra alle riforme realizzate nel corso del fascismo e, successivamente, nella fase della ricostruzione e della rifondazione repubblicana della organizzazione sociale). Mi riferisco, in particolare, alle ricerche sul sistema finanziario, sul sistema bancario, sulla legislazione in materia di credito, sui consorzi agrari e così via<sup>(73)</sup>. In questa fase gli orientamenti della ricerca sembrano ridisegnare, in relazione appunto all'oggetto, al modo di definizione dell'oggetto della ricerca giuridica, i propri ambiti e i propri confini, dando vita a una sistemazione delle tendenze in parte diversa da quella che si era venuta esprimendo nella fase iniziale.

In termini molto schematici si può dire ad es. che (nel quadro di una nuova riflessione sul rapporto fra diritto ed economia) nell'ambito della scuola genovese si viene approfondendo l'applicazione dei parametri derivanti dall'analisi dei costi e benefici alla esperienza giuridica; nell'ambito, invece, della scuola catanese si accentua l'attenzione per gli aspetti funzionali agli assetti di potere: in questo caso il connotato principale è il riferimento al problema del rapporto fra *accumulazione capitalistica e consenso sociale*, come chiave di lettura delle regole e dei principi attraverso i quali si spiega il funzionamento dei nuovi apparati di mediazione e dei settori normativi che spesso vengono indicati come legislazione speciale o comunque come legislazione di settore.

---

(73) Esemplicativi di questa tendenza sono i saggi di A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina*, cit. e M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, Giuffrè, Milano 1980, e le ricerche sul credito di Vecchio, Camardi, Mineo, La Rocca e Cantaro.

9. Su un altro versante, ma sempre nel quadro delle risposte ai processi di crisi innescati nel decennio precedente, si manifesta, specie all'inizio degli anni '80, una vigorosa ripresa del *tecnicismo giuridico* e degli orientamenti che tendono a ridefinire le condizioni teoriche per una concezione del diritto come scienza logica e per una identificazione del ruolo dell'interprete nei termini di un mero traduttore degli enunciati normativi, portatore di una competenza specialistica, ma assolutamente libero da condizionamenti ideologici e valutativi <sup>(74)</sup>.

Si tratta di un'operazione più vasta tendente ad operare una riduzione del *diritto a tecnica di formalizzazione delle decisioni giurisprudenziali* e a tecnica di *derivazione degli enunciati normativi*.

Già in passato, del resto, tendenze di questa natura si sono venute manifestando, a fianco degli altri orientamenti che abbiamo esaminato, sostenendo l'applicazione del metodo matematico alla analisi giuridica e comunque la ipotizzazione di strumenti formali di misurazione tecnica delle operazioni dei giuristi, destinati a collegare gli enunciati normativi alla realtà empirica <sup>(75)</sup>. Tendenze che, in sintonia con altri orientamenti del sapere moderno, tendono a ridurre i problemi dell'analisi giuridica, al pari di altre scienze umane, a quelli della definizione delle modalità cognitive metodologicamente corrette, nel senso di un'assoluta coerenza formale del discorso e della possibile verificabilità empirica degli assiomi da cui si derivano conseguenti argomentazioni, sulla base di una *logica rigorosamente deduttiva*.

È opportuno parlarne adesso perché, in questa fase, la novità è principalmente rappresentata dall'uso consapevole delle acquisizioni del neo-positivismo logico e dell'applicazione dell'analisi del linguaggio alla scienza giuridica e alla struttura del discorso giuridico, allo scopo di risolvere nella « scientificità » il problema della legittimità.

Così come la filosofia analitica tende a ridurre il problema della scienza ad una teoria delle relazioni semantiche e sintattiche

<sup>(74)</sup> Sulla ripresa del tecnicismo si v. gli autori citati alla n. 2.

<sup>(75)</sup> V. da ultimo il saggio di S. AMATO, *Metodo e uso del metodo nel formalismo giuridico*, in *Riv. int. di filosofia del diritto*, IV serie, 1981, p. 373 (ivi ampia bibliografia).

dei segni, relazione che, come è noto, si assume come logicamente arbitraria, ma praticamente giustificata; analogamente la scienza giuridica tende a ridurre il lavoro dello studioso del diritto alla analisi del linguaggio del legislatore e il problema della ricostruzione del sistema a quello delle relazioni tra i segni contenuti in ciascuna norma<sup>(76)</sup>. Si legga, per esempio, già a questo orientamento l'indagine svolta dai commercialisti e in particolare da Floriano D'Alessandro sul tema della persona giuridica e il tentativo di dimostrare come la maggior parte dei *concetti dommatici*, tradizionalmente adoperati nella cultura giuridica come rappresentazioni di entità oggettivamente esistenti nella realtà, siano in realtà meri *concetti riassuntivi*, concetti teorici-riassuntivi, utili essenzialmente per operare semplificazioni nel linguaggio giuridico, ma nella sostanza privi di referenti reali<sup>(77)</sup>. Il compito dello scienziato giurista, di fronte al tema della personalità giuridica, attribuita alle società per azioni o altri enti collettivi, si risolve in quello di chiarire come tale concetto non designi nient'altro che un insieme di norme che regolano o in conformità o in deroga al diritto comune aspetti della condotta umana e che solo per comodità, o per espediente di linguaggio, vengono riassunti nel concetto giuridico di persona giuridica.

Analogamente un altro tema, che per tanto tempo ha suscitato appassionati dibattiti e schieramenti ideologici nel campo della scienza giuridica, come quello del diritto soggettivo e del ruolo che la volontà del soggetto ha nella costruzione dell'ordine normativo, viene affrontato dagli analisti del linguaggio, e in particolare da Natalino Irti, con la medesima impostazione, arrivando alla conclusione che anche in questo caso si tratta di concetti — quello di diritto soggettivo e quello di soggetto di diritto — assolutamente privi di riferimenti a corrispondenti realtà materiali o pratiche; di concetti, appunto, meramente riassuntivi di norme, che svolgono essenzialmente un ruolo « linguistico » inteso a semplificare il linguaggio del legislatore e che possono essere sostituiti attraverso formulazioni più analitiche, in grado di designare in modo formalmente più corretto il collegamento tra diversi campi nor-

---

(76) V. A.A. cit. alla nota 31.

(77) F. D'ALESSANDRO, *op. loc. cit.*

mativi <sup>(78)</sup>. Come Irti tenterà brillantemente di dimostrare, le nozioni di diritto soggettivo e di soggetto giuridico non designando alcunché di realmente esistente possono essere eliminate dallo strumentario concettuale del giurista, o comunque possono essere adoperati, a condizione che sia chiaro che si tratta di meri concetti riassuntivi di norme — o come è stato detto — di nessi teorici intermedi.

Per questo orientamento, dunque, il diritto è un insieme di parole consegnate in documenti che hanno la funzione di prescrivere i comportamenti a soggetti diversi, ma che non hanno altro significato al di fuori di quello che si può ricavare dalla *connessione dei segni* adoperati dal legislatore, secondo le regole della grammatica e della sintassi, e della *logica deduttiva* che presiede alla trasformazione di un enunciato più generale in un enunciato più particolare. *Oltre il linguaggio* giuridico e il linguaggio del legislatore *non c'è alcuna entità* metalinguistica obiettiva. Non c'è nessuna realtà pratica dotata di senso autonomo, che influisca in qualche modo sul significato da dare alle parole del legislatore. Il lavoro del giurista sembra così organizzabile su due piani differenti, che in qualche modo ripropongono la distinzione kelseniana tra dottrina pura del diritto e giurisprudenza pratica. In particolare, come scienza del linguaggio legislativo, la scienza del diritto sembra presentarsi come un'attività assolutamente rigorosa e formalizzata, indipendente da ogni forma di condizionamento esterno, e diretta essenzialmente a definire le modalità tecniche della traduzione dei diversi enunciati normativi e la descrizione del loro reciproco rapporto. Viceversa, l'attività del giurista pratico, dell'operatore giuridico, si risolve in una tecnica argomentativa intesa a giustificare le *conseguenze pratiche* (che si *vogliono* produrre), mediante l'applicazione di una norma; e in definitiva a *persuadere*, attraverso la capacità stessa della *linea argomentativa* adoperata <sup>(79)</sup>.

È su questo punto, tuttavia, che si manifestano le difficoltà maggiori dell'orientamento che stiamo considerando, e cioè sul terreno del rapporto tra *scienza del diritto*, analisi del linguaggio

---

<sup>(78)</sup> V. gli autori citati alle note 31 e in particolare i saggi di N. IRTI, e F. D'ALESSANDRO.

<sup>(79)</sup> V. nota 37.

del legislatore dal punto di vista del giurista scienziato, e *giurisprudenza pratica/attività dell'interprete*, chiamato ad entrare nel vivo di conflitti e costretto a formulare ipotesi idonee ad esprimere e a produrre soluzioni pratiche di problemi pratici. Questa difficoltà si manifesta in modo evidente allorché si tratta di porre sulle stesse basi di avalutatività e di neutralità, caratteristiche dell'analisi del linguaggio del legislatore, anche l'attività dell'interprete e dell'operatore pratico; non solo allo scopo di definire il collegamento fra la scienza giuridica, il discorso sul metodo e la giurisprudenza pratica (le operazioni che si compiono in nome del diritto), ma principalmente allo scopo di riaffermare la *neutralità dell'interprete* e la *neutralità del diritto* rispetto alla politica e alla ideologia.

Non a caso su un terreno di continuità rispetto al neo-positivismo giuridico, si colloca il più recente tentativo di trasferire nel campo della giurisprudenza l'uso della computerizzazione, dando vita a quell'orientamento rivolto essenzialmente ad obiettivi pratici, a garantire cioè uniformità e certezza delle decisioni, che va sotto il nome di *giuscibernetica*. Sotto questo aspetto, la giuscibernetica è una conseguenza coerente e in qualche modo necessitata dell'impostazione dell'analisi del linguaggio, giacché essa tende non solo a un livello massimo di formalizzazione del rapporto fra gli enunciati normativi e le prescrizioni contenute in una decisione giurisprudenziale, ma perché, attraverso la giuscibernetica, si tende a sopprimere la stessa possibilità che l'inserimento nel processo applicativo del punto di vista dell'interprete possa deformare o manipolare il corretto significato che andrebbe attribuito alla norma legislativa. Insomma, automatizzare il percorso applicativo del diritto significa in qualche modo convalidare l'ipotesi che l'interpretazione sia riducibile ad un fatto puramente tecnico dove non c'è spazio per conflitti di valori o per differenti opzioni ideologiche. Solo per questa via appare del resto riformulabile la tradizionale affermazione della scienza giuridica che configura la giurisprudenza come una tecnica neutrale e che tende a configurare il ruolo dell'interprete nei termini di operazioni logiche assolutamente asettiche<sup>(80)</sup>.

---

(80) V. Autori citati alle note 31, 37.

L'esito giuscibernetico dell'orientamento analitico, anche se costituisce una possibile, anzi la più coerente conseguenza dell'impostazione dei giuristi analisti, tuttavia, finisce con l'evidenziare i limiti di una impossibile automazione totale; permane, infatti, lo scarto tra l'analisi del linguaggio del legislatore svolta dallo scienziato e le operazioni pratiche compiute dall'operatore giuridico, dal giudice e dall'avvocato; operazioni che finiscono quasi sempre col denunciare la presenza di premesse ideologiche e di giudizi valutativi.

In realtà, sia la linea di pensiero che si esprime nella corrente dell'analisi del linguaggio, sia la considerazione del suo concreto atteggiarsi nella storia del pensiero giuridico (la sua parentela con la scuola dell'esegesi del primo codice napoleonico), sia ancora le difficoltà incontrate nel definire il rapporto tra il livello dell'analisi giuridica e il livello dell'interpretazione e della prassi giudiziaria, denotano più che una semplice ascendenza di questa scuola in taluni orientamenti e filoni dell'illuminismo giuridico prima e del positivismo dopo. Non a caso, come è stato ricordato in un recente saggio di un giovane studioso di filosofia del diritto<sup>(81)</sup>, l'attrazione per le leggi geometriche e matematiche si comincia a manifestare assai presto nella cultura giuridica e non è difficile ritrovare alcune analogie persino tra le scoperte di Galileo e le tesi di Ugo Grozio. Calcolo matematico e verifica empirica appaiono a Galileo come le uniche garanzie per una corretta attività di costruzione dei propri strumenti, da parte dell'uomo. E analogamente calcolo matematico e verifica empirica degli assiomi fondativi, costituiscono per la scienza giuridica la via per ricostruire un rapporto di tendenziale identificazione fra la razionalità del metodo e la prassi delle operazioni pratiche. Il punto di forza che sta alla base di questi orientamenti è, insomma, la ricerca di una forma di razionalità in grado di garantire allo stesso tempo la correttezza delle operazioni logiche compiute dallo scienziato e la convenienza operativa delle deduzioni pratiche che da essa si possono ricavare. Una razionalità che si consegna interamente all'idea di *scienza esatta* e che finisce con l'identificare la correttezza del metodo in senso formale e la convenienza dei risultati sul

---

(81) S. AMATO, *op. loc. cit.*



piano pratico; che finisce, cioè, coll'identificare teoria del diritto e tecnica dell'uso delle norme, da un lato, tecnica dell'uso delle norme e giurisprudenza pratica, dall'altro.

A differenza di quanto accade per le scienze naturali, tuttavia, nella scienza giuridica l'assunzione di questa impostazione conduce a esiti completamente diversi una volta che sia stata constatata la impossibilità, in questo caso, di far riferimento, in termini di prova, ad avvenimenti e accadimenti di tipo naturalistico. Una volta che sia constatata l'assenza di una natura « come elemento oggettivo » di verifica dell'ipotesi scientifica, o che siano accolti i risultati delle più recenti tendenze epistemologiche, secondo le quali non esiste un ordine oggettivo delle cose (ma, al contrario, esiste soltanto la capacità del soggetto di dare ordine alle cose, attraverso il linguaggio, nominandole e classificandole), diventa chiaro che *l'unica oggettività possibile* è quella che risulta consegnata nelle regole grammaticali e sintattiche e nella *struttura logica di ciascun universo di discorso*. Non appena, infatti, la scuola dell'analisi del linguaggio si incontra con le più raffinate conclusioni sulla scienza della teoria analitica e della scuola di Vienna, diventa inevitabile che il riferimento ad ogni verifica empirica, ad ogni verificabilità pratica del discorso analitico sul diritto, sia totalmente cancellato per restare fermi, invece, al puro calcolo linguistico che definisce le possibilità di combinazione tra i vari segni adoperati dal legislatore. Una *razionalità logica*, dunque, che si condanna, tuttavia, alla più rigorosa chiusura del proprio discorso e all'impotenza rispetto ai *problemi della produzione di senso* che sembrano assillare la vita quotidiana. L'analista del linguaggio sembra così ancora una volta diviso fra l'esigenza della scientificità del suo argomentare, la difesa della sua neutralità e la visione della giustizia e del diritto che non solo vive dentro la storia, la cultura di ciascuno studioso o interprete, ma sollecita ciascun operatore delle norme a prendere posizione rispetto ai conflitti di valore<sup>(82)</sup>.

Il problema della *ratio* e del rapporto con la *voluntas* ritorna inevitabilmente non appena l'analista del linguaggio si misura con la realtà normativa del nostro tempo: la realtà della *frantu-*

---

(82) Ancora attuali le riflessioni di L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 1954.

*mazione legislativa*, del particolarismo della legislazione speciale, del venir meno insomma dei presupposti che sembrava possibile porre alla base di una siffatta configurazione dei compiti dello studioso del diritto.

È significativo, sotto questo aspetto, che nel corso di questa complessa vicenda che stiamo tentando di decifrare, proprio dai fautori del formalismo giuridico e della scienza giuridica come analisi del linguaggio legislativo (ma anche da altri versanti), viene rilanciato il problema del codice e della necessità di ricostituire un sistema di regole generali capace di dar vita ad un corpo unitario. Sono proprio Natalino Irti e Francesco Busnelli che apriranno, sia pure in termini problematici, la riflessione sull'idea di codice; ma è principalmente F. Busnelli a fare appello alla codificazione come necessità di ritrovare un terreno per la razionalità giuridica<sup>(83)</sup>. È significativo non solo perché *l'idea di codice* appare come uno degli sviluppi del diritto naturale moderno, insieme all'idea di neutralità del giudice e di imparzialità dell'interprete, ma perché al di là di questa pur rilevante derivazione storico-culturale, è evidente che l'idea di codice non solo allude ad una forma di razionalità unificante tutte le condotte umane riconducibili sotto lo schema giuridico, ma suppone ancora di più la possibilità di unificare i diversi campi normativi, i diversi contesti normativi, attorno a una *figura soggettiva unitaria*. Non a caso — come ha sottolineato Rodotà in un Seminario svoltosi qualche anno fa ad iniziativa del Gramsci romano sul problema della codificazione<sup>(84)</sup> — l'idea di codice si è sviluppata sulla base di una operazione di riduzione delle diverse figure sociali ad un'unica figura unificante, la *figura del proprietario* moderno e libero scambista (e del resto anche le altre codificazioni, comprese quelle dei paesi socialisti, come per esempio la codificazione della Repubblica Democratica Tedesca, si fondano essenzialmente sulla possibilità di ridurre le diverse figure sociali ad una figura unica capace di rias-

---

<sup>(83)</sup> Mi riferisco al volume su *Legge, Giudice e Politica* e agli interventi svolti nei convegni richiamati nella nota 1.

<sup>(84)</sup> *Seminario sul codice civile*, svoltosi a Roma il 28 aprile 1981 e il Seminario sul *Rapporto tra ricerca giuridica e società*, svoltosi a Bologna, il 25 maggio 1983.

sumerle e rispetto alla quale può continuare a funzionare il principio dell'*eguaglianza giuridica*). Vale la pena di sottolinearlo; questa connessione tra idea di *codice e unitarietà* del soggetto, richiama fortemente l'idea di una *egemonia sociale* capace di definire un parametro generale di misura dei comportamenti sociali ed umani accettato e condiviso dalla larghissima maggioranza del popolo. A riprova di questa affermazione, è agevole osservare che il deperimento dei codici e l'espansione degli interventi legislativi speciali e del nuovo particolarismo legislativo, sembrano corrispondere ad una fase in cui non esiste più un'egemonia sociale capace di produrre una razionalizzazione unificante, ma, al contrario, si manifesta una tendenza diffusa all'organizzazione settoriale e particolaristica degli interessi la quale tende a produrre una forma di legge più espressiva di singoli *scambi politici* che di valutazioni di *ordine generale*.

L'idea di rilanciare il tema della codificazione non solo scopre in qualche misura le carte delle ascendenze giusnaturalistiche di gran parte della cultura giuridica ma esprime fortemente una esigenza di razionalità sostanziale che non è dato assolutamente ritrovare fra i presupposti analitici della teoria del circolo di Vienna, ma, anzi, sembra stridere profondamente con quella veduta e con gli esiti di quella impostazione epistemologica.

In realtà, non c'è codice senza soggetto unitario e non c'è soggetto unitario senza mercato, senza libera concorrenza senza distinzione tra pubblico e privato, insomma senza gli istituti che hanno dato vita allo Stato di diritto moderno e al capitalismo concorrenziale. La fine dell'idea di codice è sotto questo aspetto un sintomo estremamente rilevante della crisi della soggettività giuridica-tradizionale, della razionalità e delle forme tradizionali di legittimazione della scienza giuridica, ed evidenzia in modo netto e direi irreversibile la connessione strutturale tra sistema delle fonti, struttura logica delle norme e sistema e struttura delle figure sociali e delle forme di soggettività. Ed invero, mentre da una parte viene rilanciata l'idea di codice in un estremo tentativo di ritrovare il bandolo della razionalità giuridica; sul versante opposto viene seguita la linea diversa di procedere ad una *decodificazione* dei rapporti sociali e alla progressiva introduzione di *Statuti differenziati*, in grado di esprimere la diversa organizzazione degli

interessi, la diversa dislocazione sociale delle varie figure a cui va riferito il regolamento giuridico, e di elaborare, attraverso siffatti statuti, strumenti adeguati per una tutela degli interessi delle minoranze economiche, sociali, politiche, di fronte alla realtà di un intervento pubblico invasivo ed espansivo in tutti gli ambiti della vita economica e sociale. L'idea di Statuto dei soggetti, infatti, sembra corrispondere singolarmente all'idea di una società organizzata secondo un modello neo-corporativo (ad una società nella quale le scissioni attraversano le diverse figure sociali a partire da quella che situa in modo diverso il cittadino-lavoratore e il cittadino-consumatore) ed appare come la strada più idonea a realizzare le condizioni per una *diffusa pratica di scambio politico tra i diversi gruppi organizzati*; scambio politico al quale la legislazione deve limitarsi a dare sostegni o sanzioni formali, ma che non può irrigidire dentro schemi unificanti<sup>(85)</sup>. Anche qui appare comunque evidente che il problema affrontato sotto la « questione Codice » e sotto la questione della forma della legge è in definitiva quello del rapporto tra sistema delle fonti e soggetti sociali. È, in definitiva, quello delle forme di legittimazione dell'agire legislativo e giuridico, e della produzione legislativa in generale.

In una società caratterizzata da forti spinte all'organizzazione particolare degli interessi, sia o non sia lo Statuto la forma di identificazione dei nuovi attori giuridici, è, infatti, fuori discussione che il problema di fondo resta quello della legittimità dei parametri a cui può essere affidato il compito di criteri di qualificazione giuridica delle condotte sociali e umane.

10. Sembra impossibile, dunque, uscire dalla polarità tradizionale tra *ratio* e *voluntas*, tra legge come atto di volontà e rapporti sociali come strutture entro cui si organizza il vivere umano. Sia l'una che l'altra tendenza (quella degli analisti del linguaggio e quella dei nuovi fautori dell'organizzazione giuridica per Statuti) esprimono l'esigenza di non ridurre il compito del giurista a quello di servitore dell'arbitrio o della volontà di chi può legiferare sulla società ed esprimono la tendenza ad andare

---

<sup>(85)</sup> RODOTÀ, *op. cit.*

oltre le razionalizzazioni che i diversi metodi — anche se formalmente ineccepibili — consentono di realizzare<sup>(86)</sup>.

In verità, dopo il « disincantamento del mondo del diritto » che in qualche modo si è consumato nel corso degli ultimi decenni, la strada per una riformulazione della razionalità giuridica e della legittimazione dell'ordinamento positivo, appare sempre più difficile sotto i diversi angoli visuali che si vengono assumendo nelle scuole sin qui esaminate (e all'interno di un quadro di riferimento che continua a tener fermi i concetti di scienza e di rigore scientifico così come sono venuti definendosi nell'ambito delle scienze naturali).

Una via diversa, che per certi aspetti richiama la grande operazione di Kelsen, e che, tuttavia, si svolge sul terreno di una più realistica visione dei rapporti tra legge, norma e società, sembra quella che finisce con l'assumere come parametro ultimo quello

---

(86) Questo interrogativo è posto esplicitamente da G. Gozzi, *op. loc. cit.* « Quale può essere il fondamento di una *ratio* che si opponga alla nuova forma (tardo-capitalistica) della *voluntas*? ».

HABERMAS ha tentato una risposta nel saggio su *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Laterza, Bari, 1975, p. 9. (il titolo originale dell'edizione tedesca è *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1973).

Ma come osserva ancora Gozzi: « Habermas cerca una via che lo porti oltre la chiusura delle connessioni sistemiche (Luhmann) verso una ragione fondata nella comunicazione di soggetti liberi. Il tentativo di definire, chiarisce la continuità di J. Habermas con la problematica più significativa della Scuola di Francoforte. Contro l'analisi del sistema viene rivendicata la possibilità di una coscienza che rimetteva in discussione le pretese di validità delle norme vigenti. Di nuovo si torna al problema della giustificazione e con ciò alla dicotomia azione/discorso. Ma come fondarla se la soggettività si forma solo all'interno di un processo di socializzazione dominato dalla logica dell'identità contro la quale sembra che il non-identico non abbia alcuna possibilità?... Habermas propone come soluzione un'etica comunicativa o morale universalistica che assicura la libera formazione della volontà e ricomponne morale e diritto « ... ma, a sua volta, risolve la coscienza nel funzionamento di regole e di norme prive di fondamento. L'origine di questa definizione della coscienza risiede nella separazione, posta da Habermas, delle relazioni normative e delle strutture materiali. La coscienza non si forma in riferimento all'essere sociale, ma in uno scambio intersoggettivo. L'identità matura in un gioco interattivo che si limita a registrare le emergenze non spiegate e inspiegabili dell'essere ».

dell'*utilitarismo pratico*, della convenienza sociale e dei *vantaggi tattici* che l'adozione di una determinata teoria e di un determinato metodo possono offrire rispetto alla complessità dei problemi che l'ambiente sociale prospetta. Mi riferisco, in particolare, al pensiero di Niklas Luhmann<sup>(87)</sup> che, per molti aspetti, può essere considerato come il continuatore della tradizione kelseniana dell'auto-legittimazione del sistema e che, tuttavia, introduce con molta spregiudicatezza il *punto di vista* della convenienza sociale e dell'*utilità pratica* realizzabili attraverso la differenziazione del sistema sociale in una serie di sottosistemi relativamente indipendenti. Ad esempio, il sistema statale, il sistema amministrativo, il sistema giudiziario, il sistema economico, il sistema sociale in senso stretto e così via. Il ragionamento di Luhmann sul diritto muove dalla considerazione che la divisione dei poteri e la separazione organizzativa tra legislativo, esecutivo e giudiziario offre una serie di vantaggi tattici che non possono essere assicurati da altri strumenti.

In particolare, secondo Luhmann, (che come è noto afferma la necessità di sostituire la tradizionale coppia causale con la quale ha proceduto il pensiero scientifico riflettendo sul rapporto tra diritto e società, con la nuova coppia « sistema-ambiente », intendendo con il primo l'insieme delle tecniche, delle procedure, degli strumenti organizzativi che permettono di definire e attuare determinate strategie di azione e con il secondo (l'ambiente) l'insieme delle aspettative e degli interessi che si muovono nell'ambito sociale e che sollevano problemi) *il sistema giudiziario è chiamato, nell'ambito di una opportuna differente articolazione delle funzioni del sistema nel suo complesso, sia a garantire la copertura delle istanze decisionali che non possono essere risolte politicamente o a neutralizzare le istanze che si contrappongono al sistema politico (traducendo ad esempio i conflitti collettivi in conflitti individuali), sia a compensare parzialmente l'eventuale cattivo funzionamento del sistema politico-amministrativo. In altri termini, l'apparato giu-*

---

(87) Fra i numerosi scritti di N. LUHMANN, si vedano in particolare *Stato di diritto e sistema sociale*, introduzione all'edizione italiana di ALBERTO FEBBRAJO, Guida Editori, Napoli, 1978; *Sociologia del diritto*, trad. it. di Alberto Febbrajo, Laterza, Bari, 1977; *Potere e complessità sociale*, a cura di Danilo Zolo, Il Saggiatore, Milano, 1979; *Illuminismo sociologico*, introduzione di DANILLO ZOLO, Il Saggiatore, Milano, 1983.

diziario diventa *destinatario* di problemi insorgenti nell'ambiente sociale che non possono essere risolti sul terreno politico perché evidenziano situazioni non riconducibili a schemi generali di comportamento e, allo stesso tempo, destinatario dell'*istanza di controllo* sull'attività dell'amministrazione e sulla attività dei partiti politici trasformando conflitti collettivi, astrattamente pericolosi per l'equilibrio del sistema, in controversie giudiziarie risolubili mediante una decisione individualizzata.

Insomma, il sistema giudiziario è allo stesso tempo uno strumento di controllo della sfera politica e anche uno strumento di spoliticizzazione dei conflitti che consente di selezionare i problemi e i rischi presenti nell'ambiente sociale. Tutta la riformulazione della teoria della divisione dei poteri che Luhmann prospetta è ispirata a questa duplice esigenza: da un lato impedire che il potere costitutivo del sistema si concentri in una sola sfera o in un solo punto; dall'altro permettere che il potere sistemico sia immunizzato dai rischi di sovvertimento attraverso una articolazione (del sistema e del potere) in sottosistemi relativamente autonomi e capaci così di selezionare i rischi e di rielaborare i problemi sollevati dall'ambiente sociale (si tratta cioè di uno schema che riproduce il modello cibernetico). È su questa base che, secondo Luhmann, la divisione dei poteri consente, da un lato, di neutralizzare l'invadenza totalizzante del potere politico, costringendolo ad assumere per le sue decisioni vincolanti la *forma di leggi generali* inseribili coerentemente nel tessuto normativo, e, dall'altra, di dar vita a sottosistemi (quello dell'apparato amministrativo e quello dell'apparato giudiziario) cui spetta il compito di attuare le decisioni politiche, ma anche di controllarne la correttezza, dando vita a un *sistema decisionale fortemente differenziato* che permette « di far scivolare i problemi dall'ambito dei partiti al sistema legislativo, all'esecutivo fino al giudiziario e viceversa », a seconda di dove si trovino le migliori possibilità di soluzioni.

Ciò richiede (secondo Luhmann) un processo di *positivizzazione del diritto* spinto alle estreme conseguenze, giacché, come egli stesso dice, « noi viviamo in una società che considera tutto il suo diritto come legge e che quindi ha anche la possibilità di trasformarlo; il diritto è così diventato contingente selezionato e dipendente da decisioni che possono essere mutate, il fondamento

della sua validità risiede in un fattore variabile, ciò significa che per la prima volta nella storia deve essere organizzata nel sistema politico una continua responsabilità dell'intero diritto, del diritto che di volta in volta si stabilisce o si muta »<sup>(88)</sup>.

Parole chiare che denotano la visione di cui Luhmann è portatore e che chiaramente assumono la connotazione del diritto come tecnica particolare la cui efficacia è da apprezzare unicamente sulla base dei risultati convenienti dal punto di vista del sistema. Proprio per questo il sistema giudiziario e l'argomentazione giuridica devono mantenersi neutrali rispetto alla politica, anche se il loro compito è di adattare razionalmente l'intero diritto esistente alle fluttuanti possibilità di consenso della politica. Precisamente, la funzione della giurisdizione è quella di mantenere un sistema differenziato di selezione e di attività decisionale che corrisponde all'*esigenza* del sistema nel suo complesso *di mutare* attraverso la propria articolazione e differenziazione in sottosistemi. È decisivo, sotto questo punto di vista, che la *giurisprudenza* si muova, da un lato, nel quadro formale rappresentato dalla coerenza degli enunciati normativi; dall'altro, orientando la propria azione sempre nel senso di *decisioni su singoli casi* (attuando così la spoliticizzazione dei conflitti ed evitando che si possano formare « vasti fronti di opposizione » capaci di esprimere forme di contestazione globale del potere sistemico).

---

<sup>(88)</sup> N. LUHMANN, *Stato di diritto, loc. cit.* In realtà come ha osservato G. GOZZI, *Le trasformazioni della società e le forme storiche del potere*, in *Aut-aut*, 175-76, pp. 157 ss. « Lo schema di Luhmann rinvia *analogicamente* alla logica di sviluppo dei sistemi biologici; egli oppone la sua 'teoria funzionale del sistema' ad ogni approccio organicistico che intende il sistema come "un tessuto di rapporti che ordinano le varie parti in un tutto" e intende piuttosto "il senso della formazione del sistema non solo in un ordine puramente interno di parti, ma nel conflitto del sistema con il suo ambiente". Tuttavia questo modello applicato alle scienze politiche e sociali si risolve nella rimozione della conflittualità sociale come principio delle ristrutturazioni del sistema e nella scomparsa del soggetto, mentre l'evoluzione viene assunta a ipostasi metafisica ». La conservazione del sistema esige una definizione delle possibilità compatibili con la sua stabilità; ciò che avviene attraverso la riduzione operata dal sistema politico. Per questa via il *senso* dell'azione soggettiva finisce col diventare un attributo del sistema e non più una forma dell'intenzionalità soggettiva.



Su questa base, che riduce il diritto ad una particolare e peculiare *tecnologia sociale* per il controllo dei problemi posti dall'ambiente al sistema, Luhmann ritiene necessario definire i *presupposti istituzionali* che possono garantire lo svolgimento di questi compiti e perciò si cura in modo particolare degli strumenti attraverso i quali può essere assicurato il massimo di indipendenza e di autonomia alla sfera giurisdizionale, la formazione del ceto dei giuristi, le tecniche argomentative che sono idonee a mettere il sistema giudiziario al riparo da un'influenza diretta del sistema dei partiti.

La *ragione* ultima che sembra giustificare l'impostazione luhmaniana è, dunque, la *valutazione dei vantaggi tattici* che si conseguono attraverso la divisione dei poteri e le istituzioni preposte a garantire la relativa separazione di diritto e politica. E in definitiva a garantire la sopravvivenza del sistema, del potere sistemico di controllo, di fronte alla tumultuosa modificazione degli equilibri sociali e agli incessanti tentativi di far valere nuove domande o nuove pretese verso il sistema statale-politico-amministrativo: insomma di garantire il sistema dal rischio della sua dissoluzione, attraverso una opportuna capacità di selezionare i rischi compatibili e di distribuirli sui vari sottosistemi.

La presa sui giuristi italiani del pensiero di Luhmann è piuttosto relativa e recente. E, tuttavia, non si può fare a meno di notare come in qualche misura già nelle implicazioni tecnocratiche, che erano presenti in alcuni filoni del diritto amministrativo e della scienza dell'amministrazione e in alcuni orientamenti della scuola che abbiamo chiamato dell'economia del benessere, fosse presente l'esigenza di attrezzare il giurista mettendogli a disposizione una tecnologia capace di assicurare lo svolgimento della funzione del controllo sociale, e della massimazione dei vantaggi realizzabile attraverso l'uso di parametri e di *standards* commisurati all'utile sociale ed economico complessivamente inteso.

Anche qui dunque ci troviamo di fronte — come già abbiamo rilevato prima — ad un *tentativo di autolegittimazione del sistema giuridico e dell'attività dei giuristi* che prescinde o sembra prescindere da una teoria del diritto (o della giustizia) e delle fonti nei termini tradizionali. Un tentativo di sfuggire al problema del rapporto tra la *ratio* e *voluntas*, tra diritto e società, tra diritto e

storia che riecheggia, come più volte sottolineato, l'impostazione kelseniana.

Mentre Kelsen però continuava a fondarsi sull'ipotesi della *esistenza di forme trascendentali del pensiero*, capaci di organizzare esperienze secondo lo schema kantiano; Luhmann e i suoi seguaci tendono a costruire un sistema assolutamente privo di riferimenti soggettivi, capace di svilupparsi secondo la propria logica interna e come tale fondato essenzialmente su se stesso. Sembra così portato a compimento il disegno di un *sistema giuridico senza soggetto*, in senso forte, di un sistema giuridico che può essere pensato e analizzato senza riferimenti extra normativi; un sistema giuridico in cui il *diritto* è essenzialmente tecnica sociale, una giurisprudenza e una scienza giuridica che possono essere formalizzate dentro gli schemi della *tecnologia sociale*. Sembra, infatti, che il problema della giustizia, dei contenuti materiali della giustizia, del rapporto tra *ratio* e *voluntas* sia stato definitivamente superato; che non esiste altro diritto che quello legale, posto cioè attraverso la legislazione formale, e che la *ragione* che sta alla base del funzionamento del sistema giuridico sia quella di produrre motivazioni adeguate per rendere accettabili le soluzioni individualizzate, espresse nelle sentenze dei giudici. Non a caso — giova qui ricordarlo — la teoria dei sistemi si propone di superare l'opposizione radicale o dialettica di uomo e società con la quale il XIX secolo ha cercato di esprimere la sua condizione, giacché considera l'uomo non più come parte del sistema sociale, ma come ambiente problematico del sistema stesso: « nessun uomo è veramente contenuto nei sottosistemi e nessun sottosistema può pretendere di abbracciare la totalità dell'identità umana »<sup>(89)</sup>. L'uomo si troverebbe così nella condizione di progettare e mantenere un mondo infinitamente aperto, estremamente complesso e onticamente indeterminato, contingente. Ma allo stesso tempo deve rinunciare alla pretesa di trovare espressione esaustiva in una delle forme attraverso cui si esprime e vive l'organizzazione sociale (la forma giuridica, la forma politica, la forma economica). E conclude — ancora Luhmann — se così è non c'è contraddizione fra tecnica e uma-

---

(89) N. LUHMANN, *op. loc. ult. cit.*

nità, come non c'è contraddizione tra tecnocrazia e democrazia. Si giunge così al *punto estremo del tentativo di rifondazione del diritto*, di una rifondazione del diritto che tende a far leva su una nuova razionalità (non solo non riferibile al soggetto ma) *che addirittura deve prescindere dal riferimento al soggetto*.

È lo stesso Luhmann in alcuni scritti e saggi successivi a sviluppare però l'autocritica della propria impostazione. Nonostante tutto *il problema del senso, della produzione di senso*, finisce con l'avere il sopravvento sulla logica sistemica. E lo stesso Luhmann è costretto a riconoscere che si sta assistendo a una *irruzione dell'umano all'interno del sistema*, in dimensioni tali da mettere a repentaglio la stessa capacità del sistema di sopravvivere mediante l'autodifferenziazione in sottosistemi. L'irruzione dell'umano sconvolge la logica sistemica, così come Luhmann è costretto ad ammettere che la politicizzazione massiccia e crescente dei termini dei conflitti, che sono sottoposti al giudice e all'analisi del giurista, tende sempre più a scompaginare il tradizionale sistema di divisione dei poteri che ha consentito sin qui la concezione del giudice e dell'interprete come portatori di un sapere e di un potere neutrali<sup>(90)</sup>.

Ancora oggi, dunque, come già con Kelsen, sembra riproporsi il problema del rapporto tra democrazia e Stato di diritto, tra *ratio* e *voluntas*. Sembra impossibile prescindere dal profondo rivoluzionamento che l'irruzione dell'idea democratica ha determinato nella struttura e nel funzionamento dell'ordinamento giuridico. In termini ancora più drammatici di quanto non sia accaduto sin qui, si ripropone la questione della legittimazione dei poteri attraverso i quali avviene la produzione normativa e vengono prese le decisioni destinate a vincolare le attività pratiche di altri uomini.

La partita si riapre, e ancora una volta sembra riprodursi dentro la scienza giuridica e dentro la riflessione sul diritto l'antica polarità e l'antica scissione tra il problema della positività e della scientificità delle norme, destinate a regolare la condotta sociale, e il problema dei contenuti materiali e dell'idea di giustizia: il

---

(90) Ancora N. LUHMANN, *Una teoria politica nello Stato del benessere*, Franco Angeli, 1981, pp. 170 ss. e *passim*.

*problema del fondamento*, la questione del fondamento delle norme e della vincolatività delle decisioni.

La frattura ha già attraversato vistosamente il pensiero di coloro che hanno vissuto la vicenda concettuale e politica che va dagli anni '20 all'avvento del nazismo e del fascismo e alla riconquista della democrazia dopo la seconda guerra mondiale. Kelsen ne è una manifestazione evidente; non a caso riflettendo sulla elaborazione di Hans Kelsen, sui suoi scritti e sulla struttura del suo pensiero non appare facile definire la linea di continuità che, sul piano delle categorie concettuali e dell'analisi scientifica, consente di unificare il pensiero kelseniano sulla teoria del diritto, sull'autonomia della scienza giuridica e le riflessioni (di Kelsen) sul problema della democrazia, sul valore della democrazia. Non a caso è stato rilevato che gli scritti sulla democrazia denotano una commistione di scienza e politica, di analisi formale dei meccanismi di funzionamento del sistema democratico e di giudizi di valore, di valutazioni circa gli obiettivi da assegnare alle istituzioni democratiche, che appaiono, almeno ad una prima lettura, così poco kelseniani da far dubitare che tra il Kelsen della democrazia e il Kelsen della teoria pura del diritto ci sia un rapporto riconducibile ad uno statuto teorico concettualmente unitario<sup>(91)</sup>.

In verità, la scissione che agisce dentro il pensiero kelseniano attraversa anche il pensiero di un « altro grande » di questo periodo destinato a influire nel corso dei decenni successivi sulla ricerca sociale di giuristi, economisti e sociologi. Penso agli scritti di Max Weber sul capitalismo, alla sua riflessione sulle ragioni dei processi degenerativi che colpiscono i paesi del socialismo reale; penso alla distanza che separa l'ossessiva pretesa alla neutralità della scienza e alla avalutatività dell'analisi sociale negli scritti di Weber sul metodo (e sulla configurazione dell'agire strumentale) dagli scritti di Weber che tendono a « prescrivere » i modelli di organizzazione sociale che appaiono desiderabili dal punto di vista delle

---

<sup>(91)</sup> V. da ultimo la nota di S. AMATO, *H. Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, in *Riv. internaz. di filosofia del diritto*, 1981, p. 62 s. (ivi rassegna del dibattito svoltosi in occasione del Convegno organizzato dall'Istituto dell'Enciclopedia italiana insieme allo H. Kelsen-Institut di Vienna, svoltosi a Roma nell'ottobre del 1981).

istanze di libertà e dal punto di vista della realizzazione dei valori fondamentali dell'etica sociale.

La scissione che opera attivamente dentro il pensiero di Kelsen e dentro il pensiero di Weber, per citare due autori che appaiono emblematici di una intera fase di sviluppo del pensiero occidentale, si ripropone nella vicenda che abbiamo cercato di ricostruire come una polarità irrisolta, e forse irrisolvibile, tra il problema di una analisi del diritto che dia garanzie di oggettività e sia esente da condizionamenti valutativi e l'esigenza insopprimibile di collegare il sistema delle norme (l'attività dell'operatore giuridico) al mondo della vita, ai rapporti sociali, alle forme in cui si esprime storicamente la soggettività degli uomini<sup>(92)</sup>.

11. In realtà, questa scissione, le forme che essa assume nella riflessione degli autori che abbiamo richiamato, deriva da ragioni più profonde che, per esigenze esemplificative, possiamo riassumere con le formule della *crisi del sapere moderno* (diviso tra l'aspirazione a un'oggettività senza referenti e una oggettività ingenuamente affidata alla capacità di rappresentazione dei concetti) e la *crisi del pensiero politico* (diviso tra l'esigenza di definire le funzioni tecniche — ma proprio per questo anche garantiste — del diritto rispetto alla politica, e l'esigenza di realizzare forme di democrazia sostanziale di per sé incompatibili con i caratteri tradizionali della legalità dello Stato di diritto). Anche su questo piano si coglie, dunque, la portata sconvolgente che l'irruzione della

---

(92) Sui mondi vitali assai suggestive le pagine di A. ARDIGÒ, *Crisi di governabilità e mondi vitali*, Cappelli, Bologna, 1980 pp. 15 ss. e *passim* e l'introduzione all'ultimo volume di N. LUHMANN, cit., n. 81. « Dall'analisi di queste strategie emerge ancora una volta in Luhmann una fiducia « illuministica » nella razionalità del sistema, nelle capacità che l'autoriflessione ha di ampliare i mondi possibili, di non cristallizzare il presente come immutabile negazione di possibilità, ma di ampliare le possibilità di opzione di altri possibili futuri impliciti nelle contingenze della selezione. Ma è possibile ridurre l'ambiente del sistema, i mondi vitali quotidiani, a sola razionalità, non si corre il rischio di reprimere bisogni e aspettative, ma anche possibili futuri, in uno spazio di sola razionalità formale? » Questa conclusione di Ardigò può essere riferita all'intero filone di pensiero giuridico che abbiamo collocato sotto l'etichetta del formalismo e del normativismo.

democrazia (come democrazia di massa) assume rispetto alla tradizionale configurazione dei principi costitutivi dello Stato di diritto e delle forme di legalità e di legittimazione ad esso inerenti.

*Il problema della democrazia*, inteso non soltanto come un problema di procedure idonee a definire le modalità di formazione delle decisioni vincolanti, ma come sostanza e valore in grado di dare senso e finalità al rispetto delle regole da parte dei consociati; *della democrazia come motivazione generale dell'agire sociale*, capace di manifestare la propria superiorità rispetto alle forme oligarchiche o autoritarie del comando, *condiziona* profondamente la riflessione sullo Stato e sul diritto, e assilla in modo quasi angoscioso gli autori che si trovano a misurarsi con questo problema a cavallo tra le due guerre, di fronte alla catastrofe del nazismo e del fascismo<sup>(93)</sup>.

Dopo quello che è accaduto nei campi di sterminio e nella guerra feroce è possibile scindere legalità e legittimazione? È possibile ancora ridurre il diritto alla legge e affermare un'accettazione acritica e incondizionata della legge in quanto legge? In che misura può essere separata la questione della tecnica giuridica del diritto, come tecnica sociale che può essere analizzata in termini assolutamente descrittivi e analitici, dalla *questione* dei contenuti del diritto, del fondamento del diritto, della legittimazione della norma che vincola e quindi *del rapporto tra diritto e società, diritto e forme di produzione di senso?*

La possibilità di isolare le diverse domande e le diverse questioni (che Luhmann ha così brillantemente recepito nella sua teoria del sistema capace di autodifferenziarsi e di selezionare domande e rischi, dislocandoli sulle varie aree e sottosistemi che consentono la sopravvivenza e la riproduzione del potere sistemico), le domande e le questioni che il diritto come tecnica e il diritto come giustizia pongono alla riflessione degli studiosi dello Stato e del diritto,

---

<sup>(93)</sup> V. ad esempio i classici saggi di OTTO BAUER, *Tra due guerre mondiali?* Einaudi, Torino, 1979, con una bella introduzione di E. COLLOTTI (il volume è la traduzione del *Zwischen zwei Weltkriegen? Die Krise der Weltwirtschaft, der Demokratie und des Sozialismus*, pubblicato nel 1936); G. MARRAMAO, *Austroromano e socialismo di sinistra fra le due guerre*, La Pietra, Milano, 1977 pp. 77 ss.

sembra richiamare altri momenti e altre fasi della riflessione sul sapere in generale.

Già, e non è pura civetteria ricordarlo, Platone polemizza col sapere specialistico e col sapere tecnico; diceva Platone: « i piloti e i marinai hanno la funzione di portare aiuto a chi sta per naufragare colpito dalla tempesta e tuttavia coloro che sono capaci di portare aiuto non si possono per questo definire sapienti, giacché né i marinai né i piloti saprebbero *conoscere la ragione della furia dei venti* ». E la *medicina* che con Ippocrate sembra attingere per la prima volta ad una organizzazione scientifica delle proprie nozioni gli appare (nel quadro di questa riflessione sul sapere umano) come pura *scienza delle ombre*, come pura *techne*, proprio perché fondata su conoscenze empiriche e non sulla sapienza e sulla conoscenza degli « enti immutabili »<sup>(94)</sup>.

Ma già allora appariva chiaro che non si trattava solo delle forme possibili del sapere e della scienza. Già allora appariva chiaro

---

(94) U. CURI, *La linea divisa, modelli di razionalità e pratiche scientifiche nel pensiero occidentale*, De Donato, Bari, 1983, pp. 24 ss. e *passim* e le osservazioni di VEGETTI, *op. cit.* « Alle origini della razionalità scientifica greca — quella che si è consolidata in Aristotele, Euclide, Galeno, e di lì ha governato a lungo lo stile della ragione in Occidente — ho cercato di leggere una sequenza strategica di neutralizzazioni. La prima mossa era quella giocata da Parmenide: che installava a soggetto argomento del discorso della teoria un neutro *eon*, un “ente” impersonale, e di qui derivava una matrice di verità nella forma analitica dell’asserzione “ciò che è/l’essere/è”. D’ora in poi, il discorso della teoria diventava *anonimo*, e perciò universale e cogente. Anonimo, perché era accaduta una doppia elisione, quella del soggetto dell’enunciato e del soggetto dell’enunciazione: nel contesto di Parmenide, il nome del dio e il sacerdote che ne annuncia l’esistenza. La mossa era decisiva: grazie all’anonimia, il discorso della teoria acquistava la “ferrea necessità” del suo carattere analitico: ... In medicina, ciò comporta il primato teorico dell’anatomo-fisiologia sulla vecchia clinica ippocratica, che scrutava i segni offerti dal corpo vivo del malato, dal suo comportamento: il paziente è ora indagato *come se* fosse un cadavere; perché il sintomo è concepito come la conclusione di una catena deduttiva, analitica, le cui premesse sono tutte scritte nella struttura e nel funzionamento degli organi interni. Di qui il primato, nel sapere medico alto del mondo antico, della dissezione e anche, ove possibile, della vivisezione; di qui la riduzione dell’individualità del malato e del suo corpo allo stato di ‘caso’, cioè di variabile accidentale di una tipologia astratta che solo l’anatomo-fisiologia rivela nella sua struttura reale ».

che non era una questione di gerarchia tra la sapienza e l'opinione, tra la epistémè e la doxa. La questione che si poneva era con ogni evidenza quella del rapporto di *comunicazione tra i diversi livelli del sapere*, tra i diversi *modelli di razionalità* (che a ciascun livello sembrava corrispondessero). Giova al marinaio e al pilota, impegnato nell'operazione di salvataggio, conoscere la ragione della furia dei venti? La sua condotta pratica, la *tecnica* che risulterà più efficace e conveniente nell'operazione del salvataggio del naufrago, dipende e in che misura dalla conoscenza della ragione della furia dei venti? In un recente libro intitolato « La linea divisa » Curi cerca di ricostruire i modelli di razionalità che si sono sviluppati nel pensiero occidentale, nelle pratiche scientifiche del pensiero occidentale. Alcuni degli interrogativi e delle domande che stiamo ponendo sembrano camminare lungo i sentieri di quella linea divisa. Sono interrogativi e domande risalenti fino alle origini del pensiero. Non è forse quella che stiamo affrontando (dentro la riflessione sulla cultura giuridica al tornante degli anni '80) la questione del rapporto tra sapere e storia, tra essere e divenire che costituisce il motivo dominante della riflessione e della formazione del pensiero greco?

Nel *divieto*, che viene posto nel quadro del formalismo giuridico, di *occuparsi degli accadimenti materiali*, delle trasformazioni sociali, della storia, dei processi su cui le norme sono chiamate ad operare, non c'è forse il ricordo dell'*antico divieto eleatico* che imponeva di non violare il principio di non pensare il non essere, di non pensare il divenire? Il mutevole e il molteplice? Nella suggestione di adottare anche per l'analisi giuridica il calcolo matematico, di ricondurre la scienza giuridica al metodo matematizzante, non c'è forse l'antica convinzione che l'unica scienza esatta sia la scienza dei numeri che con la loro assoluta astrattezza sembrano assomigliare agli enti immutabili alla cui contemplazione deve dedicarsi esclusivamente il sapiente vero? <sup>(95)</sup>.

Seguendo queste suggestioni potrebbe apparire feconda una ricerca che cercasse di vedere come il problema del diritto, nella

---

<sup>(95)</sup> Sugli « immutabili e gli eterni », come strutture che non sono travolte dal divenire del mondo, nel pensiero greco v. E. SEVERINO, *Legge e caso*, Adelphi, Milano, 1979, pp. 17 ss.



sua duplice dimensione del diritto come tecnica dell'agire sociale, e del diritto come giustizia (come connettivo sostanziale delle relazioni sociali che garantisce la finalizzazione e definisce il dover essere dei comportamenti umani), rifletta il modo in cui le forme del sapere umano nella sua articolazione di sapere filosofico, di sapere scientifico e di sapere tecnico, si sono via via sviluppate ed organizzate all'interno della riflessione e della ricerca degli uomini sulla loro storia. Sarebbe interessante verificare come la contrapposizione, almeno tendenziale, dei due paradigmi di razionalità che sembrano sin dalle origini riconducibili a Platone e a Ippocrate (fondati rispettivamente il primo su una nozione astratta aprioristica e naturale di razionalità, il secondo su uno stile semeiotico indiziario) si rifletta ancora, non solo nel campo del sapere sociale in generale ma all'interno della scienza giuridica, nella contrapposizione tra i sostenitori del formalismo e del metodo matematizzante e gli studi e gli studiosi del diritto che si affannano a ricercare nelle strutture sociali, nei rapporti sociali e nei rapporti materiali la genesi delle norme vincolanti.

Non c'è dubbio, comunque, che nelle vicende della scienza giuridica si riflettono potentemente gli andamenti contraddittori della riflessione sul sapere sociale e sul sapere umano. Non c'è dubbio che anche la scienza giuridica partecipa consapevolmente o inconsapevolmente della problematica delle modalità del conoscere e dell'agire. Basta qui qualche cenno. Ad esempio, nel tentativo di fondare la neutralità della scienza giuridica, la avalutatività dell'attività dell'analista del diritto, e persino dell'interprete chiamato a emettere la sentenza, è fortemente presente l'influsso del dibattito sulla neutralità della scienza in generale e sulle forme dell'oggettività del sapere sociale e della sua verificabilità in termini logici o in termini di riscontro empirico. Non c'è dubbio ad esempio che nella visione kelseniana della dottrina pura del diritto si ripropone il tema kantiano secondo il quale è possibile un'analisi delle forme che organizzano un'esperienza pratica, a partire dal carattere trascendentale di queste forme rispetto all'esperienza che viene organizzata. Non c'è dubbio, cioè, che, nella visione di Kelsen, l'oggettività che viene attinta si fonda essenzialmente sulla ipotesi di strutture di pensiero che hanno al proprio interno la garanzia della oggettività e della durata. Così come non c'è dubbio che negli

analisti del linguaggio (in coloro che tendono a ridurre la scienza giuridica ad analisi del linguaggio del legislatore) si riflette l'estremo tentativo di quelle scuole di pensiero che, cercando di liberarsi dei residui metafisici presenti nella visione kelseniana, finiscono col ridurre la scienza e il sapere sociale alla teoria delle relazioni semantiche e sintattiche tra segni. In ogni caso sia nell'una che nell'altra forma di oggettività, assunta come garanzia della scientificità, l'intenzione è quella di riuscire a segnare un solco netto tra il sapere scientifico e la politica, tra il sapere scientifico e la storia.

Ma storia e politica sono le forme del soggetto. Storia e politica sono le forme del divenire del soggetto; escludere dall'orizzonte teorico la rilevanza della storia e della politica significa, appunto, escludere la rilevanza del soggetto. Non a caso del resto sia nel kelsenismo che nell'analisi del linguaggio del neo-positivismo giuridico, il massimo sforzo compiuto è inteso a cancellare la nozione di soggetto giuridico, a ridurlo a puro segno linguistico o a punto di riferimento convenzionale del campo di operatività di un sistema normativo. Lo sforzo di negare il soggetto significa in pratica negare il problema del *fondamento*, della fondazione dell'ordinamento giuridico. Significa tentare la via di un'autofondazione del sapere e di un'autofondazione del sistema giuridico. Tuttavia, il soggetto negato si rivolta e afferma la sua esistenza empirica e materiale, ma anche la sua aspirazione alla forma attraverso la quale attinge l'oggettività dell'essere: irrompe dentro gli steccati del formalismo e dell'oggettività neutrale.

Il problema della democrazia, della nozione di norma, del sistema delle fonti in un sistema democratico riapre inesorabilmente il problema del rapporto tra diritto e storia, tra diritto e cultura, tra diritto e politica. Il formalismo non riesce ad affrontare la questione del potere normativo in una società di massa democratica.

Al di là delle aporie interne che in certi casi sembrano incrinare le fondamenta dell'edificio kelseniano (in particolare la questione della Grundnorm) e che oggi mettono in forse la teoria sistemica di Luhmann, il formalismo (specie nella sua accezione giuridica) non riesce a risolvere e neppure ad affrontare la questione della democrazia e la questione del fondamento della norma. Oltre il formalismo della scienza giuridica resta il decisionismo e

l'arbitrio verso i quali è vano opporre il rigore della procedura. Così come oltre il giusnaturalismo classico resta il principio dei valori assoluti che si traducono nell'intolleranza e persino nella sopraffazione di chi ritiene di poterli incarnare. Il problema della democrazia, insomma, consuma le due forme di oggettività sulle quali la scienza giuridica ha tentato di costruire la propria legittimazione sociale e la legittimazione dell'ordinamento vigente: la oggettività che facendo leva su una teoria della conoscenza come rappresentazione delle verità assolute (che sono state depositate una volta per tutte nella natura) ha dato per scontato che le cose sono in sé conoscibili attraverso un semplice procedimento di rappresentazione mentale; e l'oggettività di chi (rinunciando consapevolmente ad una teoria della conoscenza capace di rivelare l'ordine oggettivo esistente nella natura e nei rapporti sociali) ha cercato di far leva sulla coerenza logica, sull'interna coerenza della struttura di pensiero, attribuendo alle forme di pensiero una funzione ordinante rispetto all'esperienza e alla vita sociale. Al di là delle implicazioni epistemologiche delle questioni richiamate, il fallimento delle forme di oggettività, fin qui sperimentate nell'ambito della scienza giuridica, è indubbiamente connesso al problema della democrazia di massa.

Indubbiamente, né il diritto, né la scienza giuridica sono stati in grado, né saranno in grado di immunizzarci dal rischio della santa inquisizione o del terrore giacobino. Ma una scienza giuridica e un diritto che facciano fino in fondo i conti con la questione della democrazia di massa non offriranno mai alibi a nessuna degenerazione o involuzione autoritaria. In verità, solo una scienza giuridica che saprà ritrovare la connessione tra produzione di forme e produzione di senso, tra diritto-norma e soggetto, inteso in senso empirico materiale, sarà in grado di annodare i rapporti tra diritto e storia, tra diritto e cultura, tra diritto e politica, per fondare la responsabilità del giurista verso il suo tempo e la sua società. È chiaro che senza responsabilità non ci sarà più legittimazione.



## CAPITOLO II

### I SOGGETTI E LE NORME

1. Il problema del soggetto giuridico: premessa introduttiva. — 2. La negazione del soggetto nella teoria pura del diritto e l'itinerario del pensiero moderno - Rinvio — 3. L'epoca del dualismo e la struttura del politico e dello Stato moderno. — 4. Diritto soggettivo e diritto oggettivo - la contraddizione insanabile. — 5. L'epoca della risoluzione: l'astrazione del diritto e l'astrazione dello Stato. — 6. La struttura contraddittoria della soggettività egualitaria. — 7. La parzialità delle forme giuridiche e la distinzione fra pubblico e privato. — 8. La forma della dialettica fra eguaglianza e diseguaglianza e il problema storico dello Stato: dal soggetto-Stato allo Stato-oggetto. — 9. Per una critica delle teorie dello Stato. — 10. Il principio della soggettività: l'epoca della dispersione.

1. Proviamo a riformulare le domande, che ci siamo posti riflettendo sulla cultura giuridica, traducendole nel linguaggio del rapporto fra soggettività/empirico-materiale (individuale e sociale) e oggettività normativa (primato della legge, della norma astratta e generale).

1) In che rapporto stanno le *libertà individuali* (i desideri, le passioni, le emozioni) e *lo Stato*, l'insieme di norme che trasformano i comportamenti concreti in modelli/tipi, comportamenti astratti? Lo Stato rende possibile la libertà individuale o la libera associazione degli individui rende possibile lo Stato? (quale rapporto fra Hobbes e Spinoza?).

2) E ancora, quale rapporto si istituisce fra *mondo della contingenza*, dell'*occasionalità* e della empirica esistenza materiale, e *mondo delle tecniche di controllo sociale oggettivate e codificate* nell'ordinamento giuridico e nel « sistema » (sistema delle regolarità formali che esprimono il rapporto fra mezzi e fini)? In che connessione sta l'esperienza umana, mutevole e contraddittoria, con l'insieme dei dispositivi tecnici che costituiscono il sistema delle *strategie* messe a disposizione dell'agire umano?

Queste domande ripropongono il nodo *costitutivo del problema della soggettività*, la ricerca del terreno sul quale è possibile una conciliazione fra l'*unità* normativa e, allo stesso tempo, la *diversità* sociale. In che modo è possibile individuare un denominatore, *un essere in comune*, che permette la comunicazione sociale e, tuttavia, consente di mantenere le differenziazioni sociali. La ricerca del *luogo* in cui si fonda la diversità costitutiva della *esperienza mutevole* di ciascuno e l'*identità formale* che viene espressa nell'universalità del linguaggio, nella generalità del diritto e in tutte le regole costitutive dell'*agire comunicativo*.

La ricerca del terreno di fondazione del reciproco riconoscimento dei soggetti, che si realizza nell'universalità del linguaggio e nella generalità del diritto, e della contestuale legittimazione della diversità, delle cerchie particolari, degli interessi e dei bisogni.

Mai come in questa fase, tuttavia, *la sfera delle uniformità formali* e delle regolarità stabilizzate e istituzionalizzate — del sistema e delle forme — sembra indifferente alla *sfera delle differenze e delle particolarità*, così come ciò che rappresenta la *durata* e la *stabilità* della norma è indifferente alla contingenza del divenire e del mutare.

Anche quando viene tentata una mediazione estrema fra l'uniformità e la differenza (fra l'omologazione e la deviazione), come nell'opera di Deleuze, il punto di arrivo è la dissoluzione dell'uniformità e della differenza nella *serie infinita e senza termine* dove le differenze si « ripetono » all'infinito e l'uniformità è solo ripetizione delle differenze.

Da questo punto di vista Deleuze è un simbolo e un caso; come osserva A. Tagliaferri, verso le sue opere *Differenza e Ripetizione* e *Logica del senso*, sembra convergere l'attenzione generale <sup>(1)</sup>. Dopo la scomparsa di Dio, l'io stesso viene messo in questione, in attesa che giunga « l'ora di liquidare anche la nozione di mondo e quindi di sbarazzarsi della ingombrante trimurti della filosofia classica ».

---

<sup>(1)</sup> G. DELEUZE, *Differenza e ripetizione*, PUFF, 1968, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1971 (con introduzione di M. FOUCAULT); *Logica del senso*, trad. it. di M. De Stefanis, Feltrinelli, Milano, 1975 (con nota introduttiva dell'A.).

Superate le ultime resistenze di ogni soggetto costitutivo (l'io trascendentale dell'Idealismo, quello esistenziale di Sartre, quello stratificato della psicoanalisi, ecc.) l'io empirico-individuale è divenuto per Deleuze solo un'ombra che può lasciare il passo al « *corpo senza organi* », « a un tutto materico in puro divenire ». Mai il soggetto cui si rimprovera la responsabilità di ogni ingannevole metafisica è stato posto così implacabilmente sotto accusa. Anzi Deleuze si industria perché « alla morte dell'io » (« insupportable enfant gaté », secondo la definizione di Lévi-Strauss <sup>(2)</sup>) non possa seguire un possibile ritorno.

« La Logica funge da colpo di grazia, tra un presumibile sollievo generale. Solo se l'io è morto la sintesi eterogenea è possibile e le serie, liberamente percorse, escludono qualsivoglia punto terminale ». E proprio cancellando definitivamente i sintomi della « nevrosi dialettica » (come si esprime Foucault nella prefazione alla logica) Deleuze diventa « l'esecutore di un progetto collettivamente accarezzato »; *l'accentratore dell'eccentricità* nella accezione più stretta di entrambi i termini, *l'ontologo del divenire*, l'assolutizzatore del relativo ».

« Come *un Edipo* che si sforza di scegliere a caso la sua strada per non correre il rischio di rientrare nella traiettoria del suo fato, e che, proprio per questo, rinunciando alle scelte del proprio io, soccombe a quelle del disegno metafisico che lo imprigiona, Deleuze evita con esplicita cura, e presumibilmente con terrore, l'intervento di agenti tradizionali dell'umano destino, quali l'io, il soggetto, la scelta, sentiti come veicoli stregati in grado di condurre autonomamente al metafisico » <sup>(3)</sup>.

(2) C. LEVY-STRAUSS, *L'Homme Nu*, Plon, Paris, 1971, p. 614 (trad. it., *Il Saggiatore*, Milano, 1974).

(3) V. per questo commento A. TAGLIAFERRI, *Sulla logica della rimozione del soggetto*, p. 145, in *Il godimento e la legge*, Marsilio, Venezia, 1973 (ivi altri saggi di AA.VV.). E ancora: « Quando, per ragioni assolutamente miracolistiche, il soggetto riemerge nelle opere di Deleuze (come « io incrinato » nella *Logica*, come inconscio rivoluzionario più tardi), esso si rivela instabile come nitroglicerina e salta al primo accenno di consistenza per dissolversi immediatamente nel « cosmo ». Si tratta ancora di una questione di metodo: il risultato della frenetica attività del corpo senza organi è la passività, al massimo la contemplatività, ma non la costituzione di una soggettività, che come tale si oppone al divenire as-

Non dissimile è la parabola della scienza giuridica del soggetto e dello Stato.

2. Riccardo Orestano in un celebre saggio « Diritti soggettivi e diritti senza soggetto » ha tracciato in modo esemplare la *parabola del soggetto*. E dalla sua analisi conviene partire <sup>(4)</sup>.

a) *Giusnaturalismo e soggettività*. La formulazione dell'*idea di soggetto* e di diritto soggettivo, simile a quella che per

---

soluta. L'indifferenza tra soggetto e oggetto può essere strumentalizzata in nome di una Natura divinoide, non in nome dell'umano, che si riconosce non bastate a se stesso proprio grazie alla dialettica. Questo soggetto, tuttavia, non si configura necessariamente come rappresentante di una umanità ideale, oggettivata nell'immagine eroica dell'umano in lotta contro l'assurdo o contro il non senso per far prevalere la propria positività, bensì come soggetto in crisi, autocritico, incapace di proporre sintesi definitive. Accennandosi contro la sintesi hegeliana, che pone la negatività al servizio di una positività prestabilita, e rifiutando come hegeliana ogni prospettiva che programma il futuro radioso di un Io istituzionalizzato (è il caso della prospettiva psicoanalitica, ma anche del marxismo ridotto a ideologia), Deleuze affronta alla radice la questione della dialettica, della supremazia che il concettuale mantiene in Hegel e nei suoi epigoni, ma spinge il suo zelo al punto di buttare via il bambino insieme con l'acqua sporca. Egli vede come la soluzione filosofica (cioè meramente astratta e speculativa) abolisce il problematico con una oggettivazione fraudolenta, ma d'altra parte non vede come l'ontologia paradossale giunga allo stesso risultato proprio eliminando quel soggetto che solo è in grado di dialetticizzare ogni metodo proclamandone la fine. Non valeva la pena di criticare il dogmatismo dialettico, la dialettica immanente alla Storia, per poi instaurare una iperdialettica immanente a un eterno presente mitico-religioso. L'ontologia paradossale non fa che trasferire alla contraddizione elevata a sistema quel potere magico di comprendere e arrestare il moto che Hegel assegnava alla sintesi ». (*op. loc. ult. cit.*).

<sup>(4)</sup> R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, pp. 149 ss. (ivi ampia bibliografia). Mi permetto di rinviare anche al mio saggio *Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento*, in *Prassi e Teoria*, 1974, 2, p. 157 (destinato agli *Scritti in onore di S. Pugliatti*). Per un'originale rilettura del problema del soggetto nel pensiero di Tocqueville sono sempre suggestive le pagine di G. GORLA, *Commento a Tocqueville, L'idea dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1948, specie pp. 140 ss. Sui rapporti fra diritti soggettivi e ideologie liberal-borghesi v. A. BARATTA, *Diritti fondamentali*, in *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer, Scienze politiche*, I, pp. 110 ss.



molti versi viene ancora oggi accolta dalla dottrina e nei manuali di diritto privato, risale al periodo del giusnaturalismo e dell'illuminismo, cioè, alla filosofia che precedette e accompagnò la *rivoluzione francese*.

Illuminismo e giusnaturalismo, infatti, operarono un completo capovolgimento del rapporto tra mondo esterno, regole oggettive e soggetto. Il *soggetto* fu posto per la prima volta con consapevolezza *al centro dell'universo*, al centro dell'esperienza, al centro dell'organizzazione sociale e si cominciò a concepire l'individuo come astratto punto di *referimento di valori* distinti da quelli espressi dal contesto sociale. Il diritto oggettivo fu configurato come una creazione del soggetto, come il sistema dei diritti soggettivi che costituivano le varie manifestazioni della personalità umana.

Il soggetto manifestava la propria volontà e poneva in essere in tal modo un « negozio giuridico »; da questa manifestazione di volontà nasceva una regola di condotta che era il diritto obiettivo per il rapporto con gli altri. Il soggetto esercitava un proprio potere su una cosa e creava un ordinamento oggettivo relativo alla *res*, che si poneva appunto come conseguenza dell'esercizio del « diritto soggettivo di proprietà ».

Queste idee trovano appunto la loro consacrazione nelle varie « dichiarazioni dei diritti » dell'89. La dichiarazione dei diritti dell'uomo esprime l'esigenza di fissare delle regole che garantiscano a ciascuno una piena libertà sia di fronte allo Stato, sia di fronte agli altri.

Anche nel periodo delle codificazioni, la scuola storica e la Pandettistica coltivano l'idea di tradurre sul piano giuridico positivo la concezione filosofico-giusnaturalistica dell'individuo-persona come soggetto di diritto e di fondare l'intero sistema giuridico appunto sulla « potestà di volere » dell'individuo, considerato nella sua dimensione psicologica di elemento primario e di creatore del mondo sociale dell'azione. Ai pandettisti il diritto obiettivo (e cioè il complesso delle norme poste dal legislatore) appariva come l'insieme obbiettivo, e cioè come la proiezione, sul piano normativo, di diritti soggettivi dei singoli individui riconosciuti e garantiti dallo Stato di diritto.

Secondo Windscheid il diritto soggettivo è una « potestà o signoria della volontà impartita dall'ordinamento »; volontà e ordinamento costituiscono, cioè, i due termini complementari nel senso che spetta alla volontà l'iniziativa dell'esercizio della potestà (richiesta dall'attuazione della norma a proprio vantaggio), anche se è l'ordinamento che determina le regole e le condizioni alle quali tale manifestazione della volontà è in grado di porre in moto i meccanismi di attuazione delle norme. Queste regole, però, non possono essere che regole oggettivamente poste, regole dalle quali gli stessi diritti che si vogliono riconoscere come prerogative dell'individuo (come diritti innati) traggono una nuova investitura. Nella garanzia dei diritti soggettivi è dunque implicito il riferimento ad un sistema di diritto oggettivo, che ne delimita l'ambito e ne assicura la tutela in caso di violazioni esterne.

Le codificazioni dell'800 favoriscono questo mutamento di prospettive affermando la supremazia della legge sull'ordine naturale. *La battaglia combattuta in nome dei diritti naturali innati sembra concludersi con l'avvento del diritto oggettivo posto dallo Stato*. I diritti soggettivi finiscono con l'essere rappresentati come una forma di soggettivazione delle norme, come un riflesso del diritto obiettivo.

L'individuo umano viene trasformato in oggetto del diritto, e il soggetto diviene oggetto di riconoscimento da parte della norma e dello Stato. La crisi del diritto soggettivo, insomma, produce a sua volta la crisi dell'idea di soggetto di diritto, dando vita a una fase di progressivo « occultamento » del soggetto umano. Come vedremo questo capovolgimento è un processo che trova la sua spiegazione « anche nelle condizioni di vita imposte dalle trasformazioni sociali scaturite dai nuovi rapporti delle forze produttive e dai mutamenti sopravvenuti a seguito dei grandi conflitti mondiali e delle nuove organizzazioni sociali » (5).

---

(5) Per un interessante schizzo di questo processo v. FROSINI, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, 3, I, pp. 230 ss., Id., *Le trasformazioni sociali e il diritto soggettivo*, in *Riv. intern. di Filosofia del diritto*, 1968, I, pp. 111 ss. (destinato agli *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*).

b) *L'oggettivazione sociologica*. — Questo processo di trasformazione e la svolta concettuale si colgono, ad esempio, con molta nettezza negli indirizzi « sostanzialistici » e « sociologici » della dottrina tedesca, e specie nella teoria della Rechtsstellung, o « posizione giuridica », che venne elaborata da Karl Larenz e che era intesa, riprendendo in una prospettiva diversa l'impostazione sociologica di Duguit, a sostituire la nozione di diritto soggettivo con quella del « *posto spettante nell'ordinamento della comunità* », « *profilandola come un modo di essere concreto del diritto oggettivo, e facendo del soggetto un elemento funzionale e marginale dell'ordinamento comunitario* ». Si tratta, come è stato osservato, di una teoria che sembra accogliere l'ispirazione e le suggestioni dell'*ideologia politica collettivistica*, tanto da essere spesso rappresentata (a mio avviso non esattamente) come una espressione del nazional-socialismo o delle dottrine giuridiche sovietiche. In realtà dentro questa prospettiva il diritto soggettivo tende a configurarsi come « posizione » del soggetto nei confronti dell'ordinamento giuridico a cui appartiene; si realizza pienamente così quella *preminenza del diritto oggettivo* sul diritto soggettivo, già sostenuta anche da Duguit, e dalla scuola sociologica (6).

Secondo questo orientamento il diritto oltre che essere un comando del legislatore è, infatti, essenzialmente una funzione sociale giacché è dalle forze che operano nel contesto sociale che derivano le regole di condotta assunte a contenuto del comando. Per certi aspetti, dunque, il diritto si risolve nei fatti sociali che danno origine al comando legislativo e nei fatti che ne rappresentano l'attuazione. *Il fatto normativo*, però, si distingue dagli altri

---

(6) Le citazioni sono di V. FROSINI, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, cit., p. 232. Per una approfondita analisi di queste posizioni e in particolare di quella di K. Larenz, v. il bel saggio di A. DI MAJO, *Il diritto soggettivo nell'ideologia dello Stato sociale*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, 1970, III, p. 269 (ivi bibliografia) e v. anche la recensione al libro di P. THOSS, *Das subjective Recht in der gliedschaftliche Bindung*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt a.M., 1968, intitolata *Nazional-socialismo e diritto privato*, in *D. e D.*, 1970, 4, pp. 465 ss. Per un'utile rassegna anche con riferimento alle diverse figure soggettive v. M. COMPARTI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, 5, I, p. 435.

fatti sociali allorché *si costituisce in fatto* « tipico », giacché è proprio in forza del suo costituirsi come « tipo di comportamento » che assume la funzione di criterio di regolazione delle condotte concrete (analogamente la forza sociale diventa creatrice di diritto quando diviene « istituto »).

c) *L'oggettivazione kelseniana/normativistica.* — La critica radicale della concezione tradizionale del « soggetto del diritto » è però quella compiuta da Hans Kelsen. *Kelsen ha operato, un rovesciamento radicale dell'impostazione che I. Kant aveva compiuto collocando l'individuo-persona al centro della filosofia e dell'ordinamento giuridico.* Kelsen ha invece eliminato le « figure del diritto soggettivo e del soggetto giuridico riducendo tutta l'esperienza giuridica alla trama dell'ordinamento normativo ponendo la « norma » al centro del sistema e intendendola come *regola che trae la propria validità da un'altra norma gerarchicamente superiore e non già dalla volontà dell'agente.* Il diritto soggettivo altro non è che la norma applicata in concreto all'azione di Tizio o di Caio, la quale azione solo in virtù della norma riceve la qualifica di lecita o di illecita. Analogamente il soggetto non è un'entità a sé stante e preesistente all'ordinamento: soggetto è il centro di riferimento dell'insieme di norme che si applicano alle azioni da questo compiute (7); *l'idea di soggetto* è soltanto un espediente per rappresentare l'unificazione di un insieme di regole nel presupposto della loro applicazione alle azioni di uno stesso individuo fisico. « In una conoscenza rivolta alle norme giuridiche (quale è la “ dottrina pura del diritto ”), non è necessario considerare gli individui come tali, bensì soltanto le loro azioni ed omissioni previste dalle norme giuridiche, di cui tali azioni ed omissioni costituiscono il contenuto (empirico, cioè occasionale, secondo Kelsen) ». « *Il concetto personalistico di “ soggetto giuridico ” non è un concetto necessario alla descrizione del diritto: esso è soltanto un concetto ausiliario per facilitare l'esposizione* ».

---

(7) H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 193 (con saggio introduttivo di M.G. LOSANO).

Il soggetto (in senso volontaristico o psicologico), viene cancellato dal mondo del diritto, « di cui davvero finisce col rappresentare un puro "limite", *come aveva detto Wittgenstein* »<sup>(8)</sup>.

Anche se nel tentativo di recuperare sul piano normativo almeno la dimensione della libertà di avvalersi della tutela giuridica, Kelsen afferma che il diritto soggettivo (privato) si può identificare con le norme che prevedono, fra i presupposti della loro applicazione, l'iniziativa del soggetto, nel senso che la promozione del giudizio (processo) per attuare la sanzione contro il trasgressore delle norme (ad es. contro Tizio che ha danneggiato un bene appartenente a Caio) è affidata ad una domanda di chi ha ricevuto il pregiudizio (e non ad un organo statuale come il pubblico ministero nel processo penale). In ogni caso, però, il diritto soggettivo non esprime una posizione a priori del soggetto, ma si risolve in una *tecnica tipica dell'ordinamento giuridico della società capitalistica, in base alla quale è affidato ai singoli il compito di promuovere l'azione giudiziaria* per ottenere la reintegrazione (in senso lato) delle norme violate (e quindi degli interessi lesi). Ma questo è un dato puramente estrinseco al tessuto normativo. « In realtà l'ordinamento risulta composto da « diritti senza soggetto », ossia da norme, da emblemi semantici, da giudizi ipotetici fittamente intrecciati in una tela di Penelope, che viene continuamente ritessuta per le sollecitazioni delle forze economiche e politiche del mondo sociale »<sup>(8-bis)</sup>.

L'influenza del formalismo normativistico è così potente sull'intero panorama delle scuole giuridiche che ai suoi esiti non riesce a sottrarsi neppure chi si sforza di prendere le distanze e cerca di trovare nell'ambito dello stesso ordinamento giuridico le basi per una « rilevanza » del soggetto.

d) *I tentativi di mediazione: il soggetto come fatto.* — A. Falzea, osserva, ad esempio che « col bandire dal mondo del diritto l'uomo, ed accogliendo soltanto le sue singole azioni ed omissioni,

---

<sup>(8)</sup> Il commento e il richiamo a L. WITTGENSTEIN, *Quaderni 1914-16*, trad. it. a cura di G. Conti, Einaudi, Torino, 1964 è di V. FROSINI, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, op. loc. cit. (al quale si rinvia anche per un esame più analitico delle diverse posizioni).

<sup>(8-bis)</sup> V. FROSINI, *cit.*, p. 234.

in rapporto alle norme giuridiche che lo concernono, non si può rinvenire alcun elemento che possa unificare queste manifestazioni della *personalità psicologica* umana, le quali, staccate dalla loro fonte unitaria, restano irrimediabilmente disperse: nel teorema normativo della personalità giuridica manca un punto, intorno al quale costruire la complessa rete di relazioni cui dà luogo il processo di formazione dei fenomeni giuridici. È l'obiezione fondamentale che si deve opporre a questo che è il profilo decisivo della teoria formalistica, indipendentemente dalle considerazioni particolari concernenti i singoli momenti della costruzione »<sup>(9)</sup>.

« Il concetto di persona quale è stato definito da questa dottrina rappresenta un *caput mortuum* nel diritto ».

Contro il tentativo mirante a purificare il concetto di persona in senso giuridico Falzea sembra ancora una volta riaffermare la *ineliminabile necessità di ricorrere al momento metagiuridico*: il quale fornisce quegli *elementi di fatto*, che in virtù della qualificazione della norma del diritto, assumono la posizione di centri di puntualizzazione in tutto il sistema dei fenomeni giuridici. « ... così come è arbitraria ed insufficiente una costruzione dell'istituto delle imprese in senso giuridico in cui si prescinda dall'elemento formale, è ugualmente arbitrario disconoscere al substrato materiale il carattere di elemento costitutivo.

Il soggetto giuridico viene perciò definito come *fattispecie*, risultante dalla composizione di un elemento di fatto esistente nella realtà extragiuridica, e dalla qualificazione normativa ».

In realtà, anche per Falzea « *L'uomo è quindi soggetto di diritto non per i suoi caratteri etico-psicologici, ma solo in virtù del riconoscimento formale da parte dell'ordinamento giuridico* ».

« *L'istituto del soggetto giuridico si definisce cioè in base ad uno schema normativo in cui vengono ipotizzate le condizioni di fatto, alla esistenza delle quali è subordinato il riconoscimento formale della qualità di soggetto nei confronti di un determinato ente sociale* »<sup>(10)</sup>.

<sup>(9)</sup> A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema di fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 54 ss. e *passim*.

<sup>(10)</sup> *Op. loc. ult. cit.*

Il soggetto è un fatto giuridico, ma è anche un ente sociale. La rimozione dell'ente sociale e la dissoluzione del soggetto nel linguaggio normativo saranno compiute, in effetti, da quelle correnti del pensiero giuridico che proveranno a coniugare formalismo e positivismo.

e) *Il positivismo logico e la rimozione del soggetto.* — Questa dottrina considera, come già la teoria normativa, le norme come criteri di qualificazione della condotta, strutturati secondo questo modello: la descrizione di una ipotesi di fatto in relazione alla quale si rende operante una qualifica giuridica di una condotta futura in termini di doverosità, liceità, ecc. La norma si risolverebbe, cioè, nel « nesso unitivo di due elementi »: la descrizione di un fatto assunto come ipotesi (se A) e nella descrizione del contegno umano che, verificatosi il fatto (A), riceve la qualifica di « doveroso »<sup>(11)</sup>.

In questo senso, si dice, ogni norma mira a stabilire il significato obiettivo che un contegno umano ha nel mondo del diritto: contegno umano atomisticamente considerato e come punto di riferimento di una qualificazione giuridica. In ogni norma, dunque, abbiamo un elemento descrittivo, che si risolve nella configurazione tipica di un fatto assunto come presupposto, e un elemento prescrittivo che si risolve nell'affermazione della operatività di un criterio di qualificazione di una condotta futura. Si potrebbe distinguere astrattamente l'autore del comportamento, il comportamento e l'oggetto della condotta, ma solo in una prospettiva analitica. Ed invero così ha proceduto la dottrina tradizionale: ha isolato l'autore del comportamento e lo ha chiamato soggetto; ha isolato il comportamento qualificato giuridicamente e lo ha chiamato diritto e obbligo, a seconda che esprima una posizione di vantaggio o una posizione di svantaggio.

In realtà, osservano i critici più recenti, tutto ciò nasce proprio da un'arbitraria separazione dell'agente dall'azione. In una concezione che muova coerentemente dalla norma — si afferma —

---

(11) Per una convinta adesione a questa impostazione e per una conseguente elaborazione del tema del soggetto v. N. IRTI, *Sul concetto di titolarità, (Persona fisica e obbligo giuridico)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 501 (ivi ampia bibliografia).

assumono rilievo soltanto l'azione già compiuta, che viene assunta da una norma come presupposto, e l'azione futura che viene qualificata in termini di doverosità. Nel momento in cui si è verificato il presupposto che rende operativo il criterio di qualificazione in termini di doverosità (o in termini di autorizzazione), ciò che chiamiamo « obbligo » altro non rappresenta che la possibilità di valutare come doverosa una condotta futura. Così, ad es., se Tizio si impegna a fare qualcosa per Caio (ipotesi), diventa operativo il criterio che considera doverosa una determinata condotta futura di Tizio nei confronti di Caio (effetto). Se Tizio si impegna a fare qualcosa per Caio, diventa operativo un criterio di qualificazione giuridico che si traduce nella espressione « Tizio deve fare questo ». Che significa ciò? Significa che c'è un'altra norma che dice: se Tizio non ha tenuto la condotta che si era impegnato a tenere nei confronti di Caio, allora diviene operativo il criterio di qualificazione che prevede le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligazione (la condotta di Tizio riceve la qualifica di « inadempimento » e diviene operativo un ulteriore criterio di qualificazione che rende possibile agire sul patrimonio di questo soggetto, prelevare una parte di beni, venderli e ottenere poi la somma che corrisponde al danno subito). La situazione intermedia che esprime la possibilità di qualificare la condotta futura come inadempimento, viene solitamente chiamata « obbligo », ma in realtà si tratta di una « espressione riassuntiva » adoperata per il nesso che unisce « potenzialmente » la condotta futura qualificata come inadempimento o ulteriori criteri di qualificazione (posti da un'altra norma come conseguenza dell'inadempimento). In altri termini, l'obbligo non è che una espressione con la quale si indica il collegamento fra la norma che prevede la possibilità di qualificare una condotta futura come « dovuta » e la norma che assume l'inadempimento come punto di riferimento di un'ulteriore qualificazione che indica la possibilità di agire su un certo patrimonio.

D'altra parte, se « l'obbligo » si risolve in un potenziale collegamento fra norme, se l'obbligo non rappresenta nulla di realmente esistente nel mondo empirico, anche l'idea di un soggetto « titolare » può essere considerata una « formula sintetica » per indicare il collegamento fra le azioni previste dalle norme, in quanto azioni della stessa persona fisica.



f) *Lo strutturalismo giuridico e la risoluzione dell'agente nell'azione.* — Un tentativo di superare definitivamente il pregiudizio antropologico del soggetto di diritto, senza tuttavia recidere il nesso fra simbologia della norma e morfologia della prassi, è operato dalle teorie che si ispirano allo strutturalismo, e, in particolare, da V. Frosini. « Soggetto del diritto si deve dunque ritenere una struttura delle azioni, organizzate in una struttura giuridica coerente ed unitaria, che consente di operare il collegamento e la conversione richiesti fra la simbologia delle norme e la morfologia pratica della vita sociale; soggetto che è distinto dalla persona umana, così come il personaggio è distinto dall'attore vivente » (12).

La costruzione del mondo del diritto come mondo dell'azione strutturata consente così di mettere fuori campo il mondo dell'etica e della legge morale e di eliminare dalla teoria giuridica la nozione di uomo nell'accezione antropologica.

g) *Rimozione del soggetto e svolta epistemologica.* — Il clima nel quale matura il processo di superamento della concezione antropologica del soggetto di diritto è più in generale quello che nel campo delle scienze sociali porta alla risoluzione della soggettività umana in una modalità dell'azione: il paradigma dell'agire intenzionato a uno scopo.

Il passaggio dalla *logica dell'agente* (etica) alla *logica dell'azione* (economia e diritto) segna anche il passaggio del diritto dall'agire comunicativo all'agire strumentale.

È del resto Max Weber, il teorico dell'agire razionale, che ricostruisce il processo di razionalizzazione e formalizzazione del diritto moderno, il processo cioè nel corso del quale vengono definite le qualità formali del diritto secondo lo schema dell'agire strumentale, inteso come azione orientata « in modo razionale rispetto allo scopo, e quindi in modo sistematico » e modellato sul paradigma dell'agire economico razionale (13).

(12) V. V. FROSINI, *Op. loc. ult. cit.*

(13) Su M. Weber e la scienza giuridica v. i saggi, fra gli altri, di R. TREVES, A. FEBBRAJO, P. ROSSI e N. BOBBIO, nel volume di *Sociologia del diritto*, 1, dedicato a Weber e il diritto, 1981, I, pp. 7 ss., pp. 19 ss., pp. 39 ss., pp. 135 ss. V. recentemente il volume di R. DE GIORGI, *Materiali*

Il concetto di agire razionale secondo lo schema pragmatico del rapporto mezzi-fini è, infatti, mutuato dalle formulazioni di teoria economica di C. Menger e del calcolo economico<sup>(14)</sup>.

« Il grado massimo di razionalità dell'agire economico — afferma Weber — in quanto mezzo di orientamento per il calcolo, è conseguito dal calcolo monetario nella forma di calcolo del capitale »<sup>(15)</sup>.

Il modello della razionalità è l'economia di mercato che funziona secondo la propria autonomatività « che conosce soltanto una dignità della cosa e non delle persone ».

In questa visione c'è una concezione del progresso tecnico e dello sviluppo storico fondata sulla progressiva spersonalizzazione e formalizzazione dell'azione umana rispetto all'altro e rispetto alla natura; secondo Weber, appunto, il passaggio dall'*età della magia* all'*età del disincanto* è caratterizzato dalla oggettivazione delle tecniche intersoggettive e dalla soggettivazione dei fini-valori/dalla separazione del giudizio scientifico dal giudizio di valore. Formalismo e spersonalizzazione-astrazione raggiungono il loro apice con lo sviluppo del capitalismo — il trionfo della ragione tecnica —, giacché solo quando dominano le leggi del feticismo mercantile si realizza pienamente l'autonomizzazione degli effetti dalle intenzioni e dai motivi individuali: il calcolo razionale può così dominare completamente sia il mondo dell'economia, sia il mondo del diritto<sup>(16)</sup>. Lo sviluppo del capitalismo, infatti, ha

*per una teoria sociologica del diritto, corso di lezioni*, Bologna, 1981, e specialmente il cap. intitolato *Weber razionalità e diritto*, pp. 139 ss.

<sup>(14)</sup> M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr, Tübingen, 1922, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it., con introduzione di P. ROSSI, Einaudi, Torino, 1958, p. 247.

<sup>(15)</sup> M. WEBER, *Economia e società*, a cura di P. Rossi, Comunità, Milano, 1961, I, p. 104 e *passim*.

<sup>(16)</sup> V.F. CASSANO, *Autocritica della sociologia contemporanea*, Weber, Mills, Habermas, De Donato, Bari, 1971, p. 44; Id., *M. Weber, capitalismo e razionalità*, in R. BODEI e F. CASSANO, *Hegel e Weber, egemonia e legittimazione*, (seminario organizzato nel 1976 presso l'Università di Salerno), De Donato, Bari, 1977, pp. 197 ss. e *passim*.

Il volume è particolarmente interessante perché sia nelle relazioni di Bodei su Hegel, sia in quelle di Cassano, sia negli interventi di Racinaro, di G. De Giovanni, ecc., sia nelle repliche, il tema del soggetto attraversa tutta la riflessione (v. sin d'ora R. BODEI, pp. 33 ss.).

« bisogno al pari dei mezzi tecnici calcolabili, di un diritto di cui si possa far calcolo e di una amministrazione secondo regole formali » (Weber).

Paradossalmente, la razionalità nata come espressione dell'individualismo moderno e della concezione borghese della persona come valore in sé, e assunta con forza da M. Weber nell'impostazione soggettivistica dell'agire strumentale orientato secondo uno scopo, si risolve nella spersonalizzazione e autonomizzazione dell'agire sociale dalle intenzioni e dai motivi dell'agente. Il senso e lo scopo diventano nel tipo ideale dell'agire razionale, una modalità intrinseca dell'azione. Come osserva R. DE GIORGI: « Il diritto formale, così come il capitalismo non lasciano spazio per contenuti di senso. La gelida morsa della razionalità: in essa è scritto il destino del diritto, il destino dell'Occidente. Di fronte ad essa si profila la piatta distesa del non sapere, il cerchio dell'ignoranza ». Weber insomma si rende chiaramente conto che la razionalizzazione strumentale conduce alla « parcellizzazione dell'animo » e fa dell'uomo una appendice subalterna del grande « meccanismo inerte » della razionalizzazione. La razionalità formale-strumentale non consente alla « persona-valore » di conseguire i suoi scopi mantenendo intatta la propria autonomia, ma richiede una compromissione con il mondo: il processo ordinato di azioni volto alla soddisfazione dei bisogni modifica il mondo, produce una serie di tecniche la quale reagisce sul soggetto, « lo piega alle sue leggi che sono leggi del mondo e non del soggetto ».

Il nesso fra calcolabilità razionale e individualità borghese, alla quale si contrappone l'irrazionalità delle masse, si è interrotto: il meccanismo della produzione soggettiva di senso intenzionato, della razionalità rispetto allo scopo, si è infranto e ha ceduto di fronte ad una macchinosa autonormatività del calcolo, che ha sommerso l'individuo, il soggetto borghese, artefice del suo destino <sup>(17)</sup>.

L'autodeterminazione del soggetto si rovescia nell'autonormatività degli strumenti. L'ascesi intramondana del Protestantesimo che ha creato l'etica capitalistica della competizione per « il suc-

---

<sup>(17)</sup> V. per queste considerazioni le suggestive pagine di R. DE GIORGI, *op. loc. cit.*, pp. 182 ss. e F. CASSANO, *Autocritica*, cit., p. 66 ss.

cesso nella vita degli affari » finisce con l'annullare la *ratio* della persona-valore borghese.

« Il puritano volle essere un professionista, noi dobbiamo esserlo. Poiché in quanto l'ascesi fu portata dalle celle dei monaci nella vita professionale e cominciò a dominare la moralità laica, essa cooperò per la sua parte alla costruzione di quel potente ordinamento economico moderno, legato ai presupposti tecnici ed economici della produzione meccanica, che oggi determina con strapotente costrizione, e forse continuerà a determinare finché non sia stato consumato l'ultimo quintale di carbon fossile, lo stile della vita di ogni individuo, che nasce in questo ingranaggio e non soltanto di chi prende parte all'attività puramente economica. Solo come un mantello sottile, che ognuno potrebbe buttar via, secondo la concezione di Baxter, la preoccupazione per i beni esteriori doveva avvolgere le spalle degli « eletti ». Ma il destino fece del mantello una gabbia d'acciaio. Mentre l'ascesi imprende a trasformare il mondo e ad operare nel mondo, i beni esteriori di questo mondo acquistarono una forza sempre più grande nella storia. Oggi lo spirito dell'ascesi è sparito, chissà se per sempre, da questa gabbia » (18).

*b) Il compimento del processo: l'automatismo del sistema nella teoria di N. Luhmann.* — Solo un anti-umanesimo radicale può realizzare la svolta epistemologica necessaria per la fondazione di un « sistema » senza soggetto.

Quest'operazione è compiuta da N. Luhmann con il quale la teoria sociale sembra liberarsi definitivamente da ogni impaccio soggettivistico e antropologico. Il processo di spersonalizzazione della struttura dell'azione sociale giunge a compimento e l'*astrazione* della scienza (diritto, politologia, economia) sembra dominare incontrastata l'istanza materiale della pluralità delle aspettative e delle pretese dei singoli individui (19).

« *L'umanità delle istituzioni politiche non può diventare in alcun modo, come in passato, oggetto di discussione e problema* ».

(18) M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, con introduzione di E. Sestan, Sansoni, Firenze, 1965, pp. 304 ss.

(19) Sull'astrazione repressiva v. già G. GOZZI, *op. loc. cit.*, e R. DE GIORGI, *Materiali per una teoria sociologica del diritto*, cit., p. 250.

« Nella tradizionale teoria europea della società politica, la società veniva considerata come un tutto formato da parti, e cioè allo stesso modo di un organismo, come *una totalità vivente* formata da parti viventi. Secondo questa concezione, la vita delle parti rappresentava un momento essenziale. Si dava per scontato che il singolo, come individuo, fosse parte della società politica e che essa fosse formata quindi da uomini e non, per esempio, da azioni, interazioni, ruoli, strutture selettive di senso o simili ».

... Viceversa:

« La teoria sociologica dei sistemi sociali rompe con questa tradizione in quanto considera l'uomo non più come parte del sistema sociale, ma come ambiente problematico del sistema stesso »<sup>(20)</sup>.

Come osserva R. De Giorgi, per capire la portata della svolta epistemologica di Luhmann, è necessario partire dalla crisi che ha colpito il vecchio modello di razionalità. « L'epistemologia tedesca aveva orientato la sua strategia ad una globale operazione di recupero della persona umana del kantismo, della centralità della ragione umana dell'illuminismo. Questa strategia le aveva permesso di spostare l'attenzione dai conflitti e dalle contraddizioni del sistema sociale su una delle astrazioni costruite da quel sistema: sulla finzione della persona-valore razionale, sull'idea dell'uomo in astratto<sup>(21)</sup>.

« L'epistemologia tedesca sperava così di ordinare, di liberare, di valorizzare il mondo, trasferendo sulla finzione della persona-valore razionale attributi, proprietà, caratteri di cui l'universo del capitale si era da tempo appropriato e che erano ormai sua pertinenza, anche se contraddittoria; ma proprio questa contraddittorietà doveva essere affrontata e colmata da una teoria in grado di legittimare la stabilizzazione di quell'universo nella sua forma giuridica ».

<sup>(20)</sup> N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, con introduzione di A. FEBBRAJO, Guida, Napoli, 1978, pp. 68 ss. e passim.

<sup>(21)</sup> Sull'ideologia kantiana della persona-valore e sulla sua connessione con i rapporti sociali moderni v. G. DELLA VOLPE, *Umanesimo positivo ed emancipazione marxista*, Sugar, Milano, 1964, pp. 163-179, e U. CERRONI, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Giuffrè, Milano, 1962.

L'errore della dottrina giuridica tedesca consiste appunto nell'aver creduto che quella operazione rivelatasi fruttuosa come strategia legittimante, nella fase di costruzione dello Stato liberale, sarebbe riuscita a legittimare anche le funzioni attuali della norma giuridica e dello Stato nella fase della regolazione statale del ciclo economico.

Luhmann ha chiarito una volta per tutte « che il sistema capitalistico è una connessione di funzioni equivalenti, di operazioni la cui razionalità consiste nella loro capacità di realizzare la *stabilizzazione del sistema* ». Luhmann esclude ogni tentativo di fondazione ontologica e denuncia la mancanza di fondamento di ogni teoria sociale e politica che faccia ancora leva sulla persona-valore razionale. « L'epistemologia di Luhmann è la prima costruzione che abbia saputo descrivere l'intrecciarsi genetico, strutturale e funzionale della scienza col capitale: essa è per questo coraggiosa e moderna, mondana e illuministica. È costruzione capace di approfondire la crisi delle forme paleocapitalistiche di legittimazione, di mostrarne il misticismo nascosto, di disvelare le operazioni di occultamento da esse tentate, è costruzione capace di proporre una alternativa epistemologica globale attraverso la descrizione dei meccanismi che organizzano il funzionamento della società capitalistica e attraverso la descrizione della equivalenza delle funzioni capaci di stabilizzare il sistema »<sup>(22)</sup>.

Luhmann cancella il mito del soggetto razionale, al di sopra e al di là del sistema sociale, e indica le condizioni per realizzare la comprensione (e la riduzione) della complessità del mondo, lasciando al soggetto (che è ormai solo un equivalente funzionale nel sistema) la possibilità di vivere come contingenza entro la strategia dell'azione messa a disposizione dal sistema.

i) *La fenomenologia delle norme e l'insorgenza del soggetto*. — Contro la dissoluzione del soggetto nel sistema sta, tuttavia, l'esperienza della soggettività, la pressione dei mondi vitali sulla « cornice » delle forme.

Del resto la *fenomenologia delle norme*, ci mostra che al di là della trama formale del linguaggio e del sistema, ricompare sem-

<sup>(22)</sup> V. ancora per queste considerazioni R. DE GIORGI, pp. 235 ss. e *passim*.

pre « l'uomo in quanto tessitore di norme, che impone a sé, agli altri, agli dèi, a Dio: le produce e le consuma, legislatore e animale osservante. Qui confluiscono varie esperienze e altrettante discipline, teoria generale e filosofia del diritto, filosofia morale e teoretica, teologia, antropologia, scienze del linguaggio e del comportamento sociale, storia delle religioni e delle istituzioni politiche. Produrre, interpretare, osservare, violare e rovesciare norme, per produrne altre (impossibile vivere nel vuoto normativo come nell'atmosferico), sono le azioni con cui l'uomo non tanto si è costruito quanto si costruisce giorno per giorno: frutto di questo lavoro la persona, che in latino significa « maschera » (Cordero) <sup>(23)</sup>.

*l) Le possibili reazioni dell'istanza materiale repressa. —*

Contro la neutralizzazione scienziata del soggetto: « non resta che riconfermare l'anteriorità logica e cronologica e l'autonomia del "soggetto" rispetto alla "scienza" di tale soggetto ».

« Come in generale per ogni scienza storica e sociale, si deve sempre tener fermo che, come nella realtà così nella mente, il soggetto — qui la moderna società borghese — è già dato e che le categorie perciò esprimono modi di essere, determinazioni di esistenza, spesso soltanto singoli lati di questa determinata società, di questo soggetto, e che pertanto anche dal punto di vista scientifico esso non comincia affatto nel momento in cui se ne comincia a parlare come tale » <sup>(24)</sup>.

Ma di quale « soggetto » si tratta: della persona-valore razionale della scienza giuridica tedesca, del soggetto trascendente della filosofia della storia, o di ben altro?

Il problema non consiste nel cercare di escogitare nuovi o più funzionali metodi per indagare « una realtà staticamente intesa, per la quale c'è stata storia, ma ora non c'è più, e della quale è dunque ragionevole disporsi a ricercare il « come » e a stabilire i « modi » atti a renderne conto; il problema è, invece, il « soggetto reale », il capitale come rapporto sociale, che è, insieme, « risultato sto-

<sup>(23)</sup> F. CORDERO, *Gli osservanti*, cit., pp. 1 ss.

<sup>(24)</sup> K. MARX, *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, a cura di E. Grillo, I, La Nuova Italia, Firenze, 1968, pp. 34 ss. Le altre citazioni sono di U. CURI, *Sulla scientificità del marxismo*, Feltrinelli, Milano, pp. 48 ss.

rico » e « presagio del futuro », *realtà contraddittoria*, quindi, la cui analisi concreta non può in alcun caso essere surrogata dalla conformità alle norme previamente fissate » (25).

Prima di chiudere il discorso della scienza giuridica sulla dissoluzione del soggetto nella autonomizzazione del sistema, nelle regole delle sue compatibilità e equivalenze funzionali, è necessario allora riproporre l'analisi del « soggetto reale » — la società borghese — nella sua costituzione e nella forma della sua articolazione dentro la trama delle categorie giuridiche e delle categorie politiche.

La riflessione delle pagine seguenti cercherà appunto di decifrare in che modo il « *soggetto reale* » segna le « forme », anche quando il segno non ha più il carattere definitivo del *sigillo del sovrano*.

Solo a questo fine proveremo anche a scandire le fasi che rappresentano le tappe della storia del soggetto: l'epoca del dualismo fra soggetto e Stato; l'epoca della ri-soluzione; l'epoca della dispersione e della democrazia indeterminata.

Non si tratta di dimostrare la priorità della storia sulla logica, ma di decifrare la forma in cui questa « asimmetria » si presenta nella teorizzazione della scienza giuridica.

E del resto lo stesso Luhmann, a proposito del diritto soggettivo, ha osservato:

« Nel caso del concetto di “ diritto soggettivo ”, ad esempio, la sua introduzione è stata favorita dalla preesistenza di un concetto di soggetto consapevole e dotato di volontà, che era entrato nell'uso dal XVII secolo e che ha conferito già all'inizio al concetto giuridico di diritto soggettivo una plausibilità e una legittimità altamente generalizzabile. In realtà, però, il riferimento alla volontà e all'interesse del soggetto di disporre della cosa non danno alcun sufficiente chiarimento né sulla funzione del concetto di diritto soggettivo né sui motivi per i quali esso è adeguato proprio in una società moderna. Individui, e interessi individualizzati di disporre delle cose, c'erano già da lungo tempo; nuova, invece, era la misura nella quale occorreva *introdurre nel diritto delle asimmetrie*, in

---

(25) U. CURI, *op. loc. ult. cit.*



linea di principio « ingiuste », senza una diretta reciprocità e *senza la copertura di gerarchie sociali fondate sullo status* ».

« La nuova società civile costringeva, in definitiva, a ricostruire una pluralità di istituti giuridici su questi astratti fondamenti. Il riferimento ai problemi sociali, quindi, non risiedeva propriamente nel concetto da definire, ma in un effetto collaterale che veniva prodotto comunque ».

« L'elaborazione dogmatica del diritto soggettivo, in particolare, non è giunta, almeno fino ad ora, a problematizzare pienamente l'asimmetria di cui si è ora detto. Tale elaborazione si è limitata a collegare il concetto del potere della volontà, che risale a Kant, a Savigny, al concetto jheringhiano di bene giuridico e di interesse giuridicamente tutelato, ed ha affermato che il diritto soggettivo sarebbe le due cose insieme. Se, però, la *competenza* di determinare il contenuto del diritto soggettivo è in qualche modo *divisa tra soggetto giuridico e legislatore*, il concetto non può più essere definito facendo riferimento a chi determina, ma solo al fatto che tale determinazione viene compiuta in vista del soggetto. Proprio in questa determinazione in vista del soggetto si cela, però, *il problema*, non ancora elaborato dalla dogmatica *dell'asimmetria* » (26).

3. La genesi dell'idea di soggetto di diritto, il problema della posizione del soggetto rispetto all'ordinamento si pone quando l'*ordine legale*, espresso dall'organizzazione politico-giuridica della società, si separa dall'*ordine reale*, espresso dall'attività autonoma dei singoli soggetti empirici, cioè, quando in un determinato contesto sociale non esiste una uniformità di valutazioni degli interessi e al diritto viene assegnata una specifica funzione di mediazione ai conflitti tra singoli e tra singoli e collettività (27).

Si spiega così perché nel periodo della *polis* greca e della *civitas* romana il concetto di soggetto e di diritto soggettivo è completamente estraneo e privo di rilevanza. In quelle comunità,

(26) N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, con introduzione di A. FEBBRAJO, *Il Mulino*, Bologna, 1978, pp. 117 ss.

(27) V. per una più vasta trattazione di questi profili il nostro saggio già citato sul « *Problema del rapporto fra soggetto e ordinamento* » e il corso di lezioni *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Jovene, Napoli, 1970 (ivi bibliografia).

infatti, la posizione del soggetto non ha autonomia rispetto all'ordine che si realizza nei rapporti sociali organici; è il riflesso di ciò che appare come un ordine oggettivo naturale. Come l'ordine legale si confonde quasi completamente con l'ordine etico e con l'ordine sociale (e con l'ordine cosmico), così il soggetto si compenetra completamente con la comunità, intesa appunto come comunità sociale organizzata. L'individuo non viene assunto come punto di riferimento di interessi diversi da quelli espressi dalla comunità sociale; anzi la stessa idea di individuo così come ce la rappresentiamo oggi non è concepita dalla coscienza comune e non si immagina neppure che possa sussistere un contrasto tra le valutazioni del singolo e le valutazioni della comunità. La norma e il diritto, in questa fase, non hanno la funzione di mediare i conflitti tra le sfere individuali, bensì rappresentano l'insieme delle disposizioni etico-sociali che modellano l'intera società. La violazione del diritto è allo stesso tempo violazione dell'etica sociale, violazione dei principi fondamentali della comunità e la reintegrazione del diritto violato si pone come un fatto automatico che prescinde dalla iniziativa del singolo. In questo contesto non si può parlare quindi di un ruolo del soggetto come creatore dell'ordinamento e come « legislatore ». L'idea di « mio » non serve a rappresentare ciò che appartiene a me, in quanto uomo dotato di un potere di volontà, esercitato verso le cose e verso gli altri, bensì esprime la *posizione*, lo spazio occupato nella comunità sociale.

Com'è noto, questa forma d'organizzazione sociale si dissolve non appena si allarga la cerchia degli appartenenti al gruppo e non appena, sotto la spinta delle trasformazioni economiche, esplodono gli egoismi e l'individualismo. O meglio, non appena cominciano a instaurarsi tra gli uomini *relazioni di scambio* e gli uomini cominciano a rappresentarsi vicendevolmente come possessori di merci e come parti dello « scambio di equivalenti ». Nello scambio, infatti, il soggetto appare, come « necessario e inevitabile complemento della merce » e « l'uomo si muta in soggetto giuridico in forza di quella stessa necessità per la quale il rapporto naturale si trasforma in merce, dotata dell'enigmatica qualità di valore. Il mutamento coincide, infatti, con l'inizio di una fase, che impropriamente possiamo dire mercantile, nella quale i soggetti cominciano a rappresentarsi l'uno rispetto all'altro come parti di

un rapporto di scambio, e come portatori di interessi contrapposti. A ciò concorrono anche motivi di carattere più spiccatamente ideologico come l'avvento di filosofie individualistiche che alimentano la sfiducia nell'ordinamento oggettivo inteso come ordine di natura <sup>(28)</sup>.

Separandosi i singoli dalla comunità, si comincia a delineare l'esigenza di distinguere fra la sfera nella quale ciascuno è libero di perseguire i propri interessi e la sfera della « cosa » pubblica, riservata agli interessi comuni e generali. *La distinzione fra jus publicum e privatum* — scrive Solari <sup>(29)</sup> segna il momento in cui lo Stato (romano) si viene sovrapponendo alle *gentes* e alle *familiae* e l'*individuo* è posto *in diretto rapporto col Potere Sovrano*; ciò rende anche possibile l'estensione e la generalizzazione dei rapporti del diritto privato. Con l'avvento delle prime forme di *economia mercantile monetaria*, infatti, si manifesta la necessità di una regolamentazione uniforme dei rapporti privati — cioè fra le parti dei rapporti di scambio — la formulazione di criteri generali di applicazione delle norme. Non si giunge, però, ad un'effettiva equiparazione del soggetto di diritto con l'uomo: lo *status civitatis* (appartenenza alla comunità dei *cives*) continua a costituire il presupposto per la piena titolarità ed esercizio dei poteri e dei diritti nel rapporto giuridico.

Neanche nel Medioevo e nell'Europa feudale è possibile rintracciare le forme organizzative giuridico-sociali che sono caratteristiche della società moderna. Per certi aspetti, anzi, si è parlato di ritorno all'antico: infatti l'economia « arretrò dalle strutture mercantili raggiunte dal mondo romano verso strutture chiuse, curtensi, sicché la creazione giuridica privatistica dei Romani decadde per secoli ».

Anche se — come osserva Gorla nel Commento a Tocqueville <sup>(30)</sup> — è proprio in quest'epoca che l'idea della personalità e

---

<sup>(28)</sup> V. U. CERRONI, *Distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Atti del IV congresso di filosofia del diritto*, 10 ottobre 1959, pubblicati a cura di R. Orecchia, Giuffrè, Milano, 1960, p. 355.

<sup>(29)</sup> G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, II, *Storicismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1940, p. 197.

<sup>(30)</sup> G. GORLA, *Commento a Tocqueville*, « *L'idea dei diritti* », Milano, 1948, pp. 30 ss.

della soggettività ricomincia a premere potentemente sulle strutture della vita sociale.

Nel Medioevo la questione della « Personalità » si ripresenta, però, con tutta la forza e la violenza dell'istinto di aggressività e di potenza che è espresso nella lotta per il dominio sugli uomini e sulle cose. Una personalità che si manifesta come negazione di diritti altrui (come conquista e occupazione degli altrui territori, come disconoscimento degli impegni contrattuali e come « usucapione pretestuosa ») è, infatti, la *distruzione della norma* (come paradigma di ogni condotta, come discriminazione fra lecito e illecito) e il *trionfo della particolarità*.

Non sembrano emergere, cioè, i termini del moderno problema del soggetto che è essenzialmente ricerca di un equilibrio, di una comunicazione dialettica fra particolarità e generalità, fra volontà individuale e razionalità normativa.

In realtà l'emersione del dualismo nella forma attuale — della polarità soggetto-Stato — è indubbiamente legata alla nascita dello Stato e del « politico » moderno, intesa come rottura dell'unità del mondo classico (fra diritto di natura e diritto legislativo) come fine della continuità e della sequenza: ordine naturale/vita civile/morale/politica/Stato. Ci riporta, cioè, al definirsi del terreno della politica e dello Stato — come sfera autonoma — come *luogo* di incontro delle lotte per la soggettività, come emersione della « volontà di potenza » di ciascun individuo e di ciascun gruppo o classe sociale e, allo stesso tempo, della lotta per la generalità e oggettività, per la costruzione della « norma » e della « regolarità », che limita e definisce lo spazio delle volontà individuali; che riduce il *Privilegio del Soggetto*.

In questo contesto — rottura del mondo classico — si pongono in modo nuovo i temi del *Soggetto/Sovrano*, titolare del potere di costituire, comandare e ordinare il mondo, e della validità oggettiva del *sistema di regole* entro cui si esercita e si svolge quel potere. Solo allora si pone il problema del loro reciproco rapporto nei termini di *due potenze separate* o della riconducibilità ad un *unico principio* <sup>(31)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> Su questi temi v. da ultimo i saggi di R. ESPOSITO, *Forma e scissione in Machiavelli*, B. DE GIOVANNI, *'Politica' dopo Cartesio*, nel nu-

La domanda concernè la stessa possibilità della *vita* individuale come divenire/finire e dello *Stato* come durata, come negazione della fine; il rapporto fra movimento/*divenire* e *stare*, fra creazione di Stato e continuo rivoluzionamento dell'esistente<sup>(32)</sup>.

Dentro questo orizzonte tematico si svolge l'itinerario del pensiero politico moderno, come portato e causa della rottura dell'unità del mondo classico. Non a caso nel pensiero più recente, l'itinerario parte dalla riflessione di Machiavelli e colloca Marsilio come uno dei punti di passaggio dal vecchio mondo classico al nuovo mondo moderno.

Anche Marsilio si pone il problema del movimento e del divenire, e del rapporto tra questo *movimento* e lo *stare*, le istituzioni e lo Stato; anche Marsilio si pone il problema della diversità e il problema della uniformità del ricondurre ad unità la molteplicità dell'esistente. Ma nel modo in cui Marsilio affronta e risolve questi problemi si colgono i segni di una tensione<sup>(33)</sup>.

Il ragionamento di Marsilio sembra procedere inizialmente attraverso un riferimento alla *natura*, come fondamento della diversità, come segno di una inclinazione naturale che differenzia oggettivamente gli uomini secondo ruoli, vocazioni e disposizione e mestieri e arti (una risoluzione tutta oggettiva della diversità). E tuttavia, questo *itinerario naturale* viene attivato e percorso attraverso iniziative soggettive e atti di volontà; viene prodotto dalla *Intenzione del Soggetto*, dal suo volere e potere. Già per Marsilio si pone dunque il problema di una mediazione tra due dimensioni;

---

numero monografico del *Centauro*, intitolato « *Soggetti e forme* », Guida, Napoli, 1981, pp. 3, 30 ss. Di R. ESPOSITO, v. anche *Ordine e conflitto in Machiavelli e Hobbes*, nel numero 8 del *Centauro*, dedicato al tema « *Ordine e conflitti* ».

<sup>(32)</sup> Come scrive W. CESARINI SFORZA, *Diritto (principio)*, in *Enc. dir.*, loc. cit., nel rapporto fra soggetti e norme si riflette ancora il dualismo caratteristico del pensiero greco post sofistico « tra la molteplicità irragionevole e la transitorietà delle cose, e l'idea di una realtà perfetta perché razionale e permanente, espressione di ciò che è e non muta. Dopo i sofisti, infatti, l'esperienza della vita sociale e della storia aveva dimostrato l'importanza delle individualità e del divenire storico ».

Sul rapporto fra il pensiero degli « eterni immutabili » e il problema del divenire v. E. SEVERINO, *Legge e caso*, loc. cit.

<sup>(33)</sup> Cfr. più ampiamente R. ESPOSITO, alla cui « lettura » si fa riferimento nel testo, opp. citt.

fra una natura che esprime diversità di ruoli apparentemente consegnati in un ordine oggettivo delle cose (una diversità iscritta come destino) e un atto del soggetto che compie e percorre il tracciato; una mediazione tra questo circuito oggettivo e questa intenzione soggettiva, capace di trovare il raccordo tra la *natura*, la volontà e la *vita*. Marsilio (— che giustamente viene collocato da Esposito al punto di incrocio fra mondo antico e mondo moderno —) nell'affrontare la questione del modo di conciliare *stabilità* e *movimento* sembra alludere appunto a un rapporto dialettico e non risolubile fra *norme* e *vita*. Non a caso lo sforzo di Marsilio è come conciliare la *stabilità legislativa* con le esigenze di differenziazioni di una società in *rapido mutamento*.

La risposta è affidata a due concetti chiave: *Natura e legge* (legislatore), che già sembrano prefigurare i termini di un rapporto non risolubile e non riconducibile ad unità — i cui termini sono « destinati » a vivere una *scissione permanente*.

Infatti:

« La natura stessa ha infatti iniziato questa distinzione nella generazione degli uomini, producendone alcuni che per la loro naturale disposizione sono inclinati all'agricoltura, altri alle attività militari ed altri ancora ad altri tipi di arti e discipline, ma sempre uomini diversi per discipline diverse (...) in modo che dalla diversità delle inclinazioni naturali e mediante gli abiti di generi e specie diversi in tutti gli uomini, essa perfezioni quanto era necessario per la diversità delle parti dello Stato.

E d'altra parte, in quanto gli uffici sono istituzioni e parti della città, le loro *cause formali* sono i *comandi* che la causa efficiente ha dato o impresso negli uomini designati nella città ad esercitare delle funzioni determinate » (Marsilio) <sup>(34)</sup>.

Il tracciato naturale tuttavia è compiuto dalla *volontà* umana:

« Le cause efficienti o produttive degli uffici, in quanto significano degli abiti dell'anima, sono le menti e le volontà degli uomini nei loro atti o desideri, considerati individualmente o collettivamente. Ma la causa efficiente degli uffici, in quanto sono parte della città, è frequentemente e nella maggior parte dei casi il *legislatore umano*... » (Marsilio) <sup>(35)</sup>.

<sup>(34)</sup> MARSILIO DA PADOVA, I, disc. VII, 1.

<sup>(35)</sup> MARSILIO DA PADOVA, I, disc. X, 4.

A chi spetta allora il compito di mediare fra circuito oggettivo-naturale (nómos oggettivo) e volontà/intenzione soggettiva? La *adeguatezza* — Marsilio non tematizza ancora il problema dell'effettività e della legittimazione — *del movimento delle forme alla struttura della vita* è assicurata dalla mediazione del « legislatore umano ».

« La legge regola l'ordine dei rapporti tra gli uomini e ne *garantisce* la corrispondenza con una scala razionale di valori. Ma è l'ordine civile, e cioè l'organizzazione politica, a dare effettualità alla legge.

Anche delle conoscenze false delle cose giuste e benefiche, diventano talvolta delle *leggi*, se viene *emanato il comando* di osservarle o vengono fatte per mezzo di un tale comando ».

La legge è però allo stesso tempo legge naturale e legge positiva: emerge cioè la sostanziale ambivalenza della concezione marsiliana della *lex* come *ordine fisso* e definitivo e come *comando posto* positivamente. Quando Marsilio affronta la questione del fondamento della legge, infatti, oscilla tra una concezione della legge nel senso dell'ordine cosmico, del « diritto naturale » (di un ordine dato una volta per tutte) e quello della legge come comando, atto positivo, frutto di una scelta volontaria.

Il dilemma fra volontà e norma è proprio il connotato della riflessione di Machiavelli <sup>(36)</sup>. Machiavelli sembra portare questa

<sup>(36)</sup> R. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 5.

« Ciò che si situa fuori dall'orizzonte di visibilità di tutta una tradizione di pensiero politico, e che pure, segretamente, ne costeggerà l'intero tracciato, è la relazione, e già *il conflitto*, che Machiavelli istituisce tra politico e Stato, tra soggettività e impersonalità, tra decisione e macchina. Qui precipita e si fa chiara la dialettica nichilistica di reciprocità e reificazione che ritaglia il quadro del politico moderno e lo sospende alla dinamica antagonistica tra sovranità ed istituzione, al gioco bilanciato della loro rappresentabilità confliggente. *Lo Stato realizza il politico nella misura in cui normativizza, oggettiva, e dunque spegne, la soggettività 'eccezionale' del potere sovrano.* Esso è l'unico, inevitabile, punto di oggettivazione per il politico, il suo traguardo naturale. Ma quest'oggettivazione è per lo stesso Stato estrema *irrealizzazione*. Il compimento procede per forza di negazione. *Lo Stato nega il divenire, ma il divenire* — il nulla che esso trascina — *investe a sua volta lo Stato e lo rimuove.* Una dialettica *definitiva*. Al pensiero politico post-machiavelliano non resterà che ripensare il senso — e ignorare le conseguenze — di questa doppia negazione ».

polarità fuori dalle secche del riferimento ad un fondamento esterno, e porre per la prima volta il problema del *Soggetto* come unico *costruttore dell'ordine*. « Mai il soggetto è così potente e mai il soggetto è così *negato* »: il Soggetto rinuncia a fondare le sue pretese su qualche cosa che lo precede (Dio, la provvidenza, l'ordine naturale delle cose), e assume fino in fondo su di sé la responsabilità e il *compito di produrre il proprio Stato* <sup>(37)</sup>, ma il soggetto-Stato, proprio perché cessa di essere riferimento a un Soggetto trascendente, a qualcosa che possa comunque fondarlo, e inizia il suo cammino da solo, nel suo *farsi Stato* è costretto a negarsi. Un commento di Esposito coglie efficacemente questo passaggio <sup>(38)</sup>.

In realtà *nel farsi comando la volontà si estranea*, si oggettivizza, si mette a disposizione anche degli altri soggetti, si misura con la realtà e con la natura, entra in conflitto con la natura e con gli altri; la *positivizzazione* nel senso della rinuncia al fondamento significa assumere questo conflitto dentro ad una forma che diventa la forma di una scissione, di una polarità, dell'essere *soggetto* e del *negarsi nel diventare Stato*.

Il soggetto vive ormai dentro la dialettica, *soggetto-oggetto*; *soggetto-forma*, non solo non è neanche lontanamente ipotizzata la possibilità di una soggettività di per sé sottratta alla logica della scissione del conflitto, ma è addirittura dichiarato il loro carattere produttivo allo sviluppo della soggettività; come il mito del Centauro, il soggetto resta sospeso « tra la razionalità normativa di uno Stato tendenzialmente impersonale e spinto all'estremo opposto della personalizzazione del potere politico ».

Ma la *positivizzazione* non è senza residui. Nel *farsi comando la volontà si estranea* e si oggettivizza; la contingenza diviene ordine positivo, la norma si mette a disposizione dell'altro soggetto, si misura con la realtà e con la natura, entra in conflitto con la natura e con « l'altro ». Un movimento dialettico che è *conflitto*. *Positivizzazione* è assunzione del *conflitto fra soggettività individuale e*

<sup>(37)</sup> V. W. CESARINI SFORZA, *op. loc. cit.*

« Così sorge il grande problema del diritto moderno, quello cioè di dare un fondamento oggettivo all'ordine giuridico senza ricorrere alla fede in un Dio creatore e ordinatore dell'universo ».

<sup>(38)</sup> R. ESPOSITO, *op. loc. cit.*



*norma generale entro una « forma », entro una totalità strutturata come sistema.*

È il principio dello Stato, come scrive Cacciari (commentando Hegel):

« Il principio degli Stati moderni ha questa immensa forza e profondità (diese ungeheure Stärke und Tiefe): che la « individualità personale » (die persönliche Einzelheit) e i suoi *particolari* interessi sono, da un lato, pienamente riconosciuti nel loro diritto (die Anerkennung ihres Rechts), mentre, dall'altro, trapassano — trasformandosi (übergehen) nello spirito sostanziale, nel fine universale della totalità — e *riconoscono* tale fine come la realizzazione della propria libertà »<sup>(39)</sup>.

Il soggetto deve dominare i rapporti con le cose e con gli altri, trasformarsi continuamente, ma la *trasformazione domina il soggetto*. La volontà per sopravvivere deve chiudersi dentro una forma, una legge oggettiva, e tuttavia per « sopravvivere » come volontà soggettiva *deve rompere ... l'ordine precedente ...* trasformare la norma « dare la morte o riceverla ».

Tra movimento e stabilizzazione c'è però sempre uno scarto: ritorna nel Principe di Machiavelli la *dialettica* del costruire per distruggere e viceversa! Costruire e distruggere la città/lo Stato sembra una necessità del soggetto; il conquistatore della città deve distruggerla per poterla ricostruire secondo un « nuovo ordinamento »:

« Perché, in verità, non ci è modo sicuro a possederle, altro che la ruina. E chi diviene patrono di una città consueta a vivere libera, e non la disfaccia, aspetti di essere disfatto da quella » (Machiavelli)<sup>(40)</sup>.

La soggettività diviene forma di separazione e unificazione. La grandezza del Principe-Sovrano dà alla lotta per la vita le forme della dialettica. La contraddizione non sembra più sanabile, 'formabile': la binarietà costitutiva del mondo moderno fra Stato/diritto e soggetto/volontà è anche segno di un *continuo ricomin-*

---

<sup>(39)</sup> M. CACCIARI, *Dialettica e critica del politico, Saggio su Hegel*, Feltrinelli, Milano, 1978, pp. 13 ss.

<sup>(40)</sup> N. MACHIAVELLI, *Il principe*, 5.

*ciare*: distruggere per costruire, costruire per distruggere. Nessuna armonia è più pensabile.

« Lo scarto originario, il dislivello premoderno, fra comando e legge, tra volontà e norma, neanche adesso si rimargina: anzi, nella transizione tra Stato dinastico-patrimoniale e Stato amministrativo-impersonale, tende ad approfondirsi in una definitiva tensione tra 'sovranità' e 'governo', principe e macchina. Lo Stato *realizza* il politico nella misura in cui normativizza, oggettiva, e dunque spegne, la soggettività 'eccezionale' del potere sovrano. Esso è l'unico, inevitabile, punto di oggettivazione per il politico, il suo traguardo naturale. Ma quest'oggettivazione è per lo stesso Stato estrema *irrealizzazione*. Il compimento procede per forza di negazione. Lo Stato nega il divenire ma il divenire — il nulla che esso trascina — investe a sua volta lo Stato e lo rimuove » (Esposito) <sup>(41)</sup>.

Su questa tensione — la quale evoca le potenze separate del soggetto/ volontà e dello Stato/norma — si innesta la ricerca di un principio di unificazione; interviene appunto la veduta *meccanicistica/oggettivante* di Hobbes con l'analogia fra infermità e guerra civile e, viceversa, fra pace sociale e salute. Si svolge la metafora del corpo, come geometria e come macchina che garantisce la vita. Hobbes parla del « corpo »; è il corpo che garantisce il funzionamento, il movimento e lo svolgimento ordinato delle funzioni: come al corpo/macchina spetta il compito di realizzare la salute, così allo Stato/macchina spetta il compito di salvare la « città » degli uomini.

*L'ordine meccanico mantiene la vita.*

« Questo mondo "regolato" non è costruito da una intenzione "personale". Non c'è un "signore", un "sovrano" che possa pensarlo e quindi realizzarlo. Nessun soggetto può apporvi il proprio sigillo, proprio perché la consapevolezza che si esprime nella situazione moderna del mondo-macchina non lo rende più affidabile né a una *personasovrana* né a un "naturale" *appetitus societatis* che faccia scattare l'altro automatismo di una regola data, di là da Dio e dalla volontà degli uomini » (De Giovanni) <sup>(42)</sup>.

<sup>(41)</sup> R. ESPOSITO (al quale si rinvia per un più ampio commento) pp. 22 ss., 25 ss.

<sup>(42)</sup> B. DE GIOVANNI, *op. ult. cit.*, pp. 35 ss.

Il soggetto e i soggetti/diventano *corpi*, le Passioni diventano *istituzioni*. Il soggetto è « nominato », declinato, nelle forme di una organizzazione diffusa, che conserva la possibilità della individuale vita. Il soggetto « pensante » si trasforma in funzioni e ruoli: *sembra compiersi la riduzione del soggetto allo Stato*.

« Lo Stato viene dedotto dalla natura umana; esso è il rimedio alle passioni disordinate. Per questo esso è ente di ragione: « la dottrina giusnaturalistica dello Stato non è soltanto una teoria razionale dello Stato ma è anche una *teoria dello Stato razionale* ». *La razionalità dello Stato si esplica attraverso la legge* che è distinta dal decreto del principe, dai costumi, dalle consuetudini. Ogni forma di diritto viene infatti ridotta a diritto statale, in quanto il diritto si positivizza eliminando tutte le fonti che non siano il diritto legislativo; e attraverso la *progressiva sostituzione nella riflessione politica e nella pratica di governo, dell'opposizione 'legge-costume' alla precedente 'ragione-passione' si venne gradualmente delineando quel tipo di potere che Weber ha definito legale-razionale* »<sup>(43)</sup>.

Ma quali principi di selezione, quali scopi debbono guidare la macchina? A chi si dà la macchina, chi è *capace di far funzionare e governare la macchina*?

Anche in Hobbes il *cerchio non si chiude in modo definito e definitivo*, giacché lo Stato si pone contro gli effetti dannosi degli egoismi individuali (il rischio immanente della guerra civile), ma il suo compito è anche quello di « conservare » l'egoismo limitandolo e trasformandolo in diritto dell'individuo su oggetti e spazi definiti.

« *Il potere sovrano è 'legibus solutus'*, ossia sciolto dalle leggi in quanto è esso che le crea, ma incontra dei *limiti nei diritti naturali di una società mercantilistica che sono inalienabili e inviolabili*. Il pensiero giusnaturalistico ha dunque definito la *forma politica* di una società borghese indicando i diritti che potevano essere concessi al potere politico, stabilendo *i limiti* che doveva rispettare se voleva assicurarsi

---

(43) G. GOZZI, *Le trasformazioni della società e le forme storiche del potere* (che prende lo spunto dalla pubblicazione dei volumi di N. BOBBIO e M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milano, 1980 e N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, Il Saggiatore, Milano, 1979, a cura con introduzione di D. ZOLO), in *Aut-Aut*, 1980, 175-176, pp. 150 ss. (ivi altre bibliografie).

il rispetto del *patto sociale* e assegnandogli gli scopi che doveva perseguire (*la pace secondo Hobbes, il rispetto della proprietà secondo Locke, la libertà di giudizio secondo Spinoza ecc.*) » <sup>(44)</sup>.

La questione diventa allora: quale interesse del soggetto può divenire *contenuto* per la politica? La linea vincente sembra essere quella di Locke. Il suo « soggetto » si costituisce effettivamente quando è penetrato dalla densità del rapporto con le cose. Il « soggetto » è *determinato* dal suo particolare rapporto con le cose (De Giovanni) <sup>(45)</sup>. Il *salvare la vita* del soggetto diventa il *salvare la proprietà*, conservare la proprietà, perché la proprietà è lo strumento della vita; il possesso di ciò che è necessario per vivere è la garanzia della vita, e la macchina Stato ha il compito di conservare la vita conservando la proprietà. Il riferimento alle cose, allo stato delle cose, nella materialità specifica che si esprime nel *possessione borghese*, nella moderna proprietà riapre la dialettica fra sistema normativo e soggetti empirici.

Già in Ugo Grozio, del resto, era chiaramente individuato il rapporto fra la « nascita dello Stato » e del diritto e ... le garanzie della proprietà privata/pace civile.

Sino a che durò la semplicità della vita primitiva, lo stato di natura (contrassegnato dalla *comunità* dei beni) potè mantenersi. Ma col dileguarsi di tale semplicità, con lo squilibrio tra risorse disponibili e accrescimento demografico, con la prevaricazione dell'impulso egoistico sulla razionalità, tale stato primitivo non fu più in grado di reggere. L'occupazione dei terreni, inizialmente transeunte, si cristallizzò, né trovò più un limite intrinseco nei soli bisogni naturali; insorsero le controversie, mentre la situazione si allontanava vieppiù dallo stato di natura, sommerso da rapporti di violenza. Per superare tale situazione violenta, la *ratio* spinse gli individui a dar vita allo Stato, *garante della nuova proprietà divisa e quindi della tranquillità* <sup>(46)</sup>.

E anche in Grozio si pone il problema della mediazione fra stato di natura e stato politico-sociale attraverso l'inserimento del

<sup>(44)</sup> G. GOZZI, *op. cit.*, pp. 150 ss.

<sup>(45)</sup> B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, pp. 48 ss. e *passim*.

<sup>(46)</sup> Da ultimo v. F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, I, *Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di U. Grozio*, Giuffrè, Milano, 1983.

patto sociale/contratto che consente di conciliare l'arbitrio e la volontà dei soggetti empirici con la universale necessità della *ratio* della convivenza civile.

Com'è stato giustamente rilevato il contratto sociale ha per Grozio carattere trascendentale e carattere empirico, è archetipo e fatto della *historia salutis*, « salvezza della società decaduta per l'avvento della proprietà ».

Il nuovo contratto di cui si fa parola nel *De iure belli ac pacis* è soprattutto un *contratto di sovranità*: lo Stato trova il proprio fondamento in un accordo volontario degli individui, riunitisi per porre fine al disordine originato dalla « caduta ». Tuttavia, come si ricava dalla lettura del Proleg. 15, non qualsiasi *pactum subjectionis* è dotato di validità giuridica, ma, pur nella possibile molteplicità dei contenuti empirici, lo sono solo quelli che rispettano determinate condizioni volute dalla natura. I limiti dell'obbedienza allo Stato sono fissati dal fatto che il *contratto non può contraddire la ratio in virtù della quale venne perfezionato* <sup>(47)</sup>.

La *ratio*, come dirà più tardi il teorico del *Rechtsstaat*, Immanuel Kant, è « la ragione pura, legislatrice a priori che non ha riguardo a scopi empirici di sorta (i quali tutti sono classificati sotto il nome di felicità) ». La *ratio* è la legge universale che, attraverso il diritto, limita la libertà di ciascuno « alla condizione che si accordi con la libertà di ogni altro (da *Sopra il detto comune*) in guisa che « possa ad ognuno venir assicurato il suo contro ogni altro ».

Attraverso il diritto viene, cioè, « legalmente determinato » il divieto di ledere quel « mio e tuo » che già sussiste nello Stato di natura: precisamente « nello stato civile sono indicate le condizioni che assicurano l'esecuzione (conformemente alla giustizia distributiva) delle leggi dello stato di natura » (§ 44 de *La metafisica dei costumi*), sicché « il mio e il tuo innati possono anche esser detti interni », ma « il mio e il tuo esterni richiedono sempre di essere acquisiti ».

Il *diritto* statale ha la « *potenza sufficiente* » a trasformare il divieto in una « *costrizione legale e pubblica* » e a trasformare il « *possesso* » in « *proprietà* » (« ogni garanzia presuppone che uno

(47) F. TODESCAN, *op. loc. cit.*

abbia già qualcosa come suo »), e tuttavia non può non fondarsi sui « principi a priori » del diritto naturale, giacché (quest'ultimo) « non può subire pregiudizio da parte delle leggi positive ». Lo Stato, e il diritto statale, sono dunque, allo stesso tempo, espressione delle *leggi universali* e della *volontà comune*. L'atto, col quale il popolo stesso si costituisce in uno Stato, o piuttosto la semplice idea di quest'atto, che sola permette di concepirne la legittimità, è il *contratto originario*, secondo il quale tutti (*omnes et singuli*) nel popolo rinunciano alla loro libertà esterna, per riprenderla di nuovo subito come membri di un corpo comune, vale a dire come membri del popolo in quanto è uno Stato (*universi*). Non si può quindi dire che lo Stato, ossia l'uomo nello Stato, abbia sacrificato ad un certo scopo una *parte* della sua libertà esterna innata; egli al contrario ha completamente abbandonata la libertà selvaggia e senza leggi per ritrovare nuovamente la sua libertà in generale, non diminuita, in una dipendenza legale, vale a dire in uno stato giuridico, perché questa dipendenza scaturisce dalla sua volontà legislatrice.

La volontà legislatrice è sempre volontà comune anche se non tutti (i membri della società civile) hanno il diritto di voto. « Colui ora che ha il diritto di voto in questa legislazione si chiama *cittadino* (*citoyen*, cioè *cittadino e lo Stato*, e non *bourgeois* ch'è il cittadino di una città). La qualità che a ciò si esige, oltre quella *naturale* (che non sia un bambino né una donna), è unicamente la seguente: ch'egli sia il *suo proprio padrone* (*sui iuris*) e abbia quindi una qualche proprietà (nella quale può essere compresa ogni attività, o artigiana manuale, o artistica, o scientifica) che gli procuri i mezzi per vivere; e ciò nel senso che, nei casi in cui per vivere deve acquistare beni da altri egli li acquisti solo mediante *alienazione* di ciò che è suo e non per concessione ch'egli faccia ad altri dell'uso delle proprie forze; quindi ch'egli non *serva* nel senso proprio della parola nessun altro che la comunità ».

Proprietà e Stato sono ormai la nuova forma del dualismo originario.

4. Non a caso si colloca qui il dibattito fra i *diritti naturali innati* e *diritti positivi riconosciuti*. Lo Stato è riconosciuto come Stato, ma riconosce il soggetto giuridico come volontà creativa;

l'oggettività normativa *media* fra *Positività* e *Naturalità*, fra uomo naturale e soggetto giuridico <sup>(48)</sup>.

Già in questa ambivalente origine dei diritti come sfera di libertà innata e come sfera di libertà riconosciuta dalle norme di diritto obiettivo, si esprimono i termini della nuova dialettica fra momento soggettivo e momento oggettivo, che caratterizza questa fase storica. Si spiega appunto così perché i primi tentativi di mediare il rapporto fra le regole oggettive e l'individuo, inteso come portatore di valori preesistenti, mirano a fondare sulla volontà individuale la validità delle regole oggettive. Il contratto sociale, rappresenta, infatti, lo strumento attraverso il quale i singoli portatori dei diritti innati rinunziano ad una parte della loro libertà, convenzionalmente, per assicurare a ciascuno una sfera di libertà. La sfera di libertà di ciascuno costituisce, pertanto, contemporaneamente una posizione originaria e una posizione derivata (effetto del contratto).

Si inizia in tal modo quel processo di *positivizzazione dei diritti naturali* che le codificazioni dell'800 portarono a definitivo compimento, affermando la supremazia della legge sull'ordine naturale.

A partire da questo momento muta il fondamento del diritto e dei poteri del soggetto: « la libertà si attua non contro la legge o al di fuori della legge, ma mediante la legge. Questa non ha più soltanto il compito di proibire le azioni nocive alla società, ma quello di prescrivere le azioni realizzanti l'interesse generale: la legge, infatti, è l'espressione delle volontà soggettive che si trascendono non più mirando a propri fini particolari ma unificandosi per un fine generale che è — come dice espressamente l'articolo 1 della Dichiarazione del '93 — la felicità comune » (Cesarini Sforza) <sup>(49)</sup>. La proprietà è ora fondata sul contratto e sullo Stato.

« La proprietà dipende, ora, dal *contratto* e dalle *formalità*, che la fanno capace di prova e giuridicamente valida ». Ma la legittimità della Legge e della sua amministrazione si fonda ancora sul fatto che esso è la garanzia della sussistenza e del *benessere singolo*.

<sup>(48)</sup> Sul processo di positivizzazione dei diritti fondamentali v. A. BARATTA, *op. ult. cit.*

<sup>(49)</sup> W. CESARINI SFORZA, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 680 ss. e *passim*.

Il contenuto del diritto è questo *benessere*. Ma « nel moltiplicarsi e nell'intrecciarsi dei bisogni quotidiani » i diversi soggetti possono entrare in conflitto. La conciliazione delle diverse volontà non è immediata, non è « naturale », esige « la vigilanza e la cura del potere pubblico », la *polizia*. Soprattutto « i diversi interessi dei produttori e dei consumatori » e l'impossibilità da parte dei singoli rami dell'industria di vedere la connessione della loro singola sfera con l'« universo » degli individui e delle circostanze « rendono necessario un provvedimento e una guida generale »<sup>(50)</sup>.

Anche se nel pensiero giuridico contemporaneo questa guida generale finisce con l'apparire una proiezione della volontà individuale, giacché l'*ordo ordinatus* è creazione dei voleri soggettivi, e solo l'intermediazione dello Stato lo stacca dall'*ordo ordinans*. « È la volontà di potere o potere della volontà dei soggetti attivi (*ordo ordinans*) che regge e anima l'*ordo ordinatus*, mantenendone la validità conformemente, di solito, agli schemi positivi, ma talora anche esprimendosi con pretese che restano informali, pur se danno voce a nuove aspirazioni etico-politiche, a nuovi bisogni collettivi » (Cesarini-Sforza)<sup>(51)</sup>.

E del resto, di questa polarità è profondamente intrisa la scienza giuridica moderna, specie nei punti più alti della sua elaborazione: la definizione del diritto soggettivo e del diritto oggettivo. *Il carattere contraddittorio delle definizioni del diritto soggettivo e del diritto oggettivo ne è la riprova.*

Da una parte il diritto oggettivo che sembra essere la vera fonte del regolamento della vita sociale; dall'altra il comportamento e la volontà del soggetto empirico che sembra essere la vera base dell'organizzazione della propria sfera giuridica<sup>(52)</sup>.

Rispetto a questa apparente antinomia acquista un senso preciso il problema del diritto soggettivo e della posizione del soggetto empirico rispetto al diritto statale.

<sup>(50)</sup> Così M. CACCIARI, *op. cit.*, pp. 37 ss., commentando i lineamenti di Hegel.

<sup>(51)</sup> Ancora W. CESARINI SFORZA, *op. loc. ult. cit.* (ivi altra bibliografia).

<sup>(52)</sup> Cfr. il nostro *Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento*, cit., p. 5 (ivi altra bibliografia).



Il problema consiste appunto nel ricostruire se ed in che misura il soggetto e le norme concorrono a determinare la produzione di « effetti giuridici »: il movimento giuridico.

Si parla, infatti, di corrispondenza tra effetti giuridici ed effetti voluti. Ma, dunque, qual è la vera fonte dell'obbligazione giuridica? Da una parte, è la legge, perché tutto nasce dalla legge — tutti i rapporti sono regolati dalla legge — tutte le condotte umane acquistano un significato rispetto alla legge — la vera fonte della obbligazione giuridica (del rapporto con le cose e con gli altri) è la legge. D'altra parte, al contrario, la fonte è la volontà del soggetto empirico, la disponibilità effettiva del bene e del denaro, le condizioni materiali che concorrono a rendere realmente possibile quell'accordo e il conseguimento di quel risultato materiale. Potere di fatto contro diritto formale.

Se analizziamo in questa prospettiva le definizioni più diffuse di diritto soggettivo e di contratto (il contratto è una manifestazione di volontà, rivolta ad uno scopo pratico, tutelato dalla legge) ci accorgiamo appunto che non si tratta di « descrizioni », bensì del tentativo di raccordare lo « scopo pratico-empirico » con la « tutela » disposta dalla norma, l'autonomia privata subiettiva e la regolazione autoritativa esterna. Tutti i tentativi di « definizione » del diritto soggettivo rappresentano una « presa di posizione » rispetto a questo dato problematico dell'esperienza giuridica.

Basta rileggere le diverse definizioni o almeno quelle più diffuse. Il diritto soggettivo ed il contratto sono manifestazioni del *potere*, della *volontà* del soggetto — riconosciuto dall'ordinamento — di agire per la realizzazione di un proprio interesse: la volontà e la protezione giuridica; l'interesse empirico e la tutela statale.

Lo sforzo della dottrina giuridica dell'800 è proprio quello di trovare un equilibrio fra momento soggettivo e momento oggettivo, evitando sia di ridurre tutto il diritto a criterio di qualificazione di azioni, sia di subordinare il diritto oggettivo al soggetto e alla volontà. Lo sforzo della dottrina è cioè quello di conservare il significato del soggetto, inteso come centro effettivo dell'esperienza e di mantenere, allo stesso tempo, il primato del diritto oggettivo inteso come esclusivo strumento di « organizzazione », della società.

La più diffusa delle definizioni di diritto soggettivo lo configura come *riconoscimento* (da parte del diritto statale) di un potere della volontà di agire per la realizzazione dei propri interessi. Com'è facile vedere, si tratta di una formula di raccordo fra la realtà empirica del soggetto, che esprime volontà e bisogni, e il mondo delle norme, dell'oggettività atemporale del diritto. Da una parte, c'è l'ordinamento e lo Stato che attribuisce, che riconosce la volontà (quindi, dalla norma deriva la posizione del soggetto), dall'altra, c'è il soggetto che « vuole » e volendo rende *vera* la norma. Ma volontà/potere soggettivo e norme-diritto oggettivo sembrano alludere a un conflitto.

Anche il tentativo successivo di Jhering di sostituire al potere della volontà l'interesse protetto ripropone lo stesso problema, giacché anche l'interesse è qualche cosa che si muove all'esterno del sistema normativo: anche l'interesse finisce con l'essere un « quid » che sembra determinare e condizionare il modo di essere della norma.

Sul piano logico, tanto il concetto di interesse protetto, tanto la concezione del potere della volontà riconosciuta al soggetto appaiono incompatibili con il primato del diritto oggettivo e dello Stato, inteso come criterio esclusivo di regolamentazione delle condotte; rispetto alla norma non esiste la volontà, esiste l'azione volontaria. La volontarietà è una modalità dell'azione, non è un potere.

In che consiste allora il potere della volontà? Per configurare il diritto soggettivo come potere della volontà, bisognerebbe ammettere che tale potere non si risolve nel carattere volontario di un'azione qualificata da una norma; bisognerebbe ammettere che il soggetto può fare qualche cosa che non sta dentro la norma e che tuttavia è produttiva di conseguenze per il diritto. Analogamente, il riferimento all'interesse comporterebbe inevitabilmente l'idea di un *plus* rispetto alla norma (che ne attua la protezione) riproponendo il dualismo tra realtà sociale e realtà normativa, tra soggetto empirico e ordinamento/Stato.

In realtà, nessuna « definizione » è soddisfacente. Non si può affermare che il diritto soggettivo è questo o quest'altro, proprio perché sotto l'espressione « diritto soggettivo » si nasconde un problema i cui termini si lasciano connotare storicamente in modo

diverso: il problema del rapporto fra sfera privata e sfera pubblica statale, regolazione autoritativa esterna e autonomia privata individuale, società civile e società politica (economia e politica).

Ci limitiamo a richiamare due brani di autori, appartenenti a scuole profondamente diverse, che ci sembrano riassumere in modo emblematico i termini del problema.

Scrivono Pasukanis, nella sua teoria generale del diritto: « Effettivamente ci scontriamo qui con uno dei luoghi più oscuri e dibattuti della teoria generale del diritto. Abbiamo di fronte una strana duplice realtà del concetto di diritto, due aspetti che pur trovandosi su piani diversi si condizionano a vicenda. Al tempo stesso il diritto si presenta come forma della regolamentazione autoritaria esterna e come forma dell'autonomia privata soggettiva. In un caso appare determinante e fondamentale la caratteristica della obbligatorietà incondizionata, nell'altro, il segno della libertà, garantita e comunque riconosciuta entro certi limiti. Il diritto opera da una parte come principio della organizzazione sociale, dall'altra come strumento attraverso cui gli individui « si separano trovandosi in società ». In un caso il diritto è come se si congiungesse per intero con l'autorità esterna, nell'altro è come se, con altrettanta completezza, esso si contrapponesse ad ogni autorità esterna che non lo riconosce.

Il diritto come sinonimo della statualità ufficiale e il diritto come motto della lotta rivoluzionaria: ecco un campo di infinite controversie e della più inverosimile confusione.

La coscienza della profonda contraddizione che vi si nasconde ha dato origine a non pochi sforzi nel senso di rimuovere in qualche modo questa scomoda scissione del concetto. Con questo fine sono stati intrapresi non pochi tentativi di sacrificare almeno uno dei « significati »<sup>(53)</sup>.

E Cesarini Sforza nel saggio sul diritto soggettivo, a proposito della contraddittorietà di questo concetto, così conclude: « Questa contraddizione si supererebbe solo togliendo di mezzo l'ipostatizzazione della "volontà dello Stato" e dell'"ordinamento giuridico", per ritrovare la concretezza del procedimento astrattivo

---

<sup>(53)</sup> E. PASUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, con introduzione di U. CERRONI, De Donato, Bari, 1975, pp. 107 ss.

nel quale l'unità di soggettività e oggettività può essere colta nel suo aspetto dinamico. Senonché tale ipostatizzazione risulta da un processo storico irreversibile, che condizionando il sorgere della moderna scienza del diritto, ha permesso che alla realtà dell'esperienza si sovrapponesse quella visione formale della giuridicità che comunque è sufficiente ... per risolvere i problemi particolari quotidiani creati dall'incontro tra la oggettività del diritto e gli interessi, bisogni, aspirazioni delle volontà individuali » (54).

La separazione/dialettica fra l'*ordine legale* espresso nella *razionalità* formale (pubblica) dell'*ordinamento giuridico* e la *sfera dei rapporti reali* dove l'agire individuale/sociale appare motivato da intenzioni, desideri, *interessi privati*, è così istituito dentro la categoria della scienza giuridica.

5. Questo problema ha la sua risoluzione storica nella moderna organizzazione dello Stato e del diritto, mediante la trasformazione dello *Stato* in *pura forma organizzatrice* della società civile (in sistema) e del diritto in norma astratta e generale. *L'astrazione giuridica rende possibile la trasformazione dell'esistenza reale del soggetto empirico nell'« esistenza legale » del soggetto giuridico*: le forme giuridiche (dello Stato e del diritto) sono astratte in quanto costitutive di un mondo di forme « poste nel loro insieme di là dai modi di esistenza dell'uomo privato » e quindi indifferenti ai contenuti pratico-materiali delle condotte umane, che come tali vivono ormai solo dentro l'oggettività dei tipi legali (55).

La conciliazione fra vita (privata) e norme, fra l'autonomia del soggetto e la sua configurazione oggettiva è realizzata appunto attraverso la trasformazione dei rapporti concreti-materiali in rapporti astratti, in cui alla differenza materiale di potere subentra la distinzione generale in ruoli giuridici. Le norme giuridiche non annullano i ruoli sociali, non rendono fungibili i ruoli sociali: rendono fungibili, in relazione ai ruoli sociali, gli individui. Ad esempio gli artt. 1 e 2 del Codice civile nell'istante in cui sancì-

(54) W. CESARINI SFORZA, *op. ult. cit.*, p. 686.

(55) V. il nostro *Oltre lo Stato sociale*, De Donato, Bari, 1980, (ivi altra bibliografia. V. anche B. DE GIOVANNI, *Marx e lo Stato*, in *D. e D.*, 1973, pp. 45 ss.

scono la mobilità sociale dei cittadini, ribadiscono e istituzionalizzano la divisione della società in classi; al legislatore è indifferente soltanto il fatto che una ' classe ' sia composta dal cittadino Tizio o dal cittadino Caio; gli artt. 1 e 2 del codice civile rimettono, appunto, alla volontà degli individui il problema del concreto ' riempimento ' delle classi sociali, dei ruoli sociali. Come è stato rilevato, attraverso il diritto astratto e la norma generale la borghesia compie anche la propria trasformazione da classe politicamente e storicamente individuata in classe indeterminata (classe definita esclusivamente sul terreno economico-giuridico dei « ruoli »); la trasformazione della libertà in mobilità giuridico-economica, in astrazione della libertà e dei poteri.

*Un'astrazione repressiva, giacché è stato detto, essa ha la funzione di mediare la contraddizione storica del capitalismo, quella tra soggetto e individuo, tra valore di scambio e valore d'uso, tra la logica dell'identità e la negatività del non-identico (Gozzi) (56).*

Il nuovo soggetto dell'ordinamento è, dunque, un soggetto interamente libero a condizione che la sua libertà si eserciti esclusivamente come *libertà giuridica e formale*, come libertà astratta di usare tutte le forme giuridiche, e non già come potere di modificare le condizioni materiali dalle quali dipende in ultima istanza l'effetto pratico di tale uso. Astrattamente tutti i soggetti possono assumere il ruolo di compratore e venditore, di capitalista e di lavoratore.

*Si compie così la trasformazione del soggetto empirico ... in « ruolo », « funzione », « ufficio » e si apre la possibilità di relegare nella preistoria la soggettività materiale, o meglio di ridurre la sostanza materiale della soggettività a pura « appendice » del sistema normativo ... (Kelsen), del soggetto della comunicazione umana a pura « appendice » del linguaggio e del sistema.*

La salvezza della contingenza del mondo sembra realizzata nella fissità a-temporale del *sistema giuridico*, a prezzo di una definitiva condanna del divenire, della condanna a una contingenza permanente/inespressa.

---

(56) G. GOZZI, *Linguaggio Stato lavoro*, cit., pp. 95 ss.; R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione*, op. loc. cit.

Anche la residua possibilità di una *critica*, viene vista come pura dialettica fra valori normativi e bisogni interpretati, fra « comunità pubblica » (Costituzione) e comunicazione intersoggettiva (Habermas) <sup>(57)</sup>.

« *Da un lato l'interpretazione dei bisogni, dall'altro, l'istituzione di norme*: Habermas ritiene così di avere individuato la relazione che consente di criticare le pretese di validità normativa. I bisogni comunicativamente condivisi sono interessi generalizzabili che il sistema di norme pretende di esprimere. *Il consenso si realizza se si conosce che l'apparato normativo permette di soddisfare i bisogni; l'universalizzazione* appare così l'unico principio della ragion pratica ».

Il rapporto tra norme e bisogni interpretati nella comunità di comunicazione, dove si realizza la generalizzazione, è tuttavia mediato dall'apparato regolativo che governa gli atti linguistici; la stessa coscienza è, in definitiva, « l'uso di atti linguistici secondo regole convenzionali ». La dicotomia essere/apparenza è risolta a vantaggio dell'apparenza; non c'è spazio per la rilevanza delle esigenze individuali che vengono completamente ridotte all'esercizio di un ruolo impersonale.

« *Il soggetto è ormai solo una proiezione ideale della comunità di comunicazione linguistica: nella realtà esso è scomparso* » (Gozzi) <sup>(58)</sup>. Sembra finita, dunque, ogni prospettiva di critica e trasformazione radicale, e l'empirica esistenza individuale sembra assorbita nell'organizzazione totale dello Stato e del Sistema di Calcolo.

« *Il mondo dell'organizzazione totale è il mondo della totale rimozione della storicità*; anche qui, in molteplici sensi: dall'integrazione cosmopolitica che cancella le tradizioni delle etnie, la peculiarità delle lingue, la multiformità dei costumi; al fatto che la pianificazione tecnologica tende a eliminare, e di fatto elimina sempre di più, ogni possibilità di accadere del nuovo, dell'imprevisto e del non pianificato. *Gli eventi sono a-storici in quanto non hanno*

---

<sup>(57)</sup> J. HABERMAS, *Teoria e prassi nella società tecnologica, trad. italiana*, con prefazione di C. Donolo, Laterza, Bari, 1969, pp. 73 ss.

<sup>(58)</sup> Le citazioni sono di G. GOZZI, *op. ult. cit.*, pp. 13 ss. pp. 59 ss. e *passim* (i corsivi sono miei).

*radici, ma solo cause, condizioni calcolabili, e in quanto precalcolati non sono mai davvero nuovi.* Questa a-storicità del mondo tecnico non può riflettersi anche sul piano antropologico: *la riduzione del mondo a sistemi di oggetti concatenati attraverso relazioni determinate riduce anche il soggetto a pura funzione di questo mondo, ne fa un « lavoratore »* (Vattimo)<sup>(59)</sup>.

Nella moderna costruzione dello Stato si sarebbe realizzata, cioè, la ri-soluzione definitiva della tensione dialettica fra la soggettività particolare, pratico-materiale, della vita individuale e l'oggettività universale della norma astratta e generale e dell'autorità impersonale dello Stato; si sarebbe risolta definitivamente la dialettica fra società civile e società politico-statale, fra concretezza materiale e astrazione logico-giuridica. La vita individuale e la vita sociale con i suoi conflitti e i suoi antagonismi sembrano sussunte senza residui nella totalità dell'organismo statale e nel sistema generale di calcolo. Il pensiero moderno sviluppatosi attorno alla polarità del rapporto fra soggetto e Stato sembra, dunque, giunto all'estremo esito possibile: la fine del soggetto, la ri-soluzione del soggetto empirico nell'oggettività del sistema fino alla riduzione dell'agire comunicativo all'agire strumentale della scienza a-tecnica.

Si chiude così il ciclo del pensiero: « oggi viviamo nell'epoca della fine della metafisica ... nell'identificazione dell'essere con l'essere rappresentato si compendia e viene a conclusione la storia cominciata con Platone e l'*idèa* ... il mondo della metafisica compiuta è il mondo della ragione non più giudice del reale ..., ma totalmente incarnata, realizzata nel sistema dei mezzi-fini (la razionalità formale di M. Weber) »<sup>(60)</sup>.

La massima astrazione dello Stato, la massima astrazione dell'idea, la massima astrazione del sistema che si autofonda sulla base della propria logica interna (Luhmann) sembrano indicare cioè, il punto di arrivo definitivo, il compimento dell'epoca mo-

---

<sup>(59)</sup> G. VATTIMO, prefazione a M. HEIDEGGER, *Che cosa significa pensare?, chi è lo Zarathustra di Nietzsche*, Sugar, Milano, 1978, pp. 22 ss. e *passim* (i corsivi sono miei).

<sup>(60)</sup> G. VATTIMO, *op. ult. cit.*

derna, il dominio completo dell'astrazione sulla concretezza della vita pratico-materiale.

E del resto lo stesso Marx, nella sua critica alla filosofia del diritto di Hegel, afferma che « l'astrazione dello Stato ... appartiene solamente al tempo moderno, perché l'astrazione della vita privata appartiene solamente al tempo moderno »<sup>(61)</sup>.

È singolare del resto come a questo risultato estremo pervengono da strade diverse sia le correnti che si ispirano al formalismo normativistico o logico-matematico (come la più recente teoria dei sistemi) sia lo storicismo deterministico di derivazione marxista (specie quello legato alla scuola filosofica sovietica secondo cui « l'evoluzione della società è un processo regolato da leggi, sottoposto ad una determinata necessità storica, indipendente dalla coscienza dell'uomo »). Sotto questo aspetto sviluppo dell'« idea » e storia dei processi reali della vita sociale pratico-materiale sembrano alludere a due universi paralleli e non comunicanti, e tuttavia sembrano pervenire alla medesima concezione di una « storia come processo senza soggetto e senza fini » e di una tecnologia sociale senza valori e obiettivi.

Né vale obiettare che a fronte di questa conclusione sta il « sentimento della personalità » la *realtà concreta dei bisogni insoddisfatti* e delle passioni represses, giacché è sempre possibile replicare con Luhmann che: « la società odierna e tutti i singoli sistemi sociali in essa contenuti mettono l'uomo nella condizione di progettare e mantenere un mondo infinitamente aperto, estremamente complesso ed infine onticamente indeterminato (contingente) e di adoprarlo come base di ogni esperienza e azione selettiva e come " fonte " di scelte contingenti. Se è così, non c'è alcuna contraddizione di principio fra tecnica e umanità ». A condizione cioè che l'umanità si rassegni a vivere nella dimensione del « contingente », dove per essere se stessa deve restare opaca, indicibile e inespriabile<sup>(62)</sup>.

In realtà, come dice Severino: « questo significa anche che lo sfruttamento di classe e la violazione dei diritti dell'uomo non

<sup>(61)</sup> K. MARX, *Critica della filosofia Hegeliana del diritto pubblico*, in *Opere filosofiche giovanili*, a cura di G. DELLA VOLPE, Editori Riuniti, Roma, 1968.

<sup>(62)</sup> N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, cit., pp. 69 ss.



sono sintomi di un' "ingiustizia" — la morte della verità dell'*épistème* è insieme morte di ciò che la giustizia in verità è, ma sono sintomi dell'impotenza, cioè dell' "errore" in cui si trovano le classi sfruttate e coloro che subiscono violenza » (63).

Ed in verità non c'è nessuna « ragione » da contrapporre al dominio e allo sfruttamento. « Perché il dominio non deve essere esercitato? ed esercitato senza limiti? Forse perché finisce col violare i diritti dell'uomo? Ma quale conoscenza è ormai in grado di mostrare i *veri* diritti e di stabilire il *vero* limite che divide il *diritto* dalla *stortura* dell'uomo? ».

Per riaprire una via, per ridare al soggetto la sua attuale rilevanza di « produttore » di « progetti » è necessario cercare dentro la forma astratta, dentro la stessa struttura del sistema, l'insorgenza della dialettica fra soggetto e Stato; dimostrare l'*impurità* della forma, il suo rapporto con la storia e con l'azione degli uomini (64).

La domanda che si pone è semplice: chi comanda nella società e nello Stato moderni, dentro e oltre il dominio invisibile e impersonale della norma astratta e generale?

(63) E. SEVERINO, *Legge e caso*, Adelphi, Milano, 1979, pp. 14 ss.

(64) Mi sembrano utili, riguardo al metodo le osservazioni di U. CURI, p. 46: « Contro la riduzione dell'ordine storico effettuale all'ordine logico concettuale, contro la dolosa univocità dei metodi volti davvero a " porre le brache al mondo ", Marx manifesta, con incalzante successione di argomentazioni, l'*ulteriorità del concetto reale*, del presupposto di tutta l'indagine, all'astrattezza degli schemi a priori »; p. 45, « La divaricazione, che così si manifesta, fra concreto pensato e concreto reale, non è sanabile — *non deve* essere sanata — in alcun modo, né supponendo una riduzione di questo a quello, come ha fatto Hegel, né supponendo fra l'uno e l'altro una costante adeguazione, secondo l'impostazione degli economisti classici » ... « Il " metodo " assolve appunto al compito di sintonizzare ordine logico e ordine storico, di riprodurre il concreto soltanto come *geistig Konkretes*, di piegare l'autonomia del soggetto reale, traducendo la sua irriducibile contraddittorietà nella rarefazione della dialettica ideale, mediante la risoluzione — a l'adeguazione — del reale nel pensiero, è possibile trasformare un " risultato storico " in " punto di partenza della storia ", dal quale dedurre, *more geometrico*, lo sviluppo reale dei rapporti di produzione in maniera *wissenschaftlich richtige*. L'indicazione del metodo è, perciò, tutta interna a quel processo di riproduzione del concreto nel cammino del pensiero... ».

La risposta di Hegel è notissima: è il *pensiero* che si è messo a capo di tutto ciò che deve essere valido, è lo *spirito europeo* che è capace di mettere in evidenza, nella particolarità del mondo, il genere, le leggi, l'universale, il pensiero, l'interna razionalità. E il pensiero e lo spirito si incarnano nelle classi medie colte, giacché « nelle classi medie, alle quali appartengono i funzionari dello Stato, è la coscienza dello Stato e la cultura più eminente » ... essa costituisce la base e il fondamento dello Stato in rapporto alla giuridicità e all'intelligenza. Funzionario dello Stato è dunque il borghese colto <sup>(65)</sup>.

In realtà, come scrive DE GIOVANNI: « l'astrattezza » del processo hegeliano va recuperata, in profondità, come il momento più concentrato di *coscienza reale* che la società borghese moderna manifesta di se stessa. Il legame che la stringe al meccanismo di funzionamento e di dominio della moderna società borghese, il modo in cui essa esprime la coscienza dell'unificazione del processo dal punto di veduta di un sapere oggettivo, spingono a vedervi piuttosto la teoria del modo in cui la realtà del mondo borghese obiettivamente produce la propria coscienza, disinteressandosi di un *soggetto* che diventa mera appendice di questa « produzione » astratta. C'è forse più realtà e meno mitologia teologizzante di quanto comunemente non creda la cultura variamente esistenzialistica, nella sottomissione dell'*individuo naturale* ai modi di produzione del sapere e del dominio » <sup>(66)</sup>.

E come in termini quasi analoghi osserva CACCIARI: « nella formula della realtà del razionale e razionalità del reale vi è più di una utopia o di un'idea; vi è l'*intuizione dell'unica forma possibile di deduzione dello Stato borghese, irriducibile tanto al modello decisionistico puro che a quello liberale-garantistico*. Questa forma Hegel tenta di pensare, *versus* il corto-circuito decisionistico e/o liberale » <sup>(67)</sup>.

---

<sup>(65)</sup> G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di Filosofia del diritto*, tradotti da F. Messineo, Laterza, Bari, 1954, p. 382, aggiunta al § 297 (il significato della classe media).

<sup>(66)</sup> B. DE GIOVANNI, *Hegel e il tempo storico della società borghese*, De Donato, Bari, 1970, pp. 11 ss. e *passim*.

<sup>(67)</sup> M. CACCIARI, *Dialettica e critica del politico*, cit., pp. 9 ss.

Si tratta allora di chiarire come il sistema dei bisogni, che storicamente si sviluppano dentro l'organizzazione capitalistica della produzione, *intenzioni* lo Stato e il diritto moderno, senza cadere nel meccanismo deterministico del rapporto tra strutture e sovrastrutture. Si tratta, cioè, di decifrare il modo in cui l'aggettivo « borghese » si coniuga con questa società e questo Stato, rivelandone la determinatezza storica, ma non la derivazione causale dal modo di produrre.

6. Si tratta allora di porre una questione di paradigma interpretativo. Essa concerne direttamente la natura dell'*egemonia borghese*, che è una egemonia diversa da quelle che hanno caratterizzato le epoche precedenti e, quindi, le forme precedenti della soggettività.

La caratteristica dell'egemonia e della soggettività borghese mi sembra proprio questa: che mentre si impianta come egemonia sociale costruisce poi una oggettività della forma che mantiene l'egemonia sul terreno sociale, ma non la trasforma in egemonia politica, e proprio per questo produce una forma peculiare che non esaurisce le possibilità pratiche del soggetto. Una forma peculiare che ha in sé la capacità di mantenere le condizioni perché si riproduca indefinitivamente l'egemonia sociale, ma non la *riflette* immediatamente. « *Lo Stato non può ridursi a mero prodotto del rapporto socio-economico poiché questo è intrinsecamente irrisolto, poiché questo permane nella indeterminatezza costitutiva dei suoi conflitti, e delle sue " rivoluzioni "* ». Il soggetto borghese è sì egemone — ma questo soggetto stesso è, in realtà *molteplice*, risultato di compromessi che continuamente si ri-giocano. L'egemonia del soggetto borghese non rifonda nessun Leviatano — essa è in sé compromesso e mediazione. Ed è *perciò* — ora il discorso si conchiude — che essa si può rilevare, ad una considerazione razionale, come *intenzione produttiva allo Stato* » (Cacciari) <sup>(68)</sup>.

Questa è l'originalità che caratterizza la formazione sociale borghese: mentre le egemonie precedenti si sono tradotte immediatamente in una strumentazione di potere e di forme politiche;

<sup>(68)</sup> M. CACCIARI, *Trasformazione dello Stato e progetto politico*, in *Critica marxista*, loc. cit.

al contrario l'egemonia borghese si impianta e si mantiene sul terreno sociale e *decide* di non tradursi in una situazione di dominio politico, anzi produce la forma di una *soggettività formale egualitaria*, di una norma astratta e generale<sup>(69)</sup>.

La *struttura del diritto eguale* infatti consente di mantenere l'egemonia sociale della borghesia, del modo di produzione capitalistico, senza tuttavia trasformarla in dominio politico. Perciò la vera novità di questa egemonia è che essa tende a distruggere l'istituzionalizzazione del dominio di classe e del potere personale dell'uomo sull'uomo: la forma di Stato di diritto è capace di esprimere tutte le soggettività, non solo quella borghese.

Il soggetto « borghese » entra in rapporto con gli altri soggetti della formazione sociale, sia quelli precapitalistici sia quelli nuovi prodotti dall'organizzazione capitalistica della produzione e, in particolare, il lavoratore attraverso il *riconoscimento reciproco* su un piano di *parità formale*.

Ciò permette di separare il potere normativo, che si esprime nel diritto eguale, dalla determinazione immediata del comando dei capitalisti sui produttori di merci. Poiché la forma giuridica si presenta appunto come una forma capace di esprimere tutte le soggettività empiriche presenti nella formazione sociale, il conflitto degli interessi non diventa mai lotta di classe, ma viene circoscritto e ridotto a lotta economica e a lotta elettorale. Anche la lotta elettorale è definita dalla forma della soggettività, nel senso che la struttura formale dello Stato di diritto consente che ci sia una selezione dei « rappresentanti » per la produzione delle norme, ma impedisce la produzione di « nuove forme » di comando che non siano le leggi astratte e generali.

Ed invero, il potere legislativo è limitato dalla struttura della soggettività formale. Il potere legislativo è cioè limitato dalla struttura della soggettività perché non può mai revocare il suo principio costitutivo: che tutti gli uomini sono eguali davanti alla legge. Il punto di rottura con le epoche precedenti è questo:

---

<sup>(69)</sup> V. già le considerazioni svoltesi in *Oltre lo Stato sociale*, cit., pp. 35 ss. Per un'analisi marxista del diritto eguale v. le opere citate nei precedenti capitoli di U. CERRONI, e, in particolare, *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, in *D. e D.*, 1974, pp. 481 ss.

l'uomo si scinde in due: l'*uomo privato*, civile, in cui permangono tutte le differenze materiali e il *cittadino* della Repubblica in cui si realizza la piena eguaglianza dei diritti politici.

« È un progresso della storia che ha mutato le *classi politiche* in *classi sociali*, in modo che, come i cristiani sono eguali in cielo e ineguali in terra, così i singoli membri del popolo sono *eguali* nel cielo del loro mondo politico e ineguali nell'esistenza terrestre della *società*. La trasformazione propriamente detta delle *classi politiche* in *civili* accadde nella *monarchia assoluta*. La burocrazia fece valere l'idea dell'unità contro i diversi stati nello Stato. Ciò nondimeno, anche a lato della burocrazia del potere governativo assoluto, la *distinzione sociale* degli stati rimase una distinzione politica, *politica all'interno* e accanto alla burocrazia del potere governativo assoluto. Soltanto la Rivoluzione francese condusse a termine la trasformazione delle *classi politiche* in *sociali*, ovvero fece delle *differenze di classe della società civile* soltanto delle differenze *sociali*, delle differenze della vita privata, che sono senza significato nella vita politica. E con ciò compiuta la separazione di vita politica e di società civile »<sup>(70)</sup>.

Questo è l'« evento » nuovo; mentre prima si svolge una lotta tra le classi i cui nomi (la denominazione delle classi) sono immediatamente rilevanti sul piano formale e istituzionale; adesso la lotta delle classi diviene un fatto economico, un affare privato (privato nel senso che appartiene alla sfera dell'economia), non è più un fatto costitutivo dello Stato perché lo Stato è lo Stato dei cittadini.

Lo Stato di diritto nasce, dunque, da un progetto politico che tende, da un lato, a garantire che questo meccanismo non venga messo in discussione dalla lotta di classe (funzione di neutralizzazione del conflitto politico) e, dall'altro, tende a creare le condizioni perché quel modo sociale di produrre sia conservato e mantenuto senza trasformarsi mai in dominio politico (anzi l'idea dei fondatori dello Stato di diritto è che l'estrazione del plusvalore,

---

<sup>(70)</sup> K. MARX, *La critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, in *Scritti filosofici giovanili*, a cura di S. Moravia, La Nuova Italia, Firenze, 1972, p. 34.

la produzione di profitti si debba realizzare indipendentemente dall'intervento politico statale).

*Lo Stato ha un ruolo decisivo* nella progressiva 'mercificazione' di quelle che Polanyi definisce le merci fittizie — lavoro, terra, moneta — determinando la *formazione* verso la fine del sec. XVIII di una società organizzata attorno ad un mercato *autoregolantesi*. Ma un simile mercato, finalmente liberato dai ceppi feudali, implica la separazione della società in una sfera economica autosufficiente regolata da una 'mano invisibile' e in una sfera politica cui vengono attribuiti compiti di mera garanzia formale (Gozzi) <sup>(71)</sup>.

« Il Politico e lo Stato si pongono concretamente *oggi* come problema poiché non si dà più immediata omologia tra Politico ed Economico, perché essi si danno nella forma della separatezza, *ma insieme* di una separatezza che esprime l'autonomia dello Stato (compimento del Politico) come riconoscimento-comprensione della "ricchezza" del civile, suo risultato dialettico. Questo appare l'unico metodo possibile per la soluzione dell'arcano dello Stato moderno » (Cacciari) <sup>(72)</sup>.

*L'arcano dello Stato* e del diritto moderno è appunto, quello di produrre allo stesso tempo il soggetto giuridico eguale (cittadino) e di garantire la diseguaglianza espressa dall'organizzazione privata della produzione (sociale) e del lavoro.

La soggettività formale egualitaria è tuttavia intrinsecamente contraddittoria, in relazione al contesto storico che deve mettere in « forma », perché esprime l'intenzione di realizzare l'eguaglianza (si identifica come soggetto dell'eguaglianza) e, però, contemporaneamente esprime una diversità di potere di comando sulla produzione e sul lavoro.

Ed invero, non si può fare a meno di rilevare che i rapporti sociali che si vengono istituendo, a partire dalla nuova costituzione capitalistica dei rapporti di produzione e dei rapporti fra capitale e lavoro, esprimono una forte contraddizione tra il *principio dell'eguaglianza di diritti* e la realtà della *disparità di potere* rispetto all'organizzazione economica. Non si può non rilevare, cioè, come il rapporto sociale si articola attorno a una profonda contraddizione tra l'*intenzione egualitaria* che sta alla base dei nuovi principi e delle nuove forme di coscienza (la proprietà libera, il libero con-

<sup>(71)</sup> G. GOZZI, *Le trasformazioni della società*, cit., p. 150.

<sup>(72)</sup> M. CACCIARI, *op. ult. cit.*

tratto, la libertà del lavoro, la libertà del capitale) e la altrettanto forte *intenzione di mantenere un sistema delle differenze*, un sistema delle diseguaglianze di potere. Le nuove figure soggettive che troveranno espressione nella teoria della soggettività giuridica, del diritto eguale, della eguaglianza formale, esprimono, in realtà, una *soggettività che non riesce a pensare se stessa se non separandosi in due sfere contrapposte*. La sfera dell'interesse comune, la *sfera dell'interesse pubblico*, in cui si realizza l'intenzione dell'eguaglianza e il principio della libertà politica e sociale, e la *sfera degli interessi antagonisti*, la sfera degli interessi concorrenti e in guerra tra loro, che si caratterizza come sfera privata, come sfera degli affari privati e dei possessi privati. Tutta la struttura del rapporto sociale che si istituisce tra la nuova classe della borghesia e gli altri strati sociali (o residui della vecchia organizzazione o nuove figure sociali come il proletariato) è solcata da una profonda contraddizione che esprime appunto la tensione tra la necessità di formalizzare l'istanza egualitaria e di garantire allo stesso tempo un sistema di differenziazione sociale fondato sul possesso privato e sul carattere privato della sfera economica.

Già alla luce di queste considerazioni si intuisce abbastanza agevolmente che la separazione di economia e politica, e insieme il modo del loro reciproco rapporto, hanno un rilievo decisivo ai fini della comprensione della relazione che si viene istituendo fra Stato ordinamento giuridico e sfera economico-sociale. Non solo si tratta di un rapporto che non è possibile configurare nei termini di « contenuto fattuale » della forma giuridica o di « mero riflesso » dei rapporti di forza, ma, al contrario, si tratta addirittura di uno dei punti decisivi per individuare la Costituzione dello Stato moderno e il suo principio di funzionamento.

In realtà, senza la separazione di economia e politica non sarebbe neppure pensabile la possibilità di conciliare, nell'ambito della medesima forma sociale e statale, l'istanza dell'eguaglianza e il mantenimento del sistema delle differenze fondato sui possessi privati. La contraddizione che attraverso il rapporto sociale non sarebbe componibile senza l'articolazione del rapporto in due sfere distinte: la sfera in cui tutti sono eguali davanti allo Stato, sono cittadini dello Stato; e la sfera nella quale ciascuno si contrappone all'altro come portatore di un interesse concorrente e conflittuale.

Solo riducendo l'economia a un affare privato è possibile pensare a una sfera politico-statale nella quale i soggetti diseguali dei rapporti economici diventano soggetti eguali, titolari astrattamente di tutti i diritti e di tutte le norme dell'ordinamento. E d'altra parte solo ipotizzando e configurando una sfera dell'interesse generale, che dà sostanza al principio dell'eguaglianza e dell'eguale qualifica di cittadini, è possibile mantenere una sfera distinta degli interessi contrapposti nell'ambito del conflitto economico e sociale. Solo attraverso questa separazione, e il rapporto peculiare che si istituisce tra le due sfere, è possibile il funzionamento di un ordinamento giuridico che garantisce eguaglianza formale di diritti e diseguaglianza sostanziale di poteri.

« Questo risultato appare paradossale, da un lato, il sistema dei rapporti economici che l'economia politica analizza nelle sue leggi si *legittima*, di fronte ai precedenti e al "classico" in particolare, come garanzia di sviluppo della dialettica bisogni-appagamento — si legittima in quanto non solo si fonda, ma *ritorna continuamente* all'interesse soggettivo. Il contenuto di questi bisogni *si trasforma moltiplicandosi*. Lo sviluppo non è accrescimento degli stessi consumi — né degli stessi mezzi atti a soddisfarli. Dunque, esso è concepibile solo come trasformazione complessiva. Ma, d'altro lato, la istanza di governo, di Stato, si *legittima*, invece, in quanto "buona struttura", permanenza ». (Cacciari)<sup>(73)</sup>.

Infatti, da questa *struttura contraddittoria della società borghese deriva la necessità del soggetto borghese di articolare i rapporti con gli altri soggetti in modi diversi*:

a) di entrare in rapporto con i soggetti che sono presenti nella formazione sociale sul terreno dello Stato di diritto sanzionando la parità politica, il principio di eguaglianza politica, e quindi, la sfera dell'identità fondata sul terreno dell'eguaglianza, come terreno puramente politico-formale e di costruzione giuridica dello Stato (come ordinamento);

b) di entrare poi sul terreno economico-sociale in un rapporto in cui contano invece le condizioni di forza differenti (il comando sul capitale in contrapposizione al lavoro).

---

(73) M. CACCIARI, *Dialettica e critica del politico*, cit., p. 35.



Questa « esigenza » del soggetto borghese di dar vita ad un rapporto sociale che per sua natura si deve strutturare in due forme diverse, produce poi una serie di regole oggettive di funzionamento. Giacché, se è vero che le due sfere si muovono su un piano parallelo, cioè non sono derivabili reciprocamente l'una dall'altra, è anche vero che la loro esistenza si riconnette ai caratteri costitutivi della soggettività borghese e ai caratteri del rapporto sociale capitalistico. In questa prospettiva, la sfera economica e la sfera politica sono due sfere autonome e tuttavia connesse alla struttura complessiva del rapporto sociale capitalistico e ai connotati della soggettività borghese: la soggettività dell'eguaglianza pubblica e della diseguaglianza privata. Il soggetto borghese per *costruire una modalità* dentro la quale vivere questa contraddizione (di essere soggetto di eguaglianza e soggetto di diseguaglianza) non può non esprimersi nelle *forme* economiche del mercato e nelle *forme giuridiche* dello Stato di diritto e del diritto eguale. In questi termini queste due forme sono *forme determinate*, perché sono l'oggettivazione di questa contraddizione, di questa soggettività; esprimono il funzionamento della contraddizione. Precisamente: le leggi di funzionamento dello Stato e del mercato esprimono, la irriducibilità della economia alla politica, e viceversa.

L'affermazione che il capitalismo è costruito politicamente, significa, allora, che il « soggetto borghese », essendo connotato da questa contraddizione, vive dentro forme che sono espressione di questa contraddizione e che perciò isolatamente non ne esauriscono la portata storico-materiale; si scinde in una forma economica che mantiene la diseguaglianza e in una forma politica che realizza l'eguaglianza. C'è un rapporto di connessione tra questo progetto politico e queste forme, ma la forma economica e la forma politica vivono autonomamente; anzi la connotazione del soggetto borghese porta queste forme ad essere autonome, perché se non fossero autonome questa soggettività non si potrebbe esprimere secondo la sua natura.

7. Questa impossibilità di pensare al diritto senza la distinzione fra sfera pubblica e sfera privata dimostra, tuttavia, che la *forma giuridica non è pura*; riceve un *principio di identifica-*

zione da quella distinzione di contenuto, che allude a una organizzazione pratico-materiale dei soggetti empirici.

Questa conclusione può essere svolta più analiticamente attraverso una riflessione sulla « forma giuridica ». Come scrive B. De Giovanni<sup>(74)</sup>, commentando Marx e la sua riflessione sul diritto moderno: « *Forma* è qui omologo del termine *astratto*. Forma è astrazione dai contenuti, non solo in quanto per astrazione si intende *un modo di esistenza particolare* accanto ai « modi di esistenza particolari »: l'uomo politico di là dall'uomo privato, la forma della politica di là dalla particolarità della società civile ».

« Il più difficile era di formare lo Stato politico ... La costituzione si sviluppò come la ragione universale di fronte alle altre sfere, *come un al di là delle medesime* »; « la sfera politica fu la sola sfera politica nello Stato, l'unica sfera in cui il contenuto fu generico come la forma, fu il vero universale, ma al contempo in tal modo che, con l'opporci di questa sfera alle altre, il suo contenuto divenne anch'esso un contenuto *formale e particolare* ». *Come al di là delle sfere particolari, la forma dello Stato occupa uno spazio reale*. È in questo senso forte che la forma *esiste*. Ma come *al di là, ...* » (De Giovanni). *Le forme giuridiche* non esauriscono infatti le forme di rapporto e le forme di comunicazione tra gli uomini; sono *forme parziali*.

Ma entro quale limite opera la forma giuridica? Come si definisce il campo del « formalismo » del diritto? È impossibile definire il campo partendo dalla forma? O la definizione del campo deve essere in qualche modo predeterminata? E quindi c'è qualche cosa, un *quid* che *definisce prima*. La forma giuridica per essere autonoma deve essere una forma separata. Per esempio, il criterio giuridico deve essere autonomo rispetto al criterio dell'utile, al criterio del moralmente giusto, deve essere un criterio che si separa dagli altri criteri di valutazione della condotta umana. La specificità del diritto moderno è che si separa dalla morale, si separa da tutti gli altri criteri di valutazione delle condotte. Ora questo presuppone una delimitazione, una *parzialità di questo criterio*. Quali sono i campi su cui opera questo criterio. Il problema è di individuare i campi su cui la forma giuri-

(74) B. DE GIOVANNI, *Marx e lo Stato*, in *D e D*, 1973, p. 43.

dica indubbiamente insiste; tanto è vero che lo stesso argomento dei giuristi è fondato sul criterio del « rilevante giuridicamente », ma il rilevante giuridicamente presuppone un irrilevante giuridicamente.

A questo punto è possibile il passaggio successivo; il diritto moderno si può decifrare soltanto se si capisce che il sistema delle disequaglianze e delle differenze si riduce a disequaglianze economiche e *l'economia diventa un affare privato*. Si può capire l'autonomia della forma giuridica solo se si assume che l'economia resta fuori dal campo delle forme giuridiche, e quindi resta fuori il campo delle disequaglianze economiche, l'economia si riduce ad un affare privato, un « affare contingente ».

Sulla separazione fra « affare privato » e « affare generale » si fonda appunto la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, tra ciò che appartiene alla sfera privata e ciò che appartiene alla sfera pubblica.

Di questa distinzione non vi è traccia sul piano formale nel testo costituzionale, né nell'ordinamento giuridico inteso come insieme di norme. E del resto Kelsen negava decisamente che la *distinzione tra sfera privata e sfera pubblica* potesse avere rilevanza ai fini della teoria pura del diritto e dello Stato e ne affermava il carattere contenutistico e perciò *contingente e fattuale* <sup>(75)</sup>. Eppure questa distinzione tra sfera pubblica e privata, è decisiva ai fini dell'organizzazione costituzionale e giuridica dello Stato moderno, sino al punto che lo Stato moderno e il diritto moderno non sono pensabili senza questa distinzione.

In realtà per capire la forma giuridica moderna bisogna decifrare il significato del *diritto pubblico* e il suo rapporto con il diritto privato, e cioè il fondamento delle *sanzioni* che lo Stato appresta, mette a *disposizione dei soggetti privati* che regolano autonomamente i loro rapporti. Non c'è diritto moderno, e non c'è neanche vera connessione tra diritto dei rapporti privati e diritto pubblico, come forma generale della connessione dei membri di una comunità statale, fino a quando non si realizza lo sviluppo complessivo degli *istituti politici dello Stato moderno*. Pre-

---

(75) H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, con introduzione di M. Losano, Einaudi, Torino, 1968, pp. 313 ss.

cisamente, a mio parere, c'è una fase in cui il diritto privato funziona come strumento di rapporti tra gli uomini, ma non è stata ancora posta la forma politica dello Stato di diritto; non si è anche determinata pienamente l'autonomia dell'economico e la distinzione fra società civile e società politica<sup>(76)</sup>.

La svolta si realizza quando il *diritto autonomo dei privati viene istituzionalizzato in un rapporto con lo Stato di diritto*, in un momento costituente in base al quale quella forma che si è sviluppata nei rapporti spontanei, o comunque nei rapporti tra i privati, viene assunta come oggetto di una norma statale che fissa le condizioni generali e astratte alle quali « lo Stato vuole ciò che i privati vogliono ». Fino a quel momento non c'è una formazione compiuta del processo di costruzione dello Stato moderno. Ci sono rapporti di scambio, che hanno una forma giuridica e una organizzazione giuridica, ma l'ambito in cui si muovono i soggetti che possono partecipare al commercio giuridico riceve una (pre)-determinazione extragiuridica (la capacità giuridica e la capacità di agire, potremmo dire, sono limitate dagli *status* politici). Se non c'è capacità di agire e capacità giuridica generale che realizza l'eguaglianza formale sia sul piano dei rapporti tra privati, sia sul piano della partecipazione politica allo Stato, si continua a mantenere una scissione pratica e non si compie fino in fondo il processo di formazione dello Stato moderno, giacché i soggetti che possono far valere le sanzioni giuridiche sono determinati al di fuori del diritto statale.

Solo nella costituzione dello Stato di diritto è affermato il principio che tutti gli uomini possono astrattamente avvalersi della tutela giuridica. È evidente che questa struttura giuridico-sociale in tanto si regge in quanto al diritto, e quindi allo Stato, spettano soltanto il compito di prescrivere le « forme » dei comportamenti, i requisiti delle azioni, alla cui ricorrenza è subordinato l'intervento dell'apparato (protettivo) giudiziario. Si tratta, cioè, di uno dei postulati fondamentali dello Stato di diritto liberale.

Nello Stato di diritto liberale, appunto, il raccordo viene attuato ponendo la legge al di sopra di tutto e di tutti, attribuendo

---

(76) U. CERRONI, *Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*, loc. cit.

alla legge il carattere di comando generale ed astratto e affidando al modulo contrattuale il compito di dar vita ai comandi concreti.

« Questa generale uguaglianza degli uomini in uno Stato, in quanto sudditi di esso, coesiste però benissimo con la massima disuguaglianza nella quantità e nel grado del loro possesso, sia che si tratti di superiorità fisica o spirituale degli uni rispetto agli altri, sia che si tratti di disuguaglianza esteriore di beni di fortuna e in generale di diritti (e possono essere molti) degli uni in rapporto agli altri; di modo che il benessere dell'uno molto dipende dalla volontà dell'altro (il benessere del povero dalla volontà del ricco) e uno deve obbedire (come il figlio ai genitori, la moglie al marito) e l'altro a lui comandare, uno serve (come giornaliero), l'altro paga la mercede ecc. Ma in ordine al diritto (che, come espressione della volontà generale, può essere solo unico e riguarda la forma del giusto, non la materia o l'oggetto su cui ho diritto) essi sono, come sudditi, tutti uguali fra loro, poiché nessuno può esercitare coazione su un altro se non in virtù della pubblica legge (e per mezzo dell'esecutore di essa, il sovrano) (I. KANT, *Del rapporto della teoria con la pratica del diritto pubblico*).

La funzione di questa tecnica legislativa, infatti, è quella di porre un limite al potere politico attuando una separazione netta tra sfera privata e sfera pubblica ed attribuendo al diritto oggettivo — alla legge — la sola funzione di fissare le regole del giuoco, cioè quel minimo indispensabile, quelle condizioni minime, formali, alle quali l'apparato coercitivo dello Stato è disposto a mettersi in moto per realizzare gli interessi del soggetto. Il modello è, praticamente, riassumibile in questa forma: tutto il diritto eteronomo, cioè il diritto oggettivo, è caratterizzato dalla sua astrattezza, cioè non « ordina », concretamente, niente a nessuno; tutto il diritto concreto è di carattere contrattuale, cioè a dire non è un diritto eteronomo, ma autoprodotta. Tra questi due piani, il piano del diritto eteronomo, astratto e generale e il piano del diritto consensuale e autonomo, prodotto dai contratti, il collegamento è instaurato dal riconoscimento della capacità giuridica (e della capacità di agire) ad ogni soggetto in quanto uomo. Si realizza così la coesistenza del primato della legge e del primato del soggetto. Il codice di diritto privato assume un significato costituzionale di garanzia rispetto alla sfera privata, globalmente considerata.

« La forma giuridica è così insieme *ragione universale* ed esistenza particolare, registra il carattere generico e *formale* del suo contenuto. *La forma non attinge nessun contenuto che non sia la forma* »<sup>(77)</sup>.

Lo Stato di diritto è sotto questo profilo una organizzazione sociale mediante la quale il monopolio della forza è affidato ad una autorità impersonale, giacché ciascun cittadino per far valere le proprie pretese si affida all'autorità dello Stato impersonale. Praticamente compito dello Stato e del diritto è quello di garantire l'*ordine esistente*, però garantirlo sulla base di una tecnica che non fa discendere le sanzioni, né i criteri delle qualificazioni delle condotte dai contenuti materiali delle condotte umane; l'autorità che stabilisce i criteri per risolvere i conflitti, non lo fa in nome e per conto di un gruppo determinato, lo fa per conto di tutta la società; è perciò un'autorità impersonale. L'essenza stessa dello Stato moderno è la *spersonalizzazione del comando*. Tutto questo però è pagato al prezzo di *ridurre lo spazio del diritto*, cioè di fare dell'ordinamento giuridico un ordinamento particolare della società, di non chiedere al diritto di risolvere i conflitti secondo i costumi o secondo l'utile sociale, o secondo l'idea di giustizia o secondo la moralità. La costruzione del concetto moderno di diritto e di Stato è fondata sul fatto che il diritto diventa una tecnica peculiare mediante la quale è possibile risolvere i conflitti tra gli uomini senza farli dipendere né da giudizi di valore, né da rapporti di potere personale.

8. Lo Stato di diritto sta dunque in un rapporto specifico con la soggettività egualitaria e formale, con il principio dell'eguaglianza giuridica. Ma così come la soggettività egualitaria ha una struttura intrinsecamente contraddittoria, anche lo Stato di diritto e le norme astratte e generali sono mossi da una tendenza contraddittoria.

Intendo dire che il diritto e lo Stato proprio per questa loro particolare configurazione di *forma specifica (che astraie da tutti gli altri criteri di organizzazione sociale)* non possono che essere fon-

---

(77) B. DE GIOVANNI, *op. ult. cit.*

dati sull'eguaglianza formale. Ma proprio perché fondata sull'*eguaglianza formale diventa sanzione dell'ordine esistente*, dei meccanismi di riproduzione sociale, e quindi *sta in un rapporto definito con le diseguaglianze*; e tuttavia, queste « *diseguaglianze* » non possono essere rilevanti giuridicamente, perché sono relegate ad una sfera che è « *affare privato* », che è affare economico, e proprio per questo sono contingenti. Se si riduce cioè la funzione del diritto a garanzia dell'ordine esistente, si deve poi « *condannare alla contingenza* » il problema delle diseguaglianze.

La vicenda storica dello Stato moderno tuttavia dimostra che il problema delle diseguaglianze non è eliminabile, giacché accanto allo *Stato-norma*, c'è lo *Stato-potere* che cura l'interesse particolare e, quindi, si configura come Stato-politico-amministrativo. La sfera politico-amministrativa è infatti un'altra sfera dove il compito essenziale dello Stato è quello di mantenere il consenso sociale attraverso la rimozione delle diseguaglianze materiali. Il diritto e lo Stato moderno sono afferrabili a partire da questo rapporto tra la sfera dell'economia e la sfera della politica, il diritto è la forma specifica di questo rapporto: praticamente il diritto è il regolamento dei confini reciproci<sup>(78)</sup>.

Lo Stato è Stato-norma nel senso di ordinamento giuridico, ma è anche Stato-soggetto di potere, nel senso di cura di interessi, di realizzazione di obiettivi specifici (Stato-amministrazione).

Il primato dello Stato-ordinamento giuridico (il principio del primato della legge) significa, proprio questo: che il rapporto tra i due poteri, — potere economico e potere politico — sfera delle diseguaglianze economiche mediate dal mercato e sfera delle diseguaglianze che invece sono mediate politicamente, è definito « *formalmente* » e perciò praticamente nessuno dei *due poteri* né il potere politico né il potere economico possono esercitare un dominio diretto sulla società; sono *mediati dalla forma giuridica*.

La forma giuridica è la forma che definisce i rapporti tra questi due ambiti e definisce anche lo spazio entro cui si esercita il potere economico e lo spazio entro cui si esercita il potere politico. La società moderna vive dentro la forma statale, cioè vive

---

<sup>(78)</sup> V. ampiamente su questa configurazione il nostro *Oltre lo Stato sociale*, cit., pp. 38 ss.

dentro una forma giuridica di comunicazione, che affida ad un'autorità impersonale in ultima istanza la compatibilità tra i poteri sociali (il potere economico e il potere politico).

Occorre chiarire ancora questo passaggio. In realtà quando si afferma che nello Stato di diritto le classi politiche non esistono più (che non c'è un ordinamento giuridico delle classi), che attraverso il diritto eguale viene distrutto l'ordine feudale, si vuol dire che non solo viene distrutto un meccanismo attraverso il quale avveniva l'attribuzione della ricchezza e l'appropriazione del lavoro altrui, ma viene ridefinito il sistema delle diseguaglianze come « fatto puramente accidentale » e allo stesso tempo come oggetto specifico della « cura » del potere statale. Come *ordinamento* lo Stato deve « ordinare » l'eguaglianza formale; come *potere deve realizzare l'eguaglianza materiale* e deve negare il formalismo della astrazione.

« Ma il suo stesso fondamento consiste ormai nella promessa di dis-alienazione che, appunto, l'*eguaglianza* esprime. E proprio l'apparire del "quarto stato" costringe a ricercare questa fondazione (la *plebe* hegeliana esprime questo *bisogno*, che lo Stato non può in alcun modo soddisfare). Lo Stato moderno è perciò contraddizione irrisolvibile tra questo nuovo bisogno che esso deve soddisfare, o promettere di soddisfare per legittimarsi, e la natura stessa, temporale, mondana, dei suoi mezzi, dei suoi fini. L'alienazione è irrevocabile *nel tempo*: a ciò conclude la contraddizione » (Cacciari) <sup>(79)</sup>.

L'equilibrio fra i due poli è mantenuto dalla spersonalizzazione del potere statale.

L'effetto della *spersonalizzazione di ogni rapporto di dominio* è particolarmente evidente nella sfera dei poteri che lo Stato esercita per *curare interessi particolari*. Infatti, mentre, tutta la problematica dell'assistenza a chi non può lavorare, agli handicappati, ai bisognosi, ai malati, agli anziani, alle donne, in una società organizzata su classi politiche formalizzate e riconosciute, è affidata ai rapporti personali di protezione e servitù o alla carità del sovrano; nella concezione moderna dello Stato l'assistenza è l'espressione di un'autorità impersonale, di un potere imperso-

---

(79) M. CACCIARI, *op. cit.*, pp. 67 ss.



nale che è a sua volta legittimato dallo Stato-norma (perché lo Stato-persona non ha un potere assoluto ma solo quello che gli deriva dalla legge); proprio per questo chi riceve l'assistenza e il sussidio non dipende da nessuno, non deve essere grato a nessuno; è grato allo Stato e all'autorità impersonale. Qui si vede con molta evidenza il processo di spersonalizzazione di ogni rapporto di dipendenza. Le uniche dipendenze possibili sono quelle che si realizzano nei rapporti economici, ma sono dipendenze contingenti e perciò non istituzionalizzabili, non formalizzabili. Tutta la vicenda dello Stato moderno, del diritto moderno è intrisa del problema del rapporto tra eguaglianze formali ed eguaglianze materiali, o se vogliamo, del problema della libertà formale e della libertà reale. Lo Stato è mosso da una logica contraddittoria, perché da una parte deve garantire l'eguaglianza formale, dall'altra, però, deve rendere *vera l'eguaglianza*.

In realtà, sin dall'origine, lo Stato moderno è segnato da questo rapporto contraddittorio e la contraddizione nasce proprio dal fatto che come Stato norma-ordinamento giuridico deve essere Stato impersonale, deve essere forma pura, deve essere tecnica di organizzazione sociale indifferente ai contenuti e agli obiettivi particolari (e per essere tutto ciò non può che essere Stato imparziale e Stato autorità impersonale espressione della sovranità popolare) e, tuttavia, come Stato-potere deve essere anche cura degli interessi particolari, Stato che si preoccupa di far sopravvivere chi non ha lavoro, chi non ha i mezzi per sostentarsi e perciò deve comportarsi come Stato-tutore, come Stato-soggetto. Lo Stato sociale non è altro che lo sviluppo di questa contraddizione. La vicenda dello Stato e del diritto è il movimento di questa contraddizione tra eguaglianza e diseguaglianza, tra la struttura formale dello Stato e i suoi compiti materiali; la struttura formale dello Stato come ordinamento giuridico e i suoi compiti materiali come Stato-soggetto. Nella esperienza dello Stato sociale il ciclo sembra compiersi: il soggetto individuale (nel senso di storico, ecc.) ha prodotto la *norma* e lo *Stato dell'interesse generale* (per vincere il rischio della « fine », e assicurarsi la durata della norma-astratta); ma lo Stato per rispondere alle pretese dei soggetti empirici deve farsi a sua volta « soggetto » e immergersi nella contingenza degli interessi particolari, deve diventare Stato-tutore.

9. La teoria normativistica e formalistica del diritto e dello Stato non riesce né a spiegare, né a problematizzare questa asimmetria e questa contraddizione. Questo assunto — che cercheremo in questa sede di chiarire molto schematicamente — nasce dal rilievo che nella teoria dello Stato (assunta come premessa dalle correnti normativistiche e formalistiche) il rapporto fra economia e politica, tra sfera statale e sfera sociale, viene relegato all'esterno dei principi e delle regole costitutive del modello dello Stato di diritto. E, più in generale, che la teoria dello Stato così come risulta sia nelle correnti di ispirazione normativistico-formalistiche (ma anche nelle correnti di ispirazione funzionalistico-marxistiche) non fornisce ancora tutti gli elementi necessari per una definizione capace di offrire un paradigma interpretativo soddisfacente ed efficace, né considera tutti gli elementi necessari per la comprensione del modo in cui si è venuto organizzando il rapporto tra economia e politica nello Stato moderno e nella società industriale<sup>(80)</sup>.

Ed in verità se si fa riferimento, sia pure sommario, alle estreme conseguenze delle diverse impostazioni qui richiamate, non si può non rilevare come nessuna di esse fornisca criteri di lettura che permettano in qualche modo di verificare il tipo di rapporto che si istituisce tra principi, regole, norme e l'insieme dei rapporti economici e sociali. In particolare, la teoria formalistico-normati-

---

(80) Per la discussione nella dottrina di ispirazione marxista si vedano i seguenti libri che contengono interventi a più voci: N. POULANTZAS, J. HIRSCH, C. BUCI-GLUCKSMANN, J.M. VINCENT, S. DE BRUNHOFF e J.P. DELILEZ, *La crisi dello Stato*, De Donato, Bari, 1979 (con un'introduzione di G. VACCA, *Sul concetto di crisi dello Stato*); A. MARTINELLI (a cura di), *Stato e accumulazione del capitale*, Mazzotta, Milano, 1977; AA.VV., *Discutere lo Stato. Posizioni a confronto su una tesi di L. Althusser*, De Donato, Bari, 1978; E. ALTVATER, C. OFFE, J. HIRSCH, J. GOUCH, *Il capitale e lo Stato, crisi della 'gestione della crisi'*, Bertani, Verona 1979 (a cura di T. Costa); AA.VV., *Stato e crisi delle istituzioni*, Mazzotta, Milano, 1978 (a cura di L. Basso).

Su questi temi v. MICHEL MIAILLE, *Introduzione allo studio critico del diritto*, Savelli, Roma, 1979, p. 26 e *passim* (trad. it. con introduzione di L. DONATI).

Sulle teorie funzionalistiche v. il saggio di MARIA ROSARIA FERRARESE, *Immagini del diritto e diritto senza immagini*, in corso di pubblicazione.

vistica, che finisce con l'identificare Stato di diritto e ordinamento giuridico/primato della legge, principio di legalità ed eguaglianza formale, non può non assumere come pregiudizialmente irrilevante il rapporto tra ordinamento giuridico e rapporti economici e sociali. Ai fini della teoria dello Stato, inteso essenzialmente come ordinamento giuridico, appare, infatti, almeno in questa prospettiva, *rilevante unicamente la tecnica di produzione dei comandi giuridici* e il rapporto tra il sistema di produzione dei comandi e le procedure per la loro attuazione e applicazione (divisione dei poteri, primato del legislativo sull'esecutivo e sul giudiziario, autonomia del giudiziario rispetto all'esecutivo, identificazione dei caratteri formali della legge e così via). La configurazione, cioè in termini essenzialmente tecnici e formali dei caratteri dello Stato di diritto e delle modalità del suo funzionamento, comporta automaticamente l'indifferenza (nel senso appunto della non rilevanza) al tipo di organismo sociale e di rapporti economici, che sono destinati a restare fuori dall'orizzonte dei concetti giuridici. Ridotto il diritto a norma e lo Stato a diritto non può che derivarne automaticamente la conclusione che, fuori dall'orizzonte dell'ordinamento giuridico e della forma giuridica, non è conoscibile e concettualizzabile alcun altro elemento; il *rapporto tra economia e politica* resta fuori da ogni connotazione in termini di principio costitutivo, di istituti, di regole, e attiene alle *questioni di fatto*, alla *contingenza storica* sulla quale l'ordinamento giuridico è chiamato ad operare con le sue prescrizioni.

Analogamente anche le teorie di ispirazione marxista che, al contrario, sembrano attribuire particolare rilevanza ai rapporti di potere e al dominio di classe che funzioni entro una determinata formazione sociale, finiscono col proporre una nozione di Stato e di diritto come puro dominio della borghesia o come apparato coercitivo inteso a garantire e a realizzare gli interessi di classe; una concezione dello Stato di diritto cioè in cui gli aspetti formali sembrano assolutamente privi di rilevanza e la nozione di *Stato* e diritto si identificano senza residui col *dominio di classe*. Per dirla in modo schematico, mentre per la teoria normativa lo Stato si riduce a pura forma giuridica, a forma senza contenuto; per la teoria marxista, almeno quella tradizionale, lo Stato e il diritto si riducono al dominio di classe, a contenuto senza forma. Per la prima

il rapporto tra economia e politica non ha rilevanza dal punto di vista del diritto; per la seconda il diritto si risolve nei rapporti politici e nei rapporti economici<sup>(81)</sup>. A parte la singolare simmetria che sembra caratterizzare le opposte teorizzazioni a cui abbiamo fatto riferimento, che lascia intravedere oltre la contrapposizione una tendenziale unità di premesse teoriche, è singolare come entrambe finiscono col precludersi ogni possibilità di analisi differenziata, formulabile in termini teoricamente corretti; come, insomma, si precludano un approccio teorico capace poi di connotare le diverse forme di Stato e di organizzazione statale, che sono presenti nelle varie esperienze o che si sono succedute nella vicenda storica.

In realtà, in entrambe queste concezioni opera un processo arbitrario, preventivamente posto in essere sulla base di premesse non discusse, di riduzione dello Stato e del diritto o a pura forma o a puro dominio. Si ripropone insomma una lettura tendenzialmente fondata sulla scissione e sulla incomunicabilità della *razionalità formale* espressa nella *scienza giuridica* e nella teoria del diritto normativistico, e dei rapporti politico-sociali configurati come puri *rapporti di forza*. Il problema di definire il tipo e i modi di collegamento che si istituiscono tra sistema normativo, ordinamento giuridico e rapporti economici e sociali fra soggetti e norma, viene risolto in anticipo eliminando uno dei due termini, e risolvendolo nell'altro.

« La contraddizione tra lavoro e capitale, in Marx, implicava e si reggeva sulla circolazione di un medesimo sapere, due facce contrapposte della stessa ragione, una volta capovolta e una volta dritta » (Rovatti)<sup>(82)</sup>.

Per altro verso in queste vedute si riflette potentemente il paradigma della soggettività borghese. Perché la soggettività bor-

<sup>(81)</sup> Sui limiti di questa impostazione v. i rilievi di U. CERRONI, *Pasukanis e la grande svolta nella cultura giuridica sovietica*, introduzione a PASUKANIS, *La teoria*, cit., pp. 18 ss. e R. GUASTINI, *La teoria generale del diritto in URSS. Dalla coscienza giuridica rivoluzionaria alla legalità socialista*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di G. TARELLO, vol. I, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 492 ss. e *passim*.

<sup>(82)</sup> P.A. ROVATTI, *Dislocazione della contraddizione e sapere dell'individuale*, in *Aut-Aut*, 1980, pp. 27 ss.

ghese ha la sua forza nel ridurre da un lato la soggettività empirico-materiale a soggettività contingente e dall'altro nel trasformarla in regolarità istituzionalizzata nella forma di Stato e nella forma di diritto. La soggettività borghese è, cioè, una soggettività che si deprime a soggettività contingente e si nega come regolarità formale, proprio perché si costruisce come soggettività delle differenze sul terreno sociale e come soggettività della eguaglianza giuridica sul terreno statale. La soggettività giuridica nella sua istanza egualitaria — e quindi nella sua aspirazione alla omologazione formale — finisce col reprimere la soggettività, come creatività specificamente materiale e storica; proprio per questo le teorie che si sono poste il problema di spiegare la società moderna sia che siano di matrice critica (come può essere il marxismo) sia che siano di matrice apologetica (come possono essere le teorie formalistiche-normativistiche e le teorie sistemiche) in fondo recepiscono nella struttura stessa del loro ragionamento la negazione della soggettività come problema della forma storica del rapporto fra individuo e società, fra sfera dell'esistenza empirica e sfera dell'esistenza legale<sup>(83)</sup>. La caratteristica della soggettività borghese, insomma è quella di porsi come soggettività metastorica e quindi come non soggettività. Analogamente sia il marxismo che le teorie formalistiche-normativistiche e sistemiche, proprio perché partecipano della società borghese, esprimono una *cultura di negazione della soggettività* in senso pregnante. Nella riduzione del soggetto ad appendice

---

(83) Per attingere al soggetto reale secondo H.J. KRAHL, *Costituzione e lotta di classe*, Jaca Book, Milano, 1973, non basta appellarsi soltanto all'idea di soggetto e di uomo in astratto come sovente alcuni epigoni del giusnaturalismo ancor oggi continuano a fare, giacché « Il soggetto è puro pensiero, concetto dell'individuo borghese che, al di là della sua atomizzata individualità, pretende di essere diventato coscienza universale, rappresentante dell'umanità. Ma allora il soggetto è ancor sempre un riflesso condizionato dell'oppressione degli individui da parte del rapporto di capitale e cade in balia proprio di quella automizzazione monadologica a cui si illudeva di essere sfuggito ». In realtà è convincente l'affermazione di Gozzi che solo Marx nella *Tesi su Feuerbach* ha tentato una fondazione materialistica della soggettività « La sintesi di Marx è eccellente: non la critica si fa pratica ma la pratica diventa critica. Infine, si legge ancora in questa prima tesi, l'attività pratica è *soggettività*: la critica trova il suo fondamento ».

del sistema o del modo di produzione il soggetto agente scompare, sia nel marxismo che nella teoria del sistema. E non è un caso poi che il recupero della soggettività avviene sul terreno emozionale, irrazionale, esistenziale, e non avviene mai sul terreno logico. Perché anche la logica borghese si presenta come logica impersonale e astratta. I processi di spersonalizzazione sono i connotati della formazione borghese: viene spersonalizzato il dominio, viene spersonalizzato il desiderio, viene spersonalizzata la passione, viene spersonalizzato l'insieme delle relazioni umane. Non è un caso che i concetti che esprimono la spersonalizzazione, lo Stato, la sovranità, il sistema linguistico, hanno una caratteristica in comune: la scomparsa dell'elemento primordiale della soggettività istintuale (che quando ricompare, ricompare come reazione/fascismo o terrorismo o come « crisi » dello Stato di diritto)<sup>(84)</sup>.

10. La soggettività borghese, la soggettività dell'eguaglianza formale e dello Stato del diritto eguale, infatti, funziona fino a quando il conflitto fra individuo e società/Stato è riconducibile alla forma della dialettica fra Stato-norma e Stato-potere, fra borghese e cittadino; fra regola ed eccezione. Quando viceversa la domanda di eguaglianza sostanziale diviene più pressante, lo Stato e il diritto entrano in una fase critica e vengono posti di fronte a drastiche alternative: o precipitare nel caos della frantumazione legislativa e della società dispersa, « scoprendo » così la mancanza di fondamento del potere normativo statale; o reinventare un rapporto fra potere normativo e progetto di salvezza « universale » anche su un terreno extra-mondano (riproposizione di un fondamento etico-religioso); o imporre al soggetto di ritrarsi nell'intenzione religiosa, lasciando lo Stato al suo destino di vanificazione (giacché come scrive Kierkegaard « l'uguaglianza non è realizzabile con mezzi mondani »)<sup>(85)</sup> o, infine, riformulare le forme della dialettica attraverso la democratizzazione del potere (la fondazione

---

<sup>(84)</sup> D. LOPEZ, *La psicoanalisi della persona*, Boringhieri, Milano, 1983, pp. 10 ss. e *passim*.

<sup>(85)</sup> Sul radicalismo di Marx e Kierkegaard rispetto alle mediazioni hegeliane v. K. LÖWITZ, *Da Hegel a Nietzsche*, Einaudi, Torino, 1949, pp. 223 ss., pp. 256 ss.

democratica della soggettività plurima e di un nuovo statuto delle differenze).

L'evento nuovo — produttivo della crisi dello Stato è costituito dall'irruzione delle masse, giacché esse esprimono appunto la domanda radicale dell'eguaglianza statale (la plebe hegeliana esprime questo bisogno al massimo...). Giustamente conclude Cacciari che « il quarto Stato è la malattia della forma Stato, della sua forma dialettica..., ma il soggetto massa ha la *forma della dissoluzione*, ma non ha la *forza della fondazione* ».

« Le masse sono il soggetto della Demokratisierung. Apparentemente, questo processo afferma che " tutto è politica " — afferra nel Politico ogni determinazione della vita. Ma in realtà questa " assolutizzazione " del Politico avviene a prezzo di una perdita di centralità, di un costante indebolimento del " sistema ". La Demokratisierung scardina gli antichi rapporti di subordinazione, vanifica i centri di gravità attorno ai quali ruotavano i rapporti della società civile. La " politicizzazione totale ", che la democratizzazione del Politico comporta, libera dalla fede " nella autorità assoluta e nella verità definitiva ", scuote dalle fondamenta l'antico " rapporto di venerazione e pietà verso lo Stato ". La missione dell'idea democratica consiste nel perficere questa decadenza dello Stato, del Politico come totalità, liberando gli " arbitrari diritti " dei diversi soggetti che sembravano comporne armonicamente il sistema. Tutti " fanno politica ", proprio in quanto il Politico ha ormai perduto ogni " aura "; proprio in quanto si è cacciato dalla sua idea anche l' " ultimo incantesimo " » <sup>(86)</sup>.

La cultura giuridica e la scienza dello Stato devono ancora fare i conti con il processo di democratizzazione.

---

<sup>(86)</sup> M. CACCIARI, *Dialettica e critica del politico*, cit., p. 69.





### CAPITOLO III

## POTERE NORMATIVO E SOCIETÀ DI MASSA

1. Le trasformazioni della legge: ipotesi interpretative del fenomeno. — 2. La funzione della legge nell'esperienza dello Stato sociale: il governo della « eccezionalità » e la garanzia dell'eguaglianza. — 3. *Forma della legge* e legittimazione del potere di governo sulla società e dell'intervento nell'economia: le nuove forme di *consenso sociale*. — 4. La centralità del *procedimento legislativo* e le tendenze alla proceduralizzazione come risposta alla emergenza economica e politica. — 5. Inadeguatezza e ambiguità della tecnica della proceduralizzazione: la *pluralizzazione della soggettività sociale*. — 6. Le risposte alla crisi della « legge » *riduzione o allargamento della democrazia*. — 7. Le contraddizioni della moderna società di massa: *espropriazione e soggettività*.

1. Crisi della norma: *che significa?* La legislazione appare sempre più *inadeguata, frantumata, parcellizzata, settoriale*, incompleta, inefficace, caratterizzata da uno scarto crescente tra le affermazioni di principio e l'operatività delle misure adottate. L'eccessiva penetrazione degli interessi sociali corporativizzati ha finito col determinare una sorta di paralisi, a causa dei divieti incrociati che i vari gruppi si oppongono, e ha reso la legislazione sempre più espressiva di *compromessi mediocri*, di breve durata e ancora più spesso priva di veri contenuti normativi. Si parla di leggi-manifesto, leggi-bandiera; leggi cioè destinate più a richiamare l'attenzione sull'esistenza di problemi intensamente avvertiti dall'opinione pubblica che a prospettare e adottare soluzioni efficaci <sup>(1)</sup>.

*Cos'è divenuta la legge*, e perché ancora la legge, in una società caratterizzata da una espansione senza precedenti dell'intervento pubblico nell'economia; e, contestualmente, da una crescita democratica e da una singolare capacità di autonoma elaborazione della

---

(1) R. BETTINI, *Leggi manifesto e crisi del diritto*, in *Archivio italiano di sociologia del diritto*, I, 1977, pp. 13 ss.

società nel suo complesso? Le modificazioni connesse all'intervento pubblico e all'attribuzione allo Stato di compiti di *regolazione del ciclo economico* incidono profondamente sulla funzione della *attività legislativa* <sup>(2)</sup>. Le nuove funzioni che lo Stato viene assumendo nell'esperienza del c.d. Stato sociale, richiedono e impongono un ripensamento delle forme attraverso cui si esercitano i poteri normativi e si svolge l'intera attività politica statale. L'intera questione del potere legislativo nella moderna società di massa va ripensata e ridefinita.

Dietro la crisi delle procedure tradizionali di produzione di norme e decisioni vincolanti, infatti, non c'è solo una questione di rapporto (tra parlamento e governo) tra rappresentanza e decisione, ma una questione più ampia di rapporto tra *decisione e democrazia* <sup>(3)</sup>.

Per convinversi di ciò, basta procedere ad un esame più puntuale dei *caratteri della legislazione* e della spiegazione che può essere fornita per decifrarne i mutamenti più significativi.

La prima considerazione riguarda il rapporto tra la cosiddetta crisi dell'attività legislativa e il mutamento intervenuto nella *distribuzione del potere normativo* nella società e nelle istituzioni. Si tratta cioè, di capire se e in che modo nei contenuti e nella forma del procedimento legislativo non si riflettano i mutamenti profondi intervenuti nella *titolarità del potere normativo*. Penso ai mutamenti che attengono al *sistema delle fonti* e al modo di produzione e di formazione della norma nel rapporto con gli altri poteri dello Stato e con gli attori del conflitto sociale. I mutamenti che incidono sulla *funzione attuale della forma di legge*, come forma di esercizio del potere di comando e di governo in una società

---

<sup>(2)</sup> Sulle trasformazioni della legge connesse all'intervento dello Stato nell'economia e nella vita sociale si possono ormai considerare classici i saggi di E. FORSTHOFF, in *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, con introduzione di C. AMIRANTE; F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 245 ss. (con introduzione di N. MATTEUCCI).

<sup>(3)</sup> Sul problema della decisione e del governo nella società moderna v. i saggi di M. CALISE, M. FEDELE, S. RODOTÀ, C. DONOLO, nel numero monografico del *Laboratorio politico* «Governi e Governanti» (specie il saggio di C. Donolo, ivi ampia bibliografia).

caratterizzata da un intreccio sempre più stretto di economia e politica. E in verità, la dilatazione del procedimento legislativo e l'espansione della forma di legge debbono in qualche modo, commisurarsi ai mutamenti intervenuti nel rapporto tra Stato ed economia e nella struttura dei rapporti tra forze sociali e politiche. Se si guarda con attenzione alle più significative novità che caratterizzano l'attività legislativa, infatti, si può agevolmente rilevare che i *mutamenti* più rilevanti attengono sia al sistema delle *fonti normative* sia ai *contenuti* e agli *oggetti* assunti dai provvedimenti legislativi.

Sotto questo profilo basta ricordare la grande novità costituita dal cosiddetto decentramento legislativo (Regioni) da un lato; e, dall'altro, dall'intreccio di attività *legislativa e contrattazione fra le parti sociali* (4).

Per quanto attiene ai contenuti è sufficiente ricordare come la *funzione legislativa* si caratterizza per essere sempre più produttiva di *effetti immediati e concreti nella distribuzione del reddito* e nell'attribuzione delle risorse. E del resto i due fenomeni stanno in un preciso rapporto, giacché l'allargamento dei soggetti formalmente abilitati, o di fatto chiamati, a partecipare al procedimento di formazione della norma, è in gran parte determinato dal fatto che la « legge » incide direttamente sui meccanismi di attribuzione delle risorse e della distribuzione del reddito, ovvero sull'attribuzione di poteri destinati ad incidere sull'uso delle risorse.

Già l'esame dell'influenza della contrattazione sociale e l'esame delle c.d. *leggi-provvedimento* (destinate ad attribuire risorse e poteri a enti o soggetti pubblici e privati) consentono di andare ben *oltre* le spiegazioni sin qui formulate, che com'è noto fanno principalmente leva sul rapporto fra partiti politici e sindacati e sulla peculiarità del sistema politico-economico nella società del benessere: il cosiddetto modello neo-corporativo e la teoria dello scambio politico (5).

---

(4) Sui rapporti fra legge e contrattazione collettiva v. B. VENEZIANI, *Appunti di diritto sindacale comparato*, Lacucci, Bari, 1982.

(5) Sulle leggi-provvedimento e i rapporti di potere fra le classi v. F. NEUMANN, *op. loc. cit.*; v. anche le recenti considerazioni di G. FERRARA, *Riforma del parlamento e produzione delle leggi*, in *D. e D.*, 3, 1983, p. 7.

2. In realtà, questi mutamenti corrispondono ad un più ampio contesto di *modificazioni intervenute nei rapporti tra apparato statale, sfera politica e sistema economico sociale*. Corrispondono, cioè, al declino del modello tradizionale dello Stato di diritto liberale, al diffondersi di esperienze e di polemiche tipiche del c.d. Stato sociale e quindi alla espansione dell'intervento pubblico nella sfera dell'economia, nella distribuzione del reddito e nell'attribuzione delle risorse (6).

Mutano, ad esempio, i *problemi della funzione di « garanzia »*, tradizionalmente affidata alla netta demarcazione tra la sfera dei rapporti privati (autonomia del mercato) e la sfera dei rapporti politici e pubblici delimitati dalle funzioni amministrative e di polizia. Il mutamento del rapporto tra Stato e mercato, l'inizio di una fase nella quale il mercato appare sempre più regolato da interventi pubblici e il conflitto sociale appare sempre più bisognoso di mediazione istituzionale, infatti, modificano la stessa *funzione della legge*. Precisamente, in una società caratterizzata dalla espansione tendenzialmente illimitata dell'intervento regolativo pubblico, l'attività normativa tende a divenire sempre più un'attività destinata ad incidere immediatamente sugli interessi e sulla posizione delle categorie e delle parti sociali, piuttosto che una mera determinazione esterna delle c.d. regole del gioco.

Attraverso i comandi statali si tende sempre più a governare l'intera attività sociale e sempre più l'*attività normativa* appare come *attività di governo* destinata a produrre *effetti concreti nei rapporti sociali* e non già come mera definizione di parametri, di misure astratte generali la cui determinazione contenutistica è affidata all'attività dei singoli o dei gruppi. Non c'è dubbio, cioè, che nel passaggio dal c.d. Stato di diritto liberale allo Stato sociale si viene modificando profondamente la stessa funzione dell'attività legislativa e del potere normativo. Nel modello dello *Stato di diritto la legge svolge una funzione di garanzia*, di autonomia nel rapporto tra società civile e Stato politico, tra individuo e Stato,

---

(6) Su questi temi e sulle diverse funzioni dello Stato sociale si rinvia al nostro *Oltre lo Stato sociale, loc. cit.*

essenzialmente attraverso i *caratteri dell'astrattezza e della generalità* che sono assunti come costitutivi della stessa nozione di *norma* (7).

Attraverso i caratteri della astrattezza e della generalità (che debbono ricorrere in ogni atto normativo, in ogni atto di legislazione) si realizza implicitamente la garanzia che nel rapporto tra il potere statale e la società civile sarà comunque rispettata *l'eguaglianza dei cittadini* e non sarà possibile, attraverso l'introduzione di statuti differenziati e di normative particolari, l'attribuzione di privilegi e di poteri capaci di alterare i rapporti reali tra le parti sociali, tra i soggetti individuali, tra la sfera dell'autonomia sociale e la sfera pubblica.

« La struttura formale della legge, infatti, è di importanza decisiva per il funzionamento del sistema sociale in una società competitiva in cui vige il principio del libero contratto. Il bisogno che il sistema giuridico ed amministrativo desse garanzie di prevedibilità fu una delle ragioni che portarono a restringere gradualmente il potere della monarchia patrimoniale e del feudalesimo. Questo processo di limitazione dei poteri tradizionali sfociò nel conferimento del potere legislativo ai parlamenti, attraverso i quali le classi medie controllavano l'apparato amministrativo e fiscale, collaborando con la corona in relazione ai cambiamenti da apportare al sistema giuridico. La società concorrenziale richiede la generalità della legge come forma più alta di razionalità finalistica, poiché essa è composta di un gran numero di imprenditori di potenza economica all'incirca uguale. Libertà del mercato dei beni di consumo, libertà del mercato della mano d'opera, libero accesso alla classe imprenditoriale, libertà di contratto, e razionalità nelle soluzioni giuridiche di eventuali controversie: ecco le caratteristiche essenziali di un sistema economico che richiede e desidera incoraggiare la produzione per ottenere profitti sempre maggiori valendosi di imprese capitalistiche razionali e permanenti. Il primo compito dello Stato è la creazione di un ordine giuridico che assicuri l'adempimento degli obblighi contrattuali, essendo necessario che si tuteli la legittima aspettativa dei contraenti che gli obblighi contrattuali saranno mantenuti. Questa prevedibilità può essere as-

---

(7) V. le considerazioni svolte al cap. II.

sicurata soltanto se la legge ha carattere generale, e purché sussista una relativa parità di potere economico fra i concorrenti, di modo che tutti abbiano interessi identici. Anche nelle relazioni fra lo Stato e gli imprenditori, particolarmente con riguardo agli obblighi fiscali e alle interferenze statali con il diritto di proprietà, bisogna che sia garantito il massimo di prevedibilità. Il sovrano non può imporre tasse né limitare l'esercizio dell'attività imprenditoriale senza una legge generale » (Neumann) <sup>(8)</sup>.

Viceversa nella fase dell'*espansione dell'intervento pubblico* nella sfera economico-sociale e dello sviluppo delle politiche di sicurezza sociale e di redistribuzione del reddito ecc., *l'attività normativa* tende ad assumere sempre più i connotati di un *provvedimento concreto immediatamente efficace* (appunto perché correttivo degli effetti che si produrrebbero sulla base dei rapporti di forza realmente esistenti nel conflitto), di un provvedimento che è destinato ad attribuire immediatamente quote di ricchezza e di risorse o poteri in grado di modificare gli equilibri spontanei esistenti nella società: *l'attività normativa* tende a diventare direttamente uno strumento di *governo della società* e della sua composizione di classe.

È evidente pertanto che, mentre nel *primo caso* la *garanzia* del rapporto tra potere statale e società è *realizzata* essenzialmente *attraverso i caratteri della formazione* (in coerenza con la funzione che lo Stato nel suo complesso è chiamato ad assolvere nei confronti dell'autonomia della società); nel *secondo caso*, al contrario, il problema che si pone è « garantire » la *presenza dei gruppi sociali* e degli interessi della società nel suo complesso e nella sua articolazione *sin dal momento della formazione del comando* normativo, e cioè nella fase del procedimento <sup>(9)</sup>. Si tratta cioè di realizzare l'istanza della *eguaglianza* non più attraverso i caratteri della normazione ma *attraverso il procedimento* di formazione della norma.

---

<sup>(8)</sup> F. NEUMANN, *op. cit.*, pp. 265 ss.

<sup>(9)</sup> Sul significato del procedimento nella strategia luhmaniana v. i rilievi di G. GOZZI, *Le trasformazioni della società e le forme storiche del potere*, in *Aut-Aut*, cit., pp. 16 ss. (v. naturalmente anche N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, cit., pp. 259 ss. e *passim*).

Tutto ciò si comprende agevolmente se si considera che in questa fase, nella fase cioè dello sviluppo delle politiche dello Stato sociale, la *funzione della legge è essenzialmente quella di garantire la partecipazione alla formazione della norma anche dei soggetti politici e sociali che non sono immediatamente rappresentati nella compagine governativa*. In questi termini l'adozione del procedimento legislativo ordinario anche per l'emanazione di atti normativi con contenuto di vero e proprio provvedimento amministrativo assolve alla funzione complessa di consentire non solo una *partecipazione della c.d. opposizione al governo della società mediante legge*, ma anche di realizzare per questa via l'istanza della *eguaglianza politica dei cittadini* davanti allo Stato. L'eguaglianza che risultava garantita in termini formali attraverso la normazione astratta e generale per divenire parità dei « rappresentanti » politici delle classi e dei ceti sociali si trasforma nel *diritto di partecipare alla formazione del comando legislativo* <sup>(10)</sup>.

È in questo contesto che si sviluppa, da un lato, il fenomeno delle leggi settoriali e particolari, ossia di quella forma di legislazione in cui è particolarmente evidente il carattere sostanzialmente transattivo della decisione che sta a base della norma, e dall'altro lato, la *tendenza ad estendere la partecipazione al processo di formazione della legge a soggetti collocati al di fuori del parlamento*, sia attraverso il decentramento regionale, sia attraverso l'istituzionalizzazione di procedure complesse di consultazioni e interazioni tra il livello della contrattazione sociale e il livello politico-parlamentare.

Tutto ciò spiega a sufficienza sia perché il procedimento legislativo si è enormemente dilatato sino a comprendere materie che tradizionalmente si ritenevano tipiche dell'attività amministrativa, sia perché la legislazione si è venuta modificando nei suoi caratteri formali e sostanziali. Possiamo dire che, per tutta questa fase dell'espansione dell'intervento pubblico e di sviluppo delle politiche sociali, attraverso l'adozione del procedimento legislativo si

---

<sup>(10)</sup> Cfr. su questo profilo N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Neuwied u. Berlin, 1969, pp. 32 ss. (cfr. anche le osservazioni di D. ZOLO, *Complessità, potere, democrazia*, saggio introduttivo a N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit.).

è realizzato *un nuovo equilibrio fra l'istanza dell'eguaglianza e della parità dei cittadini e l'esigenza di intervenire con provvedimenti particolari* e settoriali nei rapporti di forza esistenti tra i diversi gruppi e classi sociali.

In certo modo si è realizzato un *nuovo compromesso fra il principio della specialità*, che praticamente corrisponde alle c.d. *situazioni eccezionali*, e il *principio della generalizzabilità* che è caratteristico dell'attività normativo-legislativa. È appena il caso di ricordare che la cultura giuridica ha sempre ritenuto che gli interventi normativi di carattere particolare e, più in generale, gli interventi direttamente operanti nel campo del conflitto sociale e della redistribuzione del reddito e delle risorse, rivestissero sempre il carattere di eccezionalità, rispetto alla situazione di normalità che è oggetto della normazione generale<sup>(11)</sup>.

Si può dire con un paradosso che, essendo divenuta normale la situazione eccezionale, il solo modo per realizzare un *compromesso* tra *eguaglianza* dei cittadini e *specialità* e *particolarità* dei provvedimenti, è quello di consentire la partecipazione dei rappresentanti politici dell'intera società al procedimento di formazione della c.d. *legislazione speciale*. In altri termini, attraverso l'estensione del procedimento legislativo ordinario, si è in pratica individuato (nel parlamento) nella sede della *rappresentanza* politica generale, il titolare del *potere di governare le situazioni eccezionali* (potere che solitamente nella tradizionale concezione dello Stato di diritto liberale appariva riservato all'esecutivo).

A mano a mano che si è venuto sviluppando l'intervento pubblico e la politica della sicurezza e dell'assistenza sociale, il problema del rapporto tra Stato, sistema politico e società è divenuto insomma sempre più chiaramente il problema di *chi governa*, di chi ha il potere di governare, le *situazioni di eccezionalità* che

---

<sup>(11)</sup> Sul rapporto regola-eccezione nell'argomentazione giuridica si rinvia al nostro *Diritto privato e processo economico*, op. cit., e alla voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 487.

Sul problema del (potere di governo) delle cosiddette situazioni eccezionali v. C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp. 28 ss.



tondo a presentarsi con sempre maggiore frequenza. Di come è possibile, insomma, *un comando che si esprime nella forma ordinaria e che tuttavia abbia sempre di fronte una situazione straordinaria*. Tutta la storia dei mutamenti intervenuti nei rapporti tra Stato e società civile, nei rapporti tra parlamento e governo, può essere, a mio avviso, riletta sulla base di questi indicatori. Alla luce di ciò sembra possibile spiegare anche la ragione più profonda di quelli che ad alcuni studiosi sono apparsi fenomeni degenerativi dell'attività legislativa e che, invece, corrispondono alla novità delle funzioni e dei compiti attribuiti allo Stato e alla società politica.

3. Il punto sul quale occorre soffermarsi ancora è quello degli effetti che l'intervento pubblico nell'economia e nella politica sociale produce sull'intero assetto istituzionale e sull'insieme dei rapporti tra i poteri dello Stato e i poteri economici e sociali. *L'intervento dello Stato nell'economia, e nelle politiche sociali, modifica profondamente il rapporto tra Stato e società e incide sulle forme legislative, sulla rappresentanza politica e sulla determinazione delle funzioni dello Stato* che vengono sollecitate da nuove e molteplici esigenze. In particolare, sembra opportuno mettere in luce come la tendenza alla compenetrazione di politica ed economia determini *una doppia esigenza* alla quale il sistema istituzionale e politico deve in qualche modo far fronte. *Anzitutto* la necessità di *produrre decisioni particolari* in un rapporto ravvicinato tra decisione, comando legale e situazioni concrete. Non solo perché l'intervento statale è chiamato a supplire o a *sostituire* ciò, che nel tradizionale schema di rapporti tra economia e Stato dovrebbe essere realizzato dalle *transazioni private*, ma anche perché intervenire sul terreno dell'economia e dei conflitti sociali significa produrre decisioni che tengano nel massimo conto i caratteri particolari di ciascuna situazione e che debbono necessariamente adeguarsi a continui mutamenti.

*D'altra parte*, questa necessità di produrre decisioni particolari, di operare in sostituzione di ciò che normalmente è materia di transazioni private o sociali, deve pur *trovare* — come si è già rilevato — *una nuova forma di garanzia, un nuovo criterio di legittimazione del comando normativo*, giacché altrimenti rischia di ap-

parire un puro atto di imperio, una pura attività esecutiva priva di riferimenti generali <sup>(12)</sup>.

Ed invero, che cosa significa intervenire nel conflitto distributivo, nell'attribuzione delle risorse, nello scontro tra gli interessi sociali? Significa certamente sostituire alla varietà, molteplicità delle transazioni che intercorrono solitamente nell'ambito dei rapporti di mercato tra singoli e singoli, tra gruppi e ceti sociali, *meccanismi di regolazione autoritaria* che debbono tuttavia essere necessariamente flessibili e provvisori. E perciò è anche evidente che *questo tipo di intervento è costretto a reperire un consenso nella società in forme e modi diversi* da quello tradizionalmente espresso nei confronti della legalità formale dello Stato di diritto.

*Il consenso* che corrisponde al modello di funzionamento dello Stato di diritto è essenzialmente *affidato al principio della eguaglianza formale* e della generalità della norma che fonda nei cittadini l'aspettativa della parità di trattamento e che vieta, di regola, di introdurre situazioni privilegiate o di carattere speciale. Viceversa, reperire il *consenso necessario* per l'attuazione pratica, *per l'operatività di misure che acquistano sempre più il carattere della concretezza* e che sempre più rassomigliano (nei contenuti) all'oggetto delle transazioni private o degli atti amministrativi, *comporta necessariamente l'invenzione e la costruzione di forme diverse* attraverso cui recuperare l'adesione sociale a un sistema normativo che si caratterizza — a differenza del precedente — per la sua estrema particolarità, differenziazione e provvisorietà. Un'*esigenza* dunque *di estrema particolarità e contingenza* che si accompagna ad una analoga e contrapposta *esigenza di generalità e di legittimazione* della decisione posta a base della norma.

I termini che meglio riassumono questa problematica della fase dell'intervento pubblico e dell'esperienza dello Stato sociale sono la formula del *governo programmato dell'economia* (o se si vuole della programmazione) come tentativo di identificare un quadro di riferimento idoneo a giustificare i vari provvedimenti

---

<sup>(12)</sup> Sulle nuove contraddizioni della democrazia post-industriale v. *infra*, pp. 162 ss.; e in generale A. MELUCCI, *L'invenzione del presente, movimenti, identità, bisogni collettivi*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 220 ss. e *passim*.

concreti e attributivi di risorse o risolutivi del conflitto distributivo; e, contestualmente, la *ricerca di nuovi canali di comunicazione* tra potere e società che si esprimono nella novità della questione democratica posta, specie negli ultimi decenni, dall'avvento dei partiti di massa e dalle iniziative delle organizzazioni dei lavoratori.

Ed invero, il superamento della tradizionale separazione tra mercato e Stato, tra sfera economica e sfera politica che consegue inevitabilmente all'espansione dell'intervento pubblico e delle politiche sociali, rende impossibile o comunque assai difficile mantenere sul terreno politico, in senso stretto, il funzionamento del principio democratico. Si vuol dire che la compenetrazione della sfera economica sociale e della sfera politica rende impossibile o comunque assai difficile mantenere nettamente distinti i terreni su cui dovrebbe esercitarsi la democrazia politica e la democrazia economica.

La novità che deriva sul piano dell'attività normativa e del comando statale, sembra chiamare la sfera politica al governo diretto dell'economia e della società o quanto meno al governo del rapporto fra economia e politica come si viene delineando a seguito dell'intervento pubblico. Appare cioè sempre più *difficile limitare la « democrazia » al procedimento elettorale* e di selezione dei rappresentanti, così come appare ancora più *difficile separare nettamente la funzione legislativa* (nel senso tradizionale) *dalla funzione attributiva e regolativa del conflitto* che compete allo Stato per effetto del superamento della tradizionale separazione di pubblico e privato. La *novità della questione democratica* che si pone all'interno di questa fase, consiste appunto nel fatto che *la democrazia*, anche sotto l'aspetto del reperimento del consenso necessario a queste nuove forme e a queste nuove funzioni statali, *si pone come problema di governo del rapporto tra economia e politica* (in pratica non separabile dalla valutazione dei contenuti su cui si esercita la decisione vincolante).

Per convincersi di ciò basta riflettere sulla *diversa qualità, natura e forma del consenso* che viene richiesto dal funzionamento dello Stato nella forma dello Stato garantista, e, viceversa, dal funzionamento nella forma di Stato interventista. Il *consenso verso lo Stato garantista* è essenzialmente fondato sul principio di legalità

formale e sulla aspettativa legittima che attraverso l'attività legislativa si realizzi la parità di trattamento tra gli eguali soggetti giuridici. Viceversa, il *consenso* che è *richiesto da uno Stato che interviene* (da uno Stato che distribuisce e attribuisce risorse), che dirige direttamente il conflitto distributivo, non può non riportarsi al contenuto delle scelte operate dal sistema politico istituzionale e ai risultati pratici che da esse derivano negli assetti di potere sociale.

Con formula sintetica, si può dire che la *progressiva politicizzazione dell'economia porta con sé una forte richiesta di socializzazione della politica*. Tutte le formule adoperate alludono a questa esigenza di compatibilità, « governo democratico dell'economia », « programmazione democratica dell'economia », e via via fino alle formule anche più riduttive come la programmazione concertata, la programmazione contrattata<sup>(13)</sup>.

In realtà, a misura che il mercato si rivela via via più inadeguato a realizzare spontaneamente risultati ottimali nella allocazione delle risorse, appare inevitabile che questo problema diventi il centro dell'attenzione politica e il *punto di riferimento dell'esercizio dei poteri democratici della società*. Rispetto a questi contenuti appare, cioè, meno praticabile l'idea di una democrazia che si esaurisca nelle elezioni dei rappresentanti, nella delega espressa attraverso il voto (nel momento elettorale).

Il problema che si pone è, dunque, affatto inedito, e si può dire di portata storica, giacché il modo in cui si presenta la questione democratica nel contesto dello Stato sociale tende a superare gli aspetti tradizionali dei modi di formazione della rappresentanza e del rapporto tra governo e parlamento e tra i poteri dello Stato. La questione inedita della costruzione di un potere democratico tendenzialmente attribuito all'intera società, che è chiamata a *risolvere conflitti di interessi direttamente attinenti alla sfera del reddito e tradizionalmente affidati al puro funzionamento del mercato*, alla pura sfera dei rapporti economici. Così come il conflitto eco-

---

(13) V. ampiamente su questi temi i nostri saggi: *La Repubblica in trasformazione, Problemi istituzionali del caso italiano*, De Donato, Bari, 1978, pp. 16 ss. e *Stato e magistratura nella crisi*, Marsilio, Venezia, 1979, pp. 62 ss. (ivi bibliografia).

nomico viene assunto politicamente, analogamente il potere democratico tende ad estendersi sul terreno del conflitto sociale.

Orbene la risposta che in termini istituzionali si è venuta dando a questo problema, nella fase dello sviluppo dello Stato sociale, è consistita essenzialmente nell'ampliamento e nell'*allargamento dei soggetti chiamati in vario modo a concorrere alla determinazione del comando giuridico*.

« Dalla crisi della legittimazione di tipo legale lo Stato cerca di uscire attraverso una legittimazione consensuale fondata su provvedimenti che diano soddisfazione alle istanze emergenti nel corpo sociale ».

4. La tecnica adoperata, del coinvolgimento sempre più largo ed esteso di soggetti sociali e politici nella formazione del comando giuridico, ha necessariamente fatto assumere al *procedimento legislativo*, e quindi al Parlamento titolare del potere legislativo, un *ruolo centrale*, giacché è appunto attraverso il procedimento che può essere realizzato l'obiettivo del massimo coinvolgimento di diversi soggetti sociali e politici, ed è chiaro altresì che la forma di legge è quella che appare immediatamente più idonea a realizzare il *massimo delle garanzie reciproche sia nei rapporti tra maggioranza e opposizione sia nei rapporti tra sistema politico e sistema sociale* <sup>(14)</sup>.

La via perseguita è stata essenzialmente quella di *procedimentalizzare* il rapporto fra i diversi soggetti coinvolti nell'efficacia finale del comando giuridico, in modo da ottenere una sorta di *consenso preventivo* o di adesione preventiva (attraverso il concorso sia sotto forma di parere sia sotto forma di consultazione, sia sotto forma di pressione di fatto degli interessi dei soggetti coinvolti nell'area del provvedimento normativo).

---

(14) Sull'incidenza dei rapporti fra maggioranza e opposizione sul procedimento legislativo v. A. PREDIERI, Introduzione a *Il parlamento nel sistema politico italiano, funzioni parlamentari, quadro politico, realtà sociali. Verifiche per una politica delle istituzioni*, Comunità, Milano, 1975, pp. 11 ss.; v. anche G. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 7 ss.

Da qui la peculiarità della strumentazione istituzionale che si viene delineando e la *centralità* possiamo dire che *assume il procedimento in se stesso*.

Sotto questo profilo, si potrebbe dire, come peraltro è stato osservato, che il procedimento diventa di per se stesso la *fonte della legittimazione* della decisione vincolante. È interessante notare a questo proposito che secondo Luhmann il *procedimento* è un *sistema sociale* di natura particolare che viene costituito per elaborare decisioni vincolanti e nello stesso tempo per soddisfare esigenze socio-emozionali dei soggetti in esso coinvolti<sup>(15)</sup>. In particolare, sulla base della partecipazione dei soggetti alle procedure istituzionalizzate si ottiene la disponibilità sociale ad accettare le decisioni del governo, della pubblica amministrazione, del potere normativo, e si finisce così per realizzare una sorta di autolegittimazione del sistema in quanto capace di funzionare secondo *procedimenti che realizzano astrattamente la partecipazione dei soggetti interessati*. Questo aspetto della centralità del procedimento andrebbe esaminato alla luce di quanto si è sinora osservato, giacché essa sembra in qualche modo dare una risposta ai problemi sollevati dall'esigenza di generalità e di concretezza insieme che caratterizzano la fase dello Stato sociale. Attraverso il procedimento e la *formalizzazione dei procedimenti*, infatti, si realizza, in qualche modo, quel tipo di *astrattezza* e quindi di parità che era caratteristico della norma generale e astratta nello Stato di diritto. E allo stesso tempo attraverso il procedimento diviene possibile la produzione di *decisioni particolari vincolanti* dotate di un massimo grado di concretezza. Il problema della legalità e della legittimazione viene così affidato al procedimento e viene risolto attraverso la *partecipazione istituzionalizzata di una molteplicità di soggetti*. Si ottiene, inoltre, in tal modo un trasferimento della conflittualità sociale sul terreno del sistema politico-istituzionale e una sua canalizzazione che permette in qualche modo di *neutralizzare la radicalità*<sup>(16)</sup>.

Non è un caso che, su questo piano, sia poi di fatto avvenuto uno spostamento del tema della programmazione economica a

(15) N. LUHMANN, *opp. locc. ultt. citt.*

(16) N. LUHMANN, *opp. locc. ultt. citt.*

quello della *pianificazione politica* o tecnologica<sup>(17)</sup>. E non è un caso del resto che i sostenitori della necessità di sostituire la fallimentare pianificazione economica con una pianificazione politica, o meglio con una pianificazione del potere, facciano leva sulla capacità del sistema politico di differenziare anche nel tempo le soluzioni ai diversi problemi che vengono posti dall'emergenza economica e sociale. Secondo Luhmann, ad esempio, è possibile il *governo della crisi* economica includendola per l'appunto in una sorta di *pianificazione del potere politico-statale capace di selezionare e dislocare nel tempo le diverse questioni* e le diverse pretese e aspettative della società.

L'*obiettivo* della pianificazione politica (così come viene inteso da Luhmann), infatti, non è il governo dello sviluppo per realizzare una maggiore giustizia sostanziale o per adeguare la produzione economica al sistema dei bisogni e delle aspettative sociali, ma al contrario quello di *garantire la stabilità del sistema politico statale* e la sua capacità di autoriprodursi differenziandosi e articolandosi e rendendo così possibile la neutralizzazione del conflitto sociale redistributivo e impedendo la politicizzazione diretta della società nel suo complesso.

La *questione* che si pone a questo punto, se si accede all'impostazione che abbiamo prospettato, è quella di individuare le *ragioni per cui questo tipo di compromesso tra normalità e eccezionalità non riesce più a tenere il passo* e appare sempre meno praticabile, di capire le *ragioni della crisi* attuale che sembra impedire la prosecuzione del tipo di rapporti sopra delineato (tra rappresentanza politica e governo, tra sistema politico e società) in un contesto nel quale emergono nuove difficoltà economiche, nuovi conflitti sociali e vengono messe *in discussione comunque le politiche redistributive e di sicurezza sociale*<sup>(18)</sup>.

5. In realtà il rapporto di sempre più intensa compenetrazione di economia e politica che si è venuto realizzando, attraverso

(17) N. LUHMANN, *opp. locc. ultt. citt.*

(18) V. da ultimo il breve saggio di G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione, un sondaggio nel Welfare statunitense*, Il Mulino, Bologna, 1983, specie la premessa e il capitolo conclusivo (pp. 105 ss.).

la tecnica della procedimentalizzazione e l'allargamento del procedimento legislativo, reca in sé una *contraddizione profonda*.

La tecnica dell'ampliamento attraverso la partecipazione di diversi soggetti al procedimento legislativo rappresenta, in verità, *un modo fittizio di risolvere* il problema del consenso e, in ultima istanza, *disfunzionale* rispetto all'esigenza assunta di stabilizzazione e conservazione del sistema. In tal modo, come è stato giustamente osservato, si tende a realizzare più una *finzione istituzionale del consenso*, anziché la ricerca di un consenso effettivo fondata su convinzioni comuni dei cittadini e sulla comune accettazione di valori e priorità.

*Lo stesso Luhmann*, affrontando sotto questo aspetto il problema della democrazia, *afferma* esplicitamente che essa può significare soltanto la reversibilità delle prestazioni selettive del processo decisionale, il mantenimento di un ambito selettivo il più ampio possibile (per decisioni sempre nuove e diverse), ma non può significare viceversa in alcun modo né democrazia diretta né autogestione, né effettiva partecipazione motivata. *Democrazia tutt'al più può significare* secondo Luhmann una *garanzia strutturale realizzata unicamente attraverso l'articolazione dei procedimenti, l'ampliamento dell'ambito della selezione politica*. (Tant'è che democrazia pluralistica e democrazia monopartitica finiscono con l'essere poste sullo stesso piano di equivalenza funzionale)<sup>(19)</sup>.

In definitiva, la partecipazione dei soggetti alle procedure istituzionalizzate serve essenzialmente a garantire l'obbedienza disciplinata dei cittadini, ma non un effettivo riferimento a valori ed interessi condivisi. In pratica, deve *neutralizzare* la rilevanza politica del conflitto tra capitale e lavoro e più in generale del *conflitto sulla distribuzione del reddito*, dislocandolo sul terreno dei rapporti tra amministrazione e cittadini e *trasformandolo in una richiesta di prestazioni pubbliche-amministrative*.

Siffatta tecnica tuttavia si rivela alla lunga *disfunzionale* rispetto alla stessa esigenza di stabilità e conservazione del sistema, giacché essa sembra produrre effetti che non appaiono più facilmente riconducibili al sistema di controllo della società (cosiddetto controllo sistemico). *In primo luogo*, la trasformazione del conflitto

<sup>(19)</sup> V. ancora N. LUHMANN, *Stato di diritto*, cit., pp. 78 ss.



nel rapporto fra aspettative, soddisfazione di un bisogno e prestazione pubblica, finisce ancora di più con lo spostare il centro dell'attenzione pubblica sulla sfera redistributiva e dei consumi chiamando direttamente in causa il tema della spesa pubblica e della spesa sociale. La trasformazione del conflitto in una produzione di pretese e di bisogni la cui realizzazione e soddisfazione viene posta come *domanda all'apparato politico-amministrativo* (il quale tende a rispondere attraverso l'erogazione di sussidi servizi e assistenza), *finisce* da un lato, col *porre al centro* la questione della *spesa sociale* e, dall'altro, col *dissociare* anche nella coscienza comune il *rapporto tra produzione e consumo*. Da qui appunto la contraddizione, che si viene verificando nella fase attuale, tra il mantenimento e il proseguimento delle politiche redistributive della sicurezza sociale e l'esigenza dell'accumulazione. È inevitabile cioè che il *sistema dei bisogni*, che si viene via via modificando una volta che vengono soddisfatti quelli elementari, aumenti le pretese nei confronti dell'apparato politico-amministrativo. E d'altra parte, la dislocazione prevalente del conflitto sul terreno redistributivo porta con sé il rischio di una prolungata e diffusa frustrazione dei bisogni emergenti che finisce col logorare le riserve di fiducia riposte nel sistema e può *scatenare fenomeni di crisi non più suscettibili di canalizzazione dentro i meccanismi tradizionali* (20).

Habermas e Offe hanno, appunto, sostenuto che i fenomeni di apatia politica e di nuova conflittualità si presentano come una conseguenza dello Stato capitalistico, anzi come una conseguenza generale dell'evoluzione sistemica del governo della società (21). Certo non è un caso che nella crisi attuale, e specialmente nella vicenda italiana, si sia assistito in questi anni a un *netto prevalere*

---

(20) Cfr. su questi aspetti della crisi delle tecniche di potere, fra gli altri, P.A. ROVATTI, *op. cit.*, pp. 29 ss.; G. GOZZI, *op. ult. cit.*, p. 163; D. ZOLO, *op. ult. cit.*

(21) In particolare v. J. HABERMAS, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Laterza, Bari, 1975; C. OFFE, *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Etas, Milano, 1977; J. O'CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato*, Feltrinelli, Torino, 1977; v. anche gli atti del Convegno tenutosi a Bologna fra il 21 e il 23 ottobre 1983, sul tema *Razionalità sociale e teorie dei sistemi* e il commento di B. DE GIOVANNI, *Ribellione contro Lubmann*, apparso su l'«Unità» 25 ottobre 1983.

della legislazione di spesa sulle altre forme tipiche dell'attività legislativa; e che allo stesso tempo il conflitto politico e sociale si sia concentrato essenzialmente sul problema della spesa sociale facendo emergere in modo del tutto nuovo la questione del rapporto tra produzione e consumo e fra accumulazione e consenso.

*In secondo luogo*, la logica dell'*espansione del procedimento legislativo*, anche attraverso forme di istituzionalizzazione o di formalizzazione della partecipazione degli altri soggetti (o attraverso forme meno limpide di riconoscimento parziale di soggetti privati), *attiva un processo di pluralizzazione della soggettività sociale* che sempre meno si presta ad essere ricondotto entro i termini semplificati della dialettica tra potere politico e società. In altri termini, i *soggetti* che anche nella forma manipolata della procedimentalizzazione hanno ottenuto un qualche riconoscimento, sia pure nei limiti e nei ruoli definiti dal procedimento stesso (o che comunque hanno intrattenuto rapporti col potere politico-amministrativo, attraverso le più svariate forme di movimento, di protesta di rivendicazione) *tendono a riguadagnare una dimensione soggettiva più profondamente radicata nella dimensione materiale dell'esistenza* e come tale non scomponibile e non formalizzabile all'interno dei ruoli rigidamente definiti dal sistema stesso (Rovatti, Gozzi, etc.)<sup>(22)</sup>.

Si riapre su questo terreno in termini più avanzati *la questione della democrazia come possibilità reale dei soggetti sociali di determinare le condizioni e i modi di realizzazione degli interessi e dei bisogni insoddisfatti*.

La *complessità sociale* (l'estrema complessità e articolazione delle moderne società) ripropone così il *problema di una democrazia che non sia mera procedura, ma potere reale e consenso motivato per uno scopo*. Si ripropone la questione già sollevata da Farneti il quale aveva intuito, ponendo gli anni '68-69 come uno spartiacque della definitiva crisi dell'egemonia della società politica sulla società civile, che i mutamenti profondi intervenuti negli ultimi decenni portano a *forme di mobilitazione di tipo nuovo* della popolazione che *non sono riconducibili alle forme* di aggregazione

---

(22) P.A. ROVATTI, *op. cit.*, p. 29, p. 35; G. GOZZI, *op. cit.*, p. 163.

e mobilitazione fin qui operate dai *partiti*. Una situazione nuova, « giacché la possibilità di produrre senso e riconoscimento, si sposta dal gruppo verso i singoli attori, dando vita all'apparente paradosso di una crescente individuazione dei conflitti collettivi » (Melucci) (23).

6. E del resto lo stesso Luhmann, che a buon titolo si può considerare il teorico della procedimentalizzazione come (ri)fondazione autonoma della legittimazione del sistema, è costretto ad ammettere gli effetti contraddittori che l'estensione della tecnica del procedimento produce. L'espansione del processo di differenziazione e di decentramento, osserva, appunto, lo stesso Luhmann, produce una situazione di blocco causata da « inflazione del potere »: emergono limiti della capacità decisionale di segno positivo e si espande, all'interno delle concatenazioni di potere, il « potere di veto »: un potere che non è in grado di promuovere alcunché, ma è estremamente efficace nell'impedire e nel disaggregare. Il potere tende a non realizzare più le proprie possibilità, a non tener fede ai suoi impegni. Le conquiste di nuove forme di partecipazione all'esercizio del potere normativo sono ovunque minacciate da sintomi di sovraccarico e lo *stress* decisionale tende ad assumere, di fronte alle crescenti aspettative del pubblico, le forme di una vera e propria paralisi selettiva (24).

Di fronte all'eccessiva frantumazione e disseminazione (distribuzione) del potere, il sistema avrebbe perso o rischierebbe di perdere la capacità di controllare la crescente complessità sociale (che il sistema stesso, peraltro, contribuisce a creare, riducendola e riproducendola incessantemente) e rischierebbe la paralisi e il fallimento totale, con conseguente impazzimento della società che del sistema costituisce « l'ambiente » ovvero lo stimolo problematico, secondo uno schema che si potrebbe definire cibernetico (Zolo) (25).

Secondo Luhmann è, dunque, l'eccessiva differenziazione e duttilità del sistema istituzionale che pur essendo garanzia della sua laicità (neutralità assoluta) — e quindi del carattere effettiva-

(23) A. MELUCCI, *op. cit.*, pp. 91 ss. e *passim*.

(24) N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, *loc. cit.*

(25) D. ZOLO, *op. loc. cit.*

mente « contingente » e provvisorio delle scelte operate attraverso i meccanismi decisionali della sfera politico-statale — avrebbe finito con il sovraccaricare il sistema trasformando l'articolazione del potere in un sistema di veti reciproci-paralizzanti. Un eccesso di contingenza (nessuno vince per sempre, giacché la partita deve essere sempre rigiocabile) che avrebbe reso difficile persino il prendere decisioni di breve durata.

In questa prospettiva, il problema del rapporto fra i poteri diventa, dunque, la *questione della « governabilità »* come la si viene prospettando nell'*attuale dibattito* <sup>(26)</sup>.

E da qui la proposta di affrontarla ripristinando le condizioni di operatività del sistema: la definizione — attraverso una adatta operazione ortopedica — di strutture di selezione capaci di *ridurre la complessità contraddittoria* della società e dello stesso sistema.

Poiché la differenziazione del sistema è stata determinata dalla crescente complessità, e tuttavia l'eccesso di differenziazione del sistema ha finito con il nuocere alla stessa capacità (del sistema) di controllare la complessità e di mantenerla (entro i limiti di compatibilità consentiti dalla stessa articolazione del sistema), il problema della *governabilità* si risolve nella *riduzione delle complessità della società* e del sistema e nella necessità del « riaccorpamento e *accentramento* » di ambiti *di potere* che allo stato risultano eccessivamente differenziati. In definitiva, la logica del sistema — senza alcun condizionamento esterno di tipo determinante — sembra presiedere anche alla sua *riforma*: ridurre la differenziazione della struttura di potere per mantenere al sistema la capacità di svilupparsi autonomamente attraverso le proprie differenziazioni. (Come in una vecchia ricetta si tratta di dosare/limitare l'uso delle cose per poterle conservare a lungo!).

È proprio questa conclusione, però, che a mio avviso svela il carattere non neutrale della risposta luhmanniana e *l'impossibilità* di un *approccio puramente tecnico-formale al problema della governabilità*.

Come può ritenersi « neutrale » (ovvero puramente tecnica) la proposta di attribuire maggiori poteri decisionali all'esecutivo,

---

<sup>(26)</sup> Cfr. per tutti G. PASQUINO, *op. loc. cit.*

e di modificare il rapporto fra potere e consenso attraverso la riforma elettorale, che in qualche modo liberi il primo dall'ipoteca del secondo?

Infatti, al di là di tutte le questioni metodologiche relative alla presenza di eventuali aporie logiche, c'è una domanda (che abbiamo già formulata, par. 5) che non può essere elusa né da Luhmann, né dai proponenti delle riforme. *Perché l'eccesso di differenziazione* disseminazione decentramento di potere *conduce alle crisi del potere?* O più precisamente: il limite di differenziazione-articolazione del sistema deriva esclusivamente dall'eccesso quantitativo di complessità sociale e sistemica o anche dalla nuova qualità delle complessità sociali che si viene sviluppando? (o più chiaramente, *si richiede oppure no anche un'innovazione qualitativa* del sistema?). È veramente solo un problema di efficacia o di gerarchie di interessi?

In verità, a me pare che la disseminazione del potere e la differenziazione del sistema siano incompatibili — almeno sul piano della esperienza storica — con la efficacia risolutiva dello stesso solo se si produce (nella società) un *conflitto* radicale *che comporta una scelta di fondo circa l'equilibrio e i rapporti di forza delle parti-soggetti in causa*: quindi, cioè, una ulteriore differenziazione del sistema non potrebbe più garantire la riproduzione (dell'equilibrio) dei termini del conflitto e quindi l'equivalenza di *chances* dei contendenti come risulta fissata in una data articolazione del potere.

Disseminazione/decentramento del potere significa in buona sostanza redistribuzione (del potere) e quindi riduzione di una sfera di potere a vantaggio di un'altra: riduzione della concentrazione e quindi del ventaglio delle possibilità di influire sulle condotte altrui. Il limite della differenziazione del sistema è, dunque, connesso alla struttura e natura del potere che viene messo in discussione: a seconda che si tratti o meno di un potere costitutivo dell'assetto sociale esistente.

In altri termini, si ha un bel sussumere le figure sociali entro ruoli definiti come strutture di potere astratto (potere imprenditoriale e potere sindacale), e ipotizzare poi un continuo reciproco adattamento mediante differenziazioni ulteriori (sottosistemi, ecc.): *c'è un punto oltre il quale il potere presente dentro un ruolo o*

*una struttura non può crescere senza annullare l'altro e senza che vengano modificate le figure sociali corrispondenti.* Lo scontro sulla differenziazione del sistema è, cioè, in definitiva, uno scontro di interessi e di soggetti sociali; correlativamente la *compatibilità* o meno delle soluzioni possibili sul piano del sistema non è desumibile dalle leggi interne di funzionamento di quest'ultimo (del sistema), ma dal nesso *fra innovazione (sistemica) richiesta* da una nuova distribuzione del potere e *rapporti di forza esistenti* fra i contendenti (e dall'equilibrio storicamente dato fra l'interesse alla produzione di una specifica innovazione e l'interesse alla conservazione del sistema nel suo complesso) <sup>(27)</sup>.

Il limite di compatibilità dell'innovazione non è cioè definibile in base a un criterio puramente logico o tecnico, ma solo nel contesto storico-politico che fissa il rapporto fra i soggetti del conflitto e l'interesse reciproco a operare secondo regole (poste) tali da impedire l'annichilimento reciproco.

Esiste, allora, una correlazione fra la disposizione tecnico-istituzionale dei poteri statali e i rapporti fra i soggetti sociali e le forme della soggettività sociale, che rende arbitrario affrontare il problema del potere normativo nella moderna società di massa puntando essenzialmente sulla riduzione della complessità sociale.

Si colloca, a questo punto, una obiezione di principio che riguarda la stessa *portata attuale della questione democratica*. La domanda che ci vien fatto di porre può essere così sintetizzata: è possibile, nella fase attuale, ridurre la complessità sociale attraverso una sostanziale riduzione del potere democratico della società e delle assemblee elettive senza imprimere contestualmente una svolta autoritaria all'intero apparato statale? O più chiaramente, con altre parole, è *possibile*, nella fase della complessità sociale crescente e della espansione della democrazia, *una legittimazione del comando giuridico che non si presenti come uno sviluppo* ulteriore e più pieno *della stessa idea democratica*? La risposta a queste domande ci sembra abbastanza agevole se (come abbiamo tentato di fare) si ricollega la questione democratica ai mutamenti intervenuti nel passaggio dalla società liberale alla

---

<sup>(27)</sup> V. *Oltre lo Stato sociale*, loc. cit.

società di massa. Nel corso di questo processo, la *democrazia* è divenuta il *nuovo fondamento del potere normativo* rispetto alla astratta razionalità giuridica che si riteneva realizzata nei principi costitutivi dello Stato di diritto (primato della legge, eguaglianza formale e divisione dei poteri). *L'irruzione dell'idea democratica nel sistema delle fonti* segna infatti la fine dell'idea di un sovrano della norma consegnato una volta per tutte nei caratteri costitutivi dello stesso Stato di diritto e della razionalità giuridica. La *democrazia* è divenuta assai *più* che una *tecnica* per la selezione dei rappresentanti politici (una mera variabile procedurale) e ha assunto invece i connotati — come è stato detto — di *un valore in sé*, di un obiettivo dell'azione individuale e collettiva che rappresenta la modificazione profonda intervenuta nel rapporto fra potere e società<sup>(28)</sup>.

Solo la più ampia legittimazione democratica può giustificare l'esercizio di un'autorità e di un potere di comando in una società che tendenzialmente non è più disponibile a riconoscere nessun soggetto gerarchicamente superiore come unico titolare del potere normativo.

Mettere in discussione il fondamento democratico (nel senso appena indicato del potere di comando) significa in pratica dar vita a forme di *tecnocrazia autoritaria* o peggio ancora a regimi di tipo plebiscitario fondati sulla *logica del capo* (il quale viene così investito del governo esclusivo dell'eccezionalità e della straordinarietà degli eventi e dei problemi che l'accelerazione delle dinamiche sociali pongono continuamente all'ordine del giorno)<sup>(29)</sup>.

7. Oltre a questa considerazione che, per certi aspetti, potrebbe essere anche riconducibile ad una opzione di valori, i dubbi maggiori investono però la stessa *praticabilità ed efficacia delle proposte di riforma* intese a ridurre la complessità e ad accentrare sempre più i poteri di comando sull'intera società.

---

<sup>(28)</sup> U. CERRONI, *La democrazia come problema delle società di massa*, in *Critica marxista*, 1982, n. 4, pp. 90 ss.

<sup>(29)</sup> Sulla tendenza autoritaria nella crisi del Welfare, v. *Tendenze autoritarie del capitalismo avanzato*, volume monografico di *Problemi del socialismo*, 10-11, 1978.

Ci sembra, infatti, che siffatte proposte non tengano conto della giusta misura dei mutamenti intervenuti (e già segnalati in precedenza) relativamente alla natura dei conflitti e delle *contraddizioni* che caratterizzano la fase attuale. In particolare, si vuol fare riferimento alle *nuove contraddizioni che toccano* direttamente la stessa questione dell'*esercizio del potere* di controllo sociale e di comando nella società di massa e nella società complessa.

In breve Luhmann scopre che l'aumento del potere produce contropotere e finisce, così, col proporre, di fronte all'irriducibilità delle sue fonti sociali, una sorta di dislocamento del potere politico: « la soluzione del problema consisterà in una maggiore differenziazione e specificazione delle fonti di potere e delle comunicazioni relative al potere, come fenomeni che impediscono che i reciproci potenziali di potere si annullino a vicenda ». E altrove avanza l'ipotesi di una sorta di « politicismo localistico, basato sulle specificità di determinati minisistemi »<sup>(30)</sup>.

La riflessione politologica contemporanea avverte questa esigenza di ristrutturazione del potere, questa sua *necessità di fare i conti con i nuovi universi di discorso che stanno strutturando il sistema sociale*. La teoria dei sistemi riflette l'organizzazione decisionale delle organizzazioni complesse e la crisi del potere, ossia la sua incapacità di reperire informazioni (*il gap delle informazioni*), *il blocco del potere ecc.*, è anche *la crisi dell'approccio sistemico*. La complessità sociale si fa irriducibile nei termini dei procedimenti del sistema politico e la teoria deve riconoscere che il potere-mezzo di comunicazione non è più in grado di assicurare la stabilità<sup>(31)</sup>.

Come è stato osservato (Rovatti, Melucci, ecc.), le tecniche di potere hanno sempre più bisogno di « conoscere » l'ambito della micro-dimensione soggettiva allo scopo di « poter produrre immagini e modelli di comportamento » individuali da proporre come veri e da usare come motivazione e attribuzione di senso all'azione individuale. Nelle tecniche di potere è, cioè, presente una tendenza alla soggettivazione che si compie attraverso la « produzione di immagini ». Si tratta (come è stato detto) di un apparente para-

---

<sup>(30)</sup> N. LUHMANN, *op. cit.*, p. 130.

<sup>(31)</sup> Cfr. gli autori citati alle note 20, 22, 23.



dosso: « *produrre espropriazione* (e, cioè, manipolazione, controllo sociale) *producendo soggettività*. In questo modo, infatti, il potere tende a rafforzarsi sul piano dell'adesione e del consenso, ma allo stesso tempo si indebolisce e diviene precario », giacché si espone a una mutevolezza e variabilità difficilmente controllabile in modo totale entro il quadro delle compatibilità economiche e politiche. « *Non si tratta, infatti, di un semplice tentativo di assorbimento della diversità soggettiva, di ciò che è altro dalla norma e dalla misura media, ma della necessità di assumere il criterio stesso della diversificazione sociale e individuale come più funzionale e più adeguato ai termini nuovi del rapporto tra potere e società e, allo stesso tempo, di scontarne gli effetti in qualche misura « destabilizzanti » sullo stesso sistema di potere. Si ha così, come effetto delle stesse tecniche di potere adoperate, una modificazione radicale di ciò che oggi può essere inteso come « norma », giacché diventa insopprimibile l'esigenza di motivare i comandi con immagini e modelli di comportamento sempre più individualizzati* <sup>(32)</sup>.

« Il potere deve scendere a patti. Si ha l'impressione di essere di fronte ad una tregua tra il potere e l'individuo. L'*impasse* teorica in cui finisce per trovarsi la teoria dei sistemi di Luhmann consente di comprendere, ben *oltre la crisi della ragione classica, la crisi della stessa ragione post-classica, ossia della ragione che si era relativizzata nel complesso dei sistemi interdipendenti organizzati attorno a valori privi di fondamento ontologico*.

Alla verità, giustizia, potere che erano divenute funzioni dei sistemi si contrappongono ora nuove forme di verità e potere che non sono più variabili sistemiche e che maturano all'interno di una diversa complessità sociale. La vera crisi del 'politico' è dunque l'incapacità del potere di ricomprendere quei valori nel proprio sistema di comunicazione e nella molteplicità dei suoi linguaggi 'relativi' che ora non sono più parlati dalla nuova realtà sociale » (GOZZI) <sup>(33)</sup>.

Nonostante l'obiettivo delle nuove tecniche sia a prima vista quello di estendere al massimo il controllo della società, si pro-

<sup>(32)</sup> Le citazioni sono di P.A. ROVATTI, *op. cit.*, p. 29.

<sup>(33)</sup> G. GOZZI, *Le trasformazioni*, cit., p. 164.

duce in tal modo una specie di *diritto all'identità di tutti i gruppi e livelli sociali*, una tensione forte verso il recupero dei criteri e forme di identificazione individuali e collettive assolutamente nuove. Le domande collettive si concentrano sempre più sulla *questione dell'identità* e per ciò stesso appaiono sempre meno riducibili alla rappresentanza e al sistema politico in senso stretto. E tendono, anzi, a riprodursi, al di là della rappresentanza, in luoghi del sociale che sono allo stesso tempo investiti dalla razionalizzazione degli apparati e dalla produzione di immagini (Melucci) <sup>(34)</sup>.

« *I conflitti si spostano allora verso la difesa e la rivendicazione di identità contro apparati distanti e impersonali che fanno della razionalità strumentale la loro "ragione" e su questa base impongono identificazione.* Le domande antagoniste non si limitano ad investire il processo produttivo in senso stretto, ma riguardano il *tempo, lo spazio, le relazioni, il sé degli individui*. Compaiono domande che hanno a che fare con la nascita, con la morte, con la salute e la malattia, che mettono in primo piano il rapporto con la natura, l'identità sessuale, le risorse comunicative, la struttura profonda, biologica e affettiva, dell'agire individuale. In queste aree aumenta l'intervento degli apparati di controllo e di manipolazione, ma si manifesta anche una reazione diffusa alle definizioni esterne di identità, appaiono domande di riappropriazione che rivelano agli individui il diritto ad "essere sé" ».

Le domande di identità esprimono essenzialmente esigenze e bisogni non facilmente riconducibili alla sfera economico-produttiva in senso stretto, ma assumono sempre più il valore di simboli di una nuova forma di comunicazione sociale espressiva di una cultura in contrasto con la logica della produzione (e dell'accumulazione). Ed invero, come ha osservato recentemente O'Connor, le nuove forme di *reperimento del consenso* finiscono con l'entrare *in contraddizione con le esigenze dell'accumulazione*, configurandosi quasi come un limite socio-politico all'accumulazione stessa. Insomma, l'articolazione e l'espansione del sistema dei bisogni e degli interessi, legati ai meccanismi della *riproduzione* (del capitale) entra in rotta di collisione con la struttura della *produzione* <sup>(35)</sup>.

<sup>(34)</sup> A. MELUCCI, *op. cit.*, pp. 82 ss., 96 ss. V. anche P.A. ROVATTI, *op. loc. cit.*

<sup>(35)</sup> J. O'CONNOR, Prefazione al volume *La crisi dell'accumulazione*,

I nuovi beni e i nuovi temi, com'è noto, sono quelli del *corpo* inteso come luogo di recupero di una dimensione umana ed esistenziale contro la razionalità tecnica del potere; di un rapporto con la *natura*, intesa quasi come opposizione alle manipolazioni e alle distruzioni di risorse prodotte da un certo tipo di industrialismo; di una ricerca del *senso individuale della vita*, sia pure nell'ambito di una dimensione collettiva. Vengono rivendicate *nuove libertà* che sono poi la base della democrazia di massa: *libertà di appartenenza*, cioè libertà di costruire spazi sociali di riconoscimento; *libertà di rappresentanza*, cioè libertà di esprimere l'identità in modi e forme che permettono di mantenerla nel tempo.

Da qui appunto derivano i *paradossi della democrazia post-industriale*. Il bisogno di mutamento e di differenziazione e, allo stesso tempo, l'esigenza di un potere normativo stabile. Un'accentuata *frantumazione* dei poteri decisionali e allo stesso tempo una forte *spinta alla concentrazione* del potere. Un progressivo allargamento della *partecipazione* politica e, allo stesso tempo, la necessità della *pianificazione* della vita sociale e individuale attraverso apparati burocratici-amministrativi<sup>(36)</sup>.

*Una nuova questione democratica*, insomma, che non può trovare soluzioni né attraverso forme di razionalizzazione tecnocratica, né attraverso il ripristino (neo-liberismo) della tradizionale separazione di Stato e società civile che, nel modello liberale dello Stato di diritto, affidava allo Stato il mero compito di definire dall'esterno le regole del gioco.

Rispetto a questi problemi, a questa dimensione inedita della questione del *rapporto tra individualità e generalità*, tra autorità e libertà, è impossibile dare risposte che si risolvano in una mera semplificazione della dialettica o in una drastica risoluzione della complessità sociale e dei processi di decentramento istituzionale e sociale. Tali risultati sarebbero, infatti, realizzabili soltanto al prezzo altissimo di *negare ogni riconoscimento reale alle forme di soggettività* che si sono venute costituendo all'interno della vicenda dello Stato sociale e del suo sviluppo. Negare il riconoscimento *signifi-*

---

in corso di pubblicazione negli U.S.A., presentata al seminario CESPE del 15 novembre 1983.

(36) A. MELUCCI, *op. cit.*, pp. 220 ss.

*cherebbe*, però, accrescere il *potenziale antagonismo* della conflittualità espressa dai nuovi soggetti e dall'intera società; significherebbe *accentuare il carattere non negoziabile degli interessi* e dei bisogni che sono espressi dentro la questione della pace e della guerra, dell'energia e dell'ambiente, della giustizia fiscale e del rapporto tra servizi sociali e contribuzione patrimoniale, ecc. Significherebbe alla fine produrre *più ingovernabilità e più conflittualità* disseminata di quanta non se ne pensi di ridurre e controllare attraverso le riforme proposte.

E del resto non è pensabile che una parte sempre più grande della società, quella parte su cui ricadono prevalentemente gli effetti della gestione pubblica del potere (dal sistema fiscale agli istituti per la sicurezza sociale, dalla scelta delle basi missilistiche agli istituti per la formazione), non abbia alcun potere per pesare in modo corrispondente al suo ruolo (meglio ai ruoli effettivi) sulle decisioni pubbliche e sulla produzione delle leggi.

L'alternativa alle proposte di riforma che tendono essenzialmente alla riduzione della complessità e al decentramento del potere normativo è, dunque, rappresentata da un *forte rilancio della questione democratica* e della costruzione di un potere democratico diffuso nella società e capace di contrastare l'attuale tendenza al burocratismo, alla lottizzazione degli apparati pubblici, all'uso privatistico dello Stato, alla disseminazione di governi paralleli ed occulti.

Qui si colloca appunto il problema di una ridefinizione dei *compiti dell'assemblea* elettiva in una società moderna e complessa, degli intrecci nuovi da costruire fra delega, controllo e autogoverno. Qui occorre affrontare il problema del *fallimento della mediazione neo-corporativa* (il triangolo tra governo sindacato e impresa) e la ricerca di nuovi canali e strumenti per far pesare il ruolo del lavoro dipendente sulle scelte collettive. Qui si colloca in definitiva la questione di fondo della costruzione di nuovi *spazi di autonomia* e di autogoverno *della società rispetto al sistema politico-partitico*.

« Lo Stato è costretto così a realizzare nuove forme di identificazione del soggetto sulle quali fondare la sua nuova struttura del potere e la legittimazione del comando; ma ciò implica sia una rielaborazione degli strumenti interpretativi della dottrina dello

Stato di parte borghese costruita sull'analisi dei procedimenti conformi alla legge che legittimano la decisione politica, sia la crisi del tradizionale approccio marxista e del suo paradigma 'oggettivante' che non riesce più a cogliere *la realtà del nuovo soggetto sociale* » (37).

---

(37) G. Gozzi, *op. cit.*, p. 165.



## CAPITOLO IV

### IMMAGINI DELL'UOMO E TECNICHE GIURIDICHE

1. L'ostilità verso la pluralità dei soggetti: un'ipotesi antropologica. — 2. Il conflitto mimetico e il circolo vizioso della vendetta: dal sacrificio dell'innocente all'amministrazione della giustizia. — 3. Il processo di « civilizzazione » nelle teorie dello Stato e del diritto: l'invenzione della razionalità. — 4. I modelli di razionalità e l'immagine dell'uomo: *ratio politica*, *ratio giuridica* e *ratio tecnologica*. — 5. Lo sviluppo dell'astrazione (dello Stato e del diritto) e l'organizzazione capitalistica del lavoro. — 6. Negazione del soggetto e perdita del centro: verso la critica dell'identità possessiva.

1. Poniamo subito alcune domande: *possono i soggetti vivere senza forma?* È possibile una soggettività che non si esprima nelle « forme sin qui definite », che non assuma una staticità, una fissità? Anche il senso comune ci spinge a rappresentare noi stessi attraverso immagini, dal ritratto alla fotografia, al cinema, come momenti in cui il soggetto entra in una definizione formale, persino in una « cornice ». Ma la domanda si ritorce: *i soggetti incidono sulla qualità delle forme, segnano le forme?*

Questo interrogativo ritorna, oggi, con una dimensione di attualità legata a tutta la tematica aperta dai *nuovi* soggetti <sup>(1)</sup>. Persino la terminologia adoperata — « nuovi soggetti » — ci pone domande. Perché nuovi? Rispetto a chi e a che cosa? E in che modo questi nuovi soggetti si definiscono, dentro quali forme è possibile individuarli? Sono forse *soggetti di diritto*, di pretese, così come siamo abituati a considerare soggetti di diritto i *cittadini* che *appartengono ad uno Stato*? Ma *come è possibile fondare una pretesa di diritti* che vada oltre le forme giuridiche conosciute e sperimentate nell'esperienza moderna, diritti politici, diritti civili, diritti economici? In che senso sono nuovi soggetti rispetto alla

---

(1) Ritorna la tematica di G. SIMMEL, *L'intuizione della vita*, Bompiani, Milano, 1938, pp. 2 ss., 99 ss. 174 ss.

questione del « diritto »? Sono, forse, *nuovi soggetti rispetto alla produzione di cultura*, di sapere e di linguaggio? Certo nell'esperienza quotidiana si sperimenta la novità della comunicazione giovanile, l'innovazione terminologica che esprime la presenza della questione femminile. Ma fino a che punto si può parlare di soggetti di nuovo sapere, di nuova cultura e di nuovo linguaggio? I saperi e i linguaggi rimandano a codici, a sistemi di regole di funzionamento che al loro interno prevedono anche la possibilità dell'innovazione e della produzione di nuovo linguaggio. Nuova soggettività significa allora anche « rottura » di quei codici e di quelle regole, di quei modi di comunicazione. Ritorna anche qui la domanda: in che modo è possibile *legittimare* una rottura? *In nome* di che cosa i *nuovi soggetti* possono aspirare a mettere in discussione le forme definite, dello *stato del diritto*, dello stato del *linguaggio*, dello stato del *potere*?

In un recente saggio sul tema dei movimenti collettivi e sulla ricerca delle nuove identità, Massimo Ilardi, provando a dare una spiegazione al tendenziale rifiuto che ad essi oppone la società politica e lo Stato, formulava l'ipotesi che in tale avversione si manifesta qualcosa di molto più antico e di riflesso: uno dei timori ancestrali della cultura occidentale (<sup>1-bis</sup>). Il pessimismo verso la « natura » umana, verso i singoli individui che sono configurati come una sfera irredenta, come *civitas diaboli*. In verità l'ostilità verso tutto ciò che prende corpo e comunque si esprime al di fuori della norma e delle istituzioni stabilite ha costituito quasi sempre l'oggetto di un orientamento negativo da parte dei poteri costituiti.

E giustamente è stato osservato che si tratta di un'idea antica, anche se sistematicamente ricorrente nel pensiero occidentale. Basti ricordare l'idea di Platone che il *popolo* sia, in definitiva, una moltitudine disordinata e incapace, *belva multiforme* priva della guida della ragione e lo stesso concetto di Hegel della plebe come male che insidia la vita dello Stato.

---

(<sup>1-bis</sup>) M. ILARDI, *Appropriazione, consumo, identità. Conflitti e movimento negli anni settanta*, in *D. e D.*, 1983, p. 49, il quale prende lo spunto dal recente volume di A. MELUCCI, *L'invenzione del presente*, Il Mulino, Bologna, 1982 (ivi ampia bibliografia).



In verità si può dire che tutte le concezioni della rappresentanza politica, del principio maggioritario, della sovranità, della divisione dei poteri, dello Stato, esprimono una determinata visione dell'uomo e della società, anche quando, come vedremo, tentano di risolvere in modo evolutivo il *passaggio dallo Stato di natura allo Stato civile e politico*: sia attraverso l'idea di accordo e consenso sociali (che danno vita alle ben note teorie contrattualistiche), sia attraverso concezioni dell'autorità (statale e politica) come depositaria di una sovranità attraverso la quale il « popolo », la *motitudine disordinata*, variopinta e selvaggia, è ricondotta all'*unità della ragione*.

Tuttavia, a me pare che la *ostilità*, l'avversione *verso ogni forma di pluralizzazione dei soggetti*, abbia radici più profonde che è necessario cercare di scoprire per decifrare adeguatamente il senso e la portata delle nuove dinamiche sociali (innescate nell'epoca moderna dai nuovi compiti e dalle nuove funzioni dello Stato).

La ragione più profonda, a mio avviso, va ricercata nella costante ricerca, che accompagna l'intero sviluppo del pensiero umano, di un principio unificante, di una *unità della ragione* capace di dare « sicurezza » a ciascun individuo, sia attraverso la possibilità di una *comunicazione universale*, generale (capace allo stesso tempo di vincere l'isolamento e di conservare l'identità nella differenza), sia attraverso la ricerca di un *principio di autorità*, di un fondamento dell'autorità che impedisca lo scatenarsi degli egoismi e la lotta tra gruppi sociali e individui.

Come osserva Rovatti<sup>(2)</sup>, riflettendo sulle forme del sapere dell'individuale in contrapposizione al sapere del generale, anche in Marx, che pure si può considerare il teorico della contraddizione, « *non si possono dare più ragioni* ». A meno di graduarle secondo una gerarchia di maggiore forza e di debolezza, di maggiore lontananza e vicinanza. Giacché anche nel marxismo più dichiaratamente antiumanistico, non si riesce mai a prescindere « da una *norma antropologica*, da una *misura razionale* di ciò che è uomo ». Discostarsi da questa misura, da questa possibilità di comunicazione universale (riconoscere la dialettica e la contraddizione irrisolvibile) significa precipitare nell'abisso dell'irrazionale e dell'infondato.

(2) P.A. ROVATTI, *Dislocazione della contraddizione*, p. 27.

L'*avversione* verso la pluralizzazione dei soggetti, *verso la pluralità delle ragioni* sembra, cioè, avere origine in processi più remoti e più antichi quali la paura della violenza scatenata dalla paura del « diverso », dell'« estraneo », e dalla paura della morte come conseguenza dello « scontro » fra uomini/fratelli che per conservare le proprie *identità* sono costretti a battersi reciprocamente. Nei processi, cioè, dove ha luogo lo scontro originario fra *diversità* e *somiglianza*, in cui l'unica alternativa possibile sembra quella di sopprimere il diverso o di ridurlo a propria immagine e somiglianza (quasi un oggetto che appartiene a se stesso).

2. Un antropologo contemporaneo, René Girard, ha approfondito questa tematica cercando nelle profondità delle comunità primitive. Il suo punto di partenza è, com'è noto, il tentativo di spiegare la ricorrenza del *divieto della cosiddetta imitazione appropriativa*, e cioè di quei comportamenti che sboccano nell'appropriazione arbitraria e violenta dell'oggetto altrui<sup>(3)</sup>.

Girard prende le mosse dal *divieto platonico della mimesi* e dal tentativo diffuso in tutta la cultura greca di reprimere il c.d. conflitto mimetico e, cioè, quel conflitto generato dall'istinto imitativo che in ultima istanza spinge ad appropriarsi dell'altro (e dei suoi oggetti).

Girard osserva, fra l'altro, che anche gli studiosi di neurologia, per spiegare i processi di socializzazione, prendono le mosse dall'*istinto imitativo* e configurano il cervello quasi come un'enorme macchina per imitare. E in verità, non pare dubbio che la crescita umana, la stessa accumulazione dei saperi, delle nozioni del mondo, si è sviluppata essenzialmente su basi imitative. Girard confronta l'imitazione umana con il mimetismo animale e conclude che l'istinto primordiale e fondamentale dell'uomo sembra consistere nell'*imitazione acquisitiva*, ovvero in una sorta di mimesi di appropriazione dell'altro, secondo la quale l'individuo per esistere cerca di assomigliare, di rendersi simile ad un altro individuo, ma allo stesso tempo (cerca) di « possedere » gli stessi oggetti e le stesse

---

<sup>(3)</sup> R. GIRARD, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, Adelphi, Milano, 1983, pp. 25 ss. e *passim*; Id., *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980, pp. 32 ss.

qualità dell'*altro*. Non a caso il massimo della *imitazione* dà vita all'*incorporazione*, al tentativo cioè di sopprimere l'oggetto ed appropriarsene in modo definitivo ed organico. L'uso diffuso in certe comunità primitive di mangiare il nemico ucciso ha essenzialmente questa spiegazione: quella cioè di *impadronirsi* della virtù e della *potenza* del nemico. Questo istinto imitativo, tuttavia, si sviluppa in modo contraddittorio, produce una tensione tra volontà di distruzione e volontà di conservazione (della vita). Il mimetismo di appropriazione origina un *processo contraddittorio*, perché da una *parte* spinge alla continuità del sapere e all'accumulazione delle tecniche e degli strumenti per il controllo della natura; dall'*altra* produce conflittualità, antagonismo, lotta, provocati « dalla convergenza verso un solo ed identico oggetto di due o più mani egualmente avidi ».

Proprio dal *conflitto mimetico*, dal conflitto cioè che nasce dall'urgenza di assomigliare e di assimilare l'altro, di superare cioè la paura della differenza e della non identità, si sviluppa, secondo Girard, una *violenza reciproca* che dà vita al *circolo vizioso della vendetta* <sup>(4)</sup>. L'uccisione dell'altro, a sua volta, spinge a una catena infinita di delitti, la vendetta del sangue: di fronte al sangue versato occorre versare altro sangue, non c'è più differenza nel conflitto mimetico fra l'atto punito e la vendetta che si compie. Ogni rappresaglia attira una nuova rappresaglia. La vendetta finisce così coll'essere una minaccia costante, permanente, un processo infinito, interminabile che rischia di coinvolgere l'intero corpo sociale e portarlo alla distruzione.

Per sconfiggere la violenza e il circolo vizioso della vendetta, due sono secondo Girard le strade che vengono intraprese dalle comunità primitive e dalle società antiche. Il *sacrificio dell'innocente* e l'*amministrazione della giustizia*. Il sacrificio dell'innocente — proprio perché è innocente — interrompe il circolo vizioso, non chiama a sua volta alla morte ... « secondo la Clitennestra di Euripide il sacrificio di Ifigenia potrebbe essere giustificato se servisse a salvare vite umane dalla morte in guerra. Così Euripide attraverso un personaggio tragico ci fa capire la funzione normale del sacrificio ». Ciò che dice Clitennestra è estremamente signifi-

(4) R. GIRARD, *opp. locc. ultt. citt.*

cativo « per prevenire il saccheggio della città, per salvare la sua casa, riscattare i figli, immolandone uno per salvare tutti gli altri, lo si sarebbe potuto perdonare », ma aggiunge (Clitennestra), questo non è possibile perché in questo caso la causa della rovina è l'impudicizia di Elena.

Il passaggio dal sacrificio umano al sacrificio degli animali segna un salto in avanti sulla strada della interruzione del circolo vizioso e dell'organizzazione dei mezzi idonei a prevenire l'esplosione del conflitto. La sfera della prevenzione è — come osserva ancora Girard —, anzitutto, la *sfera religiosa*, giacché essa consente l'utilizzazione della spinta imitativa, permettendo di spostarsi da un oggetto ad un altro. Il sacrificio religioso diventa un sacrificio simbolico, « sostitutivo »<sup>(5)</sup>.

La vera rottura del circolo vizioso della violenza si avrà però con la *istituzionalizzazione del sistema giudiziario*, in pratica con la sostituzione della vendetta privata con la vendetta pubblica. Il sistema giudiziario elimina il pericolo della vendetta, non la sopprime nella sua sostanza, giacché l'atto punitivo è affidato ad un'autorità suprema, specializzata nel suo campo e assolutamente impersonale. Le decisioni dell'autorità giudiziaria si impongono a tutti perché sono « l'ultima parola della vendetta e la prima parola della pace ». Girard, utilizzando i risultati degli studi di alcuni etnologi americani, individua appunto nell'amministrazione della giustizia il criterio discriminante fra le società primitive e le società più evolute.

*Nelle società primitive* il gruppo di parentela detiene il potere giudiziario e questo gruppo affronta gli altri gruppi nel modo in cui uno Stato affronta tutti gli altri; non c'è amministrazione della giustizia né sistema giudiziario giacché *non c'è un'istanza superiore capace di arbitrare da sovrano* tra i gruppi più potenti. L'esercizio della vendetta o aprirà un nuovo ciclo di delitti o darà vita ad una guerra civile.

Quando, viceversa, viene istituito un *sistema autonomo di amministrazione della giustizia*, che fa capo ad un'autorità centrale, impersonale si realizza un salto qualitativo, si introduce un

---

(5) R. GIRARD, *La violenza*, cit., pp. 33 ss. e *passim*.

nuovo sistema per la *risoluzione del conflitto*: la *mediazione del potere sovrano* (6).

3. Qui probabilmente ha origine il processo di « spersonalizzazione della giustizia » e si può trovare una spiegazione del potere statale originario.

Non a caso del resto tutte le teorie dello Stato e del diritto prendono le mosse da una lettura del passaggio dallo stato di natura allo stato civile e, in particolare, dal ruolo che svolgono la paura della morte, l'istinto di appropriazione e la paura della violenza reciproca.

Si spiega così il rilievo che ha per la scienza giuridico-politica l'elaborazione concettuale di questa transizione. Questo « trapasso » è decisivo per la fondazione del moderno concetto di Stato-norma impersonale, sia che si assuma l'ottica giusnaturalistica del passaggio dallo *stato di natura* alla *societas civilis sive politica*, sia che si assuma il modello hegeliano del « trapassare » della *bürgerliche Gesellschaft* (come collettività già strutturata) nello Stato moderno.

Così M. Cacciari ricostruisce questo passaggio del pensiero hegeliano:

Il *trapassare* della società civile nello Stato costituisce il *problema* dello Stato stesso. Trapassando, *trans-formandosi*, nella forma dello Stato, la società civile, pervenuta al pieno dispiegamento dei suoi contenuti, dimostra-realizza la sua verità, diviene finalmente la *sua* verità. Non, dunque, la costituzione in sé e per sé dello Stato costituisce l'« arcano » che la filosofia del diritto è chiamata a decidere, ma il divenire della società civile in quanto movimento di espressione o produzione della propria intrinseca verità ... In questo senso, lo Stato moderno non è fondabile teologicamente. Hegel non fa teologia politica. La sua critica della concezione teistica dello Stato, per cui esso si riduce alla « protezione e sicurezza della vita, della proprietà e dell'arbitrio di "ciascuno", non si conclude nell'affermazione della sovranità come Auctoritas che sul proprio solo fondamento fa le leggi » ... « Piuttosto, la sua *decisione* deve apparire come *risoluzione* dialettica degli interessi, dei bisogni, insomma: della *intenzionalità* del soggetto. Perciò resta allo Stato « il diritto e la forma della razionalità autocosciente, oggettiva, il diritto di farla valere e affermare », autonomamente « dalla forma e dalla autorità della fede ». « ... Il problema della forma-Stato si pone qui in com-

(6) R. GIRARD, *op. loc. ult. cit.*

pleto disincanto: né ozioso garante delle naturali tendenze dell'individuale, né incomprensibile miracolo, lo Stato vale come comprensione-organizzazione del mondo *reale* del soggetto: nel lavoro della sua *Aufhebung*, nel divenire *logico* dei suoi bisogni. Qui si risponde alla domanda sulla possibilità razionale dello Stato all'altezza del moderno. Nella febbre di questo divenire è necessario ormai sprofondarsi: ne è la forma-Stato sussunzione effettuale?, ne costituisce il reale governo?, sta davvero al colmo della sua « rivoluzione »?

Questa « rivoluzione » passa attraverso due momenti fondamentali: il riconoscimento della famiglia e della società civile. Il primo momento contiene la completa demolizione dell'oikos classico»: la famiglia è fondata sulla *Lebendigkeit* e la « intimità del sentimento soggettivo » ne domina l'idea. L'*economico* deborda totalmente dall'oikos: il sistema della mediazione dei bisogni si afferma in una dimensione che supera completamente il « potere della famiglia » ... « Che in questo processo, l'egoismo soggettivo si converta « nel contributo dell'appagamento dei bisogni di tutti gli altri — che nel produrre e godere per sé l'individuo produca e acquisti anche per gli altri — non muta nulla nella struttura formale, nel *sistema* dei bisogni. Il bisogno è *questo* bisogno che per soddisfarsi produce *strutturalmente* quel complesso di mediazioni, quel processo di riconoscimento, che chiamiamo divisione dei mezzi e del lavoro » (7).

In realtà (come sottolinea ampiamente R. Bodei) anche Hegel ha tentato una ricostruzione della « *preistoria del soggetto moderno europeo*, anche se in una chiave profondamente diversa dall'impostazione giusnaturalistica di Grozio, Pufendorf, ecc. (8).

Anche nella ricostruzione hegeliana « le principali “ stazioni ” visibili del tragitto fenomenologico sembrano snodarsi in questa sequenza, in costellazioni di concetti chiave che si combinano diversamente: *morte/vita, paura/obbedienza, lavoro/godimento, formare/ottundersi, relazione a sé mediante relazione ad altro/relazione a sé mediante se stesso* ».

(7) M. CACCIARI, *Dialettica e critica del politico, Saggio su Hegel*, cit., pp. 13 ss., 29 ss.

(8) R. BODEI, *Dialettica e controllo dei mutamenti sociali in Hegel*, cit., pp. 41 ss.

Sulla dialettica fra « *Màître* » e « *Esclave* » nella lotta per il « riconoscimento » restano fondamentali lezioni A. KOJÈVE, *Introduction à la lecture de Hegel*, Gallimard, 1947, pp. 15 ss., 53 ss. V. comunque G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, trad. it. di E. Negri, La Nuova Italia, Firenze, 1973, p. 159.

La scena originaria che stabilisce la cadenza e le modalità dell'uscita dallo stato di natura, si sviluppa secondo il modello di coppie di uomini che si affrontano e si lottano. Chi nello scontro ha arrischiato la propria vita ottiene lo *status del signore*, « chi ha preferito conservarla a spese della propria libertà è invece il *servo* (*servus* da *servare*, conservare la vita) ».

Il servo, tuttavia, attraverso « la dura disciplina del *lavoro e della angoscia* (non c'è l'uno senza l'altra che porti all'autocoscienza libera) » consegue la coscienza di sé e la sviluppa anzi a un livello più alto rispetto al « padrone », ormai ottuso dall'attività di puro godimento: in questa fase il « servo » comincia a « diventare individuo autonomo ». Nella seconda fase, cioè, lo schiavo, diviene già superiore al suo padrone in capacità naturali ed educazione, e non riconosce più in lui la prerogativa della libertà e dell'indipendenza ».

Nella *terza tappa* Hegel procede verso « la ricostruzione dell'*autocoscienza moderna, che conserva in sé entrambi i momenti della signoria e della servitù* ». La soluzione sembra trovarsi nelle pagine « della *Filosofia del diritto* e della *Filosofia della storia*, e cioè nella società civile — come signoria di ciascuno su se stesso, ma dipendenza di ciascuno da tutti per la soddisfazione dei propri bisogni: ricomposizione di lavoro e godimento, ovvero, data l'esistenza della « plebe », di *eventuale* lavoro e di *eventuale* godimento (e nel « tutti sono liberi », ma non più per natura, del mondo cristiano-germanico) ». L'eventuale, il possibile, danno appunto la dimensione della svolta che si realizza con l'astrazione universalizzante. « Attraverso di essa il servo si universalizza nel lavoro interiorizzato dal " pensiero puro " »<sup>(9)</sup>.

(9) Le citazioni sono di R. BODEI, *op. ult. cit.*, pp. 42 ss. e *passim* (i corsivi sono nostri), il quale così continua.

« In questa genealogia della coscienza e del mondo borghese Hegel è consapevole del fatto che tutto *cospira* verso il consolidarsi di un dominio astratto e impersonale, ma gli sfuggono (proprio perché, in linguaggio lukasiano, egli tocca qui forse i confini della sua « coscienza possibile ») *i veri nomi e volti di questi bisogni e interessi che spingono appunto ad 'astrarre' dalle condizioni materiali di esistenza e dalle loro disegualianze oggettive, ad occultarle dietro l'apparente trasparenza dell'universale, e che ne permettono, insieme, la trascrizione nella cifra dell'idea*. La fine delle relazioni di dipendenza personale e l'alleanza di sapere e potere si presentano così impennate unicamente sul dominio dello « spirito » e dell'« universale »,

Solo lo Stato hegeliano « appare » come la « risoluzione dialettica degli interessi » e dei bisogni, solo attraverso « la sua decisione » sembra possibile risolvere la contraddizione fra la volontà di potenza — la volontà di essere l'unico (M. Stirner)<sup>(10)</sup> — e il bisogno di produrre una « misura, destinata a durare oltre la propria esistenza materiale (la « necessità » di produrre la « norma » e di violarla continuamente).

Stato/norma e scienza sembrano cioè legate al « processo di *spersonalizzazione* dell'autorità/potere che (« decide ») risolve il conflitto (mimetico) per il possesso della natura, e alla costruzione dell'*astrazione*: *astrazione della teoria* che sopprime il soggetto del discorso sostituendolo con il neutro *eon*, impersonale e perciò universale e cogente; *astrazione del comando e della sanzione* che si trasforma in norma generale/Stato<sup>(11)</sup>.

Anche l'esigenza dello Stato si lega dunque al problema della conoscenza e del possesso della natura. Al desiderio del « possesso esclusivo », da un lato, e all'istinto di tradurre il possesso in « norma generale », dall'altro.

Compito dello Stato è quello di realizzare l'unità dell'universalità e della particolarità, la coesistenza dell'eguaglianza e della differenza.

« Perciò riesce a conciliare la piena libertà delle *particolarità*, con la prosperità degli individui, ma allo stesso tempo con la

---

ma tale dominio è instaurabile solo in quanto vengono sostanzialmente lasciate intatte le diseguaglianze reali di fondo (meccanismi di produzione e rapporti di proprietà).

Il potere di risoluzione della lente hegeliana giunge sino a questa scala; al di là le differenze diventano indiscernibili, anche perché qui è il *limite di flessibilità* di una formazione sociale che può reggersi su un consenso « razionale » solo astraendo da differenze considerate naturali o inevitabili. Giunto agli estremi confini del suo mondo, lo sguardo hegeliano si intorbida, mentre noi che veniamo dopo siamo in grado di comprendere ora i motivi per cui l'astuzia dialettica opera — sia nella concezione della natura che della storia — conservando immutata, *naturwüchsig*, la *base delle trasformazioni*, l'« ingrediente attivo » delle forze naturali e delle passioni ».

<sup>(10)</sup> M. STIRNER, *L'unico e la sua proprietà*, Adelphi, Milano, 1979, (con un commento di R. CALASSO, p. 383).

<sup>(11)</sup> M. VEGETTI, *Potenza dell'astrazione e sapere di soggetto*, cit., p. 12 ss.



*universalità dello Stato* che si congiunge all'essenza stessa dell'auto-coscienza » (12).

Lo Stato è espressione della razionalità appunto perché riesce a conciliare particolarità e generalità.

« ... Contro le spinte privatistiche e le tensioni disgregatrici dei residui feudali e della società civile esso ha sviluppato una sorta di anti-corpi razionali, si è dovuto appoggiare al pensiero impersonale invece che al particolarismo degli interessi (o, se vogliamo, ha occultato il dominio di una classe sotto la maschera dell'universalità e dell'interesse generale). Il suo potere deve perciò passare attraverso una lunga catena di mediazioni con un *insieme puntiforme* di coscienze rappresentato dagli individui della società civile ed accrescersi attraverso il *passaggio al limite nella disgregazione*. *L'adesione dei cittadini* alle mete razionali dello Stato moderno deve essere *conquistata col sapere* e la *Gesinnung*, mentre nel mondo antico della Polis essa era in gran parte *spontanea*. Hegel non crede alla teoria giusnaturalistica dello Stato per cui gli uomini sarebbero portati ad unirsi dall'*instinctus societatis*. *La fondazione degli Stati ha come premessa la lotta per il riconoscimento, la quale " può aver luogo solo nello stato di natura, dove gli uomini sono solo in quanto singoli, mentre cade fuori dalla società civile e dallo Stato, poiché in essi è già presente proprio ciò che costituisce il risultato di quella lotta, ossia l'esser-riconosciuti*. Infatti, per quanto lo Stato possa sorgere anche mediante la *violenza*, non poggia tuttavia su di essa; la violenza ha estratto e portato alla luce solo qualcosa di in sé e per sé legittimo, le leggi, la costituzione » ... « *gli Stati sorgono anche per Hegel ad opera dei Tesei e dei Romoli e solo più tardi se ne manifesta la natura razionale, non solo cronologico-fenomenica, attraverso l'attività legislativa dei Soloni e dei Numa. Ma il sapere tale natura*

---

(12) Cfr. W.F. HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, trad. it. con nota introduttiva di C. Cesa, Laterza, Bari, II, 1968, vol. II, pp. 860 s. « Ma dove per esempio lo Stato, non fosse affatto conforme alla sua idea, ossia anzi non fosse affatto l'idea dello Stato, quando la realtà di questo, che son gl'individui di sé consci, non corrispondesse per nulla al concetto, allora la sua anima e il suo corpo si sarebbero separati; quella fuggirebbe nelle remote regioni del pensiero, questo si sarebbe spezzato nelle individualità singole. Poiché però il concetto dello Stato costituisce così essenzialmente la natura degli individui, esso è in loro come un istinto di tal potenza che quelli, quando non fosse che nella forma di finalità esterna, son costretti a tradurlo in realtà oppure a contentarsene così, o se no dovrebbero perire ». Sul problema della conciliazione astratto-concreto-generale-particolare v. R. RACINARO, *Realtà e conciliazione in Hegel. Dagli scritti teologici alla filosofia della storia*, De Donato, Bari, 1975.

razionale, la coscienza del fine della vita associativa, si accresce storicamente »<sup>(13)</sup>.

Solo storicamente, infatti la *soddisfazione dei bisogni* si realizza attraverso *un sistema razionale*; solo attraverso il sistema di mercato, infatti, lo scambio fra chi comanda il processo produttivo e chi offre il proprio lavoro si presenta alla percezione di ciascuno allo stesso modo della compera e della vendita di tutte le merci e la « norma » appare come espressione dell'eguaglianza dei libero-scambisti.

4. La forma di razionalità espressa dall'astrazione universalizzante resta, tuttavia, fortemente legata all'« immagine dell'uomo » a partire dalla quale viene elaborato il modello di razionalità specificamente vigente. Così, ad esempio, ad una *concezione pessimistica* corrisponde il primato della *ratio politica*, ad una concezione ottimistica corrisponde la *ratio economico-giuridica* e la moderna *razionalità tecnologica*. La distinzione tra *antropologia pessimistica* e *antropologia ottimistica* consente anche di verificare come alle *differenti modalità dell'astrazione corrispondono persino differenti tecniche legislative* e differenti forme di organizzazione dello Stato. Ad es., una *antropologia pessimistica* è tendenzialmente più statalista, più portata ad una concezione dello Stato che interviene, più convinta che solo uno Stato « accentrato » possa aver cura degli interessi di tutti.

« ... La malvagità naturale dell'uomo è un assioma per ogni concezione che voglia giustificare l'assolutismo politico o statale e ha la precisa funzione di dare un fondamento all'autorità dello Stato. Lutero, Hobbes, Bousset, de Maistre, Stahl, per quanto diversi possano essere i loro intendimenti teoretici, si trovano tutto d'accordo nel conferire un peso decisivo a quest'argomento ».

... « È nello spirito del pensiero umanistico di considerare il popolo, la massa incolta, la bestia variopinta (Platone, *Politeia* IX 588 C, *Soph.* 226 A), come un elemento irrazionale che necessita, perciò, di essere dominato e guidato dalla *ratio*. Ora se il popolo è l'irrazionale, non è possibile trattare o stipulare accordi con esso, ma lo si deve padroneggiare con l'astuzia o la violenza. Qui l'intelletto non deve scendere a patti, perdersi in ragionamenti, ma semplicemente dettare.

(13) R. BODEI, *Replica*, cit., pp. 129 ss.

L'irrazionale non è che strumento del razionale, perché solo il razionale ha reale capacità di egemonia e di azione. Questa concezione è comune tanto alla scolastica aristotelica quanto al platonismo rinascimentale, alla tradizione storica classica e anche a quel complesso di idee morali che hanno dominato fino alla fine del XVIII secolo e che avevano come ideale l'*homo liber et sapiens*, un uomo come Catone o Seneca, il saggio che esercita un dominio razionale sugli istinti e le passioni e controlla i moti affettivi. A quest'ideale della ragione viene contrapposto il mondo dove regnano incontrastati gli affetti, esemplificato in tre tipi rappresentativi: la grande massa, le donne, i bambini. La ragione detta. L'espressione *dictamen rationis* è passata dalla scolastica al diritto naturale per essere applicata alla legge che detta la pena o altre conseguenze legali » (C. Schmitt) <sup>(14)</sup>.

L'astrazione corrispondente ad una concezione pessimistica è la « ragion di Stato », la *ratio politica* <sup>(15)</sup>, l'interesse pubblico di cui solo lo Stato-principe è depositario e interprete. Perciò un'antropologia pessimistica si manifesta nella *preferenza della legge scritta*, nella *tecnica* legislativa di tipo casistico *per fattispecie*, nella separazione di potere normativo e di potere giudiziario.

Viceversa un'antropologia ottimistica (secondo il modello giusnaturalista dell'*instinctus societatis*) tenderà a fondare più sugli istituti dell'autonomia della società e del mercato, dell'autoregolamentazione sociale di tipo contrattualistico, la vera garanzia dell'individualità e del « benessere individuale ». Produrrà, insomma, uno Stato meno interventista e più garantista, affidando più all'*astrazione dell'uomo economico* la garanzia del raggiungimento della pace sociale, attraverso la mediazione, istituzionalizzata nel mercato, di concorrenza-conflitto e consenso parità-formale. L'astrazione dell'uomo economico, infatti, corrisponde alla *razionalità dell'agire individuale orientato a uno scopo* e identifica benessere individuale e benessere sociale con la più razionale utilizzazione dei « mezzi » che ciascun ha a disposizione.

Un'*antropologia di tipo ottimistico-evolutivo* è anche tendenzialmente più disponibile a concedere potere normativo alla giurisprudenza e ad affidarsi a *leggi non scritte* di tipo consuetudinario,

<sup>(14)</sup> C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp. 21-22 ss.

<sup>(15)</sup> Sulla *ratio politica*, v. da ultimo F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffrè, Milano, 1983.

a *prassi sociali* consolidate, e comunque a criteri di giudizio suscettibili di « generalizzazione » in conformità al modello dell'agire razionale.

Ad essa corrisponde il massimo sviluppo della connessione economica nella forma dei rapporti mercantili, nel senso che la circolazione dei (diritti e dei) beni si realizza essenzialmente sulla base di autonomi rapporti di scambio fra soggetti (formalmente) liberi e indipendenti (e per ciò eguali) al di fuori di qualsiasi coazione che non sia quella giuridica della vincolatività degli accordi privati.

In questi termini si può dire che la prevalenza della mediazione meramente formale o giuridica designa il carattere meramente « esterno » della disciplina giuridica dei rapporti sociali e quindi, reciprocamente, la sostanziale « autonomia » della connessione economica nel senso della dipendenza da atti volontari di soggetti formalmente autonomi.

Viceversa la minore formalizzazione di criteri giuridici di qualificazione (e la loro tendenziale coincidenza con criteri valutativi politico-sociali) è indice dell'insufficienza della connessione e della prassi meramente economica a realizzare integralmente le condizioni per la circolazione dei beni (merci) e per la loro produzione e, correlativamente, della necessità di far leva sui criteri di commisurazione diversi dalla mera e astratta equivalenza delle merci e precisamente su interventi statali autoritativi<sup>(16)</sup>.

In ogni caso, però, il procedimento di astrazione è il punto di unificazione dell'intero organismo sociale attorno a un centro che può essere indifferentemente o l'equivalenza del mercato e lo Stato/principe.

*Ciò che conta è il primato della funzione dell'astrazione* (giuridica), giacché ad essa è affidato appunto il compito di mediare tra soggetto formale astratto (suddito o libero scambista) e individuo empirico concreto, tra valore di scambio e valore d'uso, tra logica dell'identità e della somiglianza e negatività del non identico e del diverso (Gozzi)<sup>(17)</sup>. Un'astrazione cioè costruita essenzial-

<sup>(16)</sup> V. il nostro *Diritto privato e processo economico*, cit.

<sup>(17)</sup> Sui rapporti fra astrazione, linguaggio e repressione dell'istanza materiale per rapporti all'organizzazione capitalistica v. i rilievi di G. Gozzi, *Linguaggio, Stato, lavoro*, cit., pp. 94 ss. « La produzione capitalistica, in quan-

mente come astrazione repressiva dell'istanza materiale e della differenziazione individuale (18).

5. Per *salvare il soggetto*, per difendere la comunità dal circolo vizioso della violenza e della vendetta reciproca, la società moderna cerca *scampo nella costituzione dello Stato* e nella configurazione dell'astratto soggetto di diritto.

Così si compie, in realtà, « *l'ingresso di Dio nel mondo* », giacché, come scrive Hegel, lo *Stato è la potenza della ragione che si realizza come volontà* (19). Come osserva ancora Cacciari, tra valore dello Stato e volontà è posto un vincolo inscindibile, giacché l'universale non può avere valore senza comprendere, sapere, volere, operare del soggetto (20).

L'antica aspirazione delle società primitive a un'autorità centrale, a un centro attorno a cui organizzare l'intera vita sociale, ca-

---

to è produzione per la produzione e non per il consumo, richiede agli individui un'astrazione che Marx definisce come astrazione dai particolari valori d'uso, bisogni ed interessi e *che la moderna psicanalisi chiamerebbe rifiuto impulsuale (Triebversagung)* ».

« Nel capitalismo i rapporti di produzione diventano astrazioni (lavoro astratto) che tentano di imporsi ai bisogni degli individui. Dal punto di vista ideologico poi il dominio dei rapporti di produzione « si presenta — scrive Marx — come dominio delle idee nella stessa coscienza degli individui »; « l'astrazione o l'idea non è però altro che l'espressione teoretica di quei rapporti materiali che li dominano ». Se aggiungiamo infine che, per Marx, le idee non esistono separate dal linguaggio, si comprende come la funzione del linguaggio diventi quella di mediare il dominio dell'astrazione; l'essere sociale ha una « struttura concettuale » e determina la coscienza attraverso la comunicazione linguistica. *Il linguaggio non è dunque come per Habermas, il tramite simbolico di un modello di socializzazione, ma è soprattutto mediazione di astrazioni repressive* ».

« Il linguaggio impone categorie universali attraverso le quali si realizza una logica dell'identità che è oppressione del non-identico. Come ha ben visto Adorno: *Il principio di identità assoluta è in sé contraddittorio: perpetua la non-identità in quanto repressa e danneggiata* ». (TH. W. ADORNO, *Dialettica negativa*, Einaudi, Torino, 1970, p. 285).

(18) R. DE GIORGI, *op. ult. cit.*

(19) R.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. di F. Messineo, Laterza, Bari, 1954, ivi anche le *aggiunte ricavate dalle lezioni*, di E. GANS, in particolare, aggiunta al par. 258.

(20) M. CACCIARI, *op. loc. cit.*

pace di realizzare finalmente la pace tra gli individui e i gruppi, sembra realizzata definitivamente nello Stato (hegeliano).

*L'uomo in astratto è la salvezza dalla contingenza e dalla dispersione dell'individualità; è la salvezza della morte.* L'uomo in astratto sembra in grado di mediare tra particolare e generale, di ridare un contesto unitario alla contraddizione senza risolverla apparentemente a vantaggio di nessuno dei due termini.

L'astrazione domina la comunicazione sociale e il diritto. La stipulazione di un contratto, la utilizzazione di un bene, la concessione di un credito, ecc. sembrano costituire così delle « forme » idonee a rivestire qualsiasi comportamento, purché riconducibile allo schema astrattamente prefigurato nella « fattispecie legale ».

Mediante la astrazione e la generalizzazione (classi di soggetti, ecc.) la molteplicità degli individui, degli oggetti e dei rapporti (che caratterizzano l'esperienza quotidiana) vengono ricondotti ad unica base di « misurazione » che risulta espressa nella qualifica giuridica e cioè nel trattamento giuridico riservato dal diritto. Il pane e il cavallo, i generi alimentari e i gioielli più preziosi diventano così per il diritto « beni mobili » in relazione al tipo di regole astrattamente dettate per la loro circolazione (vendita, ecc.); l'imprenditore e l'operaio diventano « parti contraenti » in relazione alla loro astratta capacità di porre in essere una condotta sussumibile entro lo schema del « contratto di scambio ». Correlativamente « contratto di scambio », « bene mobile », « compravendita » si propongono come qualità o qualifiche riferibili indifferentemente ad intere classi di comportamento e di oggetti. E poiché, come si è sottolineato, almeno tendenzialmente, tutte le norme sono riferibili alle azioni di qualsiasi uomo, anche gli individui sono parificati davanti alla legge in virtù della loro astratta attitudine ad essere destinatari dell'intero ordinamento <sup>(21)</sup>.

Esiste, dunque, una correlazione funzionale fra l'assunzione del soggetto astratto, come punto di riferimento delle regole, e la configurazione della norma come precetto astratto e generale. Infatti, soltanto norme di questo tipo, appunto perché sono astratte e generali e perché hanno come punto di riferimento modalità for-

---

(21) V. *Diritto privato e processo economico*, cit.

mali dell'azione sono applicabili indistintamente e uniformemente a tutti gli individui.

In altri termini, *le norme* che prescrivono i componenti, le azioni che fungono da condizione necessaria per il verificarsi di un effetto giuridico, *si applicano sul solo presupposto del carattere astrattamente umano della condotta* e di alcuni ulteriori requisiti, ritenuti necessari perché la condotta sia presa in considerazione dall'ordinamento (ad es. la forma dell'atto).

Queste norme, sono, dunque, potenzialmente riferibili alle condotte di tutti e quindi gli appartenenti alla comunità statale sono potenzialmente destinatari dell'intero sistema normativo, tutti possono utilizzare la tutela prevista da queste norme: gli uomini sono eguali davanti alla legge e le differenze di potere sono relegate nella sfera dell'irrelevante.

In questi termini, l'astrazione è simile a un enorme processo di rimozione, a ciò che la psicanalisi ha chiamato il *rifuto impulsuale*.

Per rimuovere la volontà di potenza e la volontà di esser l'unico, per risolvere la condizione grottesta di chi, per essere veramente potente, coltiva la « brama di sopravvivere a grandi quantitativi di morti » (E. Canetti)<sup>(22)</sup>, ma non può e non riesce a fare a meno degli altri, l'uomo ha prodotto l'*intenzione dello Stato*. Lo Stato dell'astrazione che reprime e sublima l'individualità empirica, quell'individualità « che spingerebbe all'infinito i suoi desideri e la sua forza dissolutrice ».

L'uomo concreto è sostituito dall'immagine dell'uomo.

« Noi pensiamo un uomo ... non nella sua nuda singolarità, sebbene sotto una categoria generale che lo ricopre, ma non completamente. Noi miriamo a lui, cioè, non come individuo, ma come 'impiegato', 'professore', 'studente' o 'operaio'. Così esso trova " la sua personalità e la sua realtà nella rappresentazione degli altri " (*seine Persönlichkeit und Wirklichkeit in der Vorstellung des Andern*). Che, nella società, in quanto uomini gli individui non abbiano rapporti, mentre in quanto hanno rapporti non sono 'uomini', non si lascia però intendere da questa ovvia genericità. Il mistero dell'idealismo della società sta nel mistero stesso dell'idealismo. Mentre esso riduce il mondo a sensazioni

(22) E. CANETTI, *Potere e sopravvivenza*, Adelphi, Milano, 1974, pp. 24 s.

e pensieri, esclude che ciò possa valere per l'*individuo*, che tuttavia è solo le immagini che se ne hanno. Al di là di esse l'intatta identità appartiene non a lui ma all'identità universale. Alla sua radice essa lo consegna a ciò che si chiamò una volta il carattere immutabile. Rappresentazione è invece la sua funzione con cui egli si innalza al cielo per precipitare. Ciò che l'individuo è diventato, ciò a cui ritiene di essersi innalzato con tanto sforzo e lavoro, è proprio ciò che ne fa un onesto fantasma, che Hegel giustamente fa apparire nella *Filosofia del diritto*, vero tavolo a tre piedi dello spiritismo sociale. Non è dunque l'individuo che si 'associa', ma la sua immagine » (Sgalambro) <sup>(23)</sup>.

Tuttavia è proprio l'*enigma* hegeliano della scomparsa e del contestuale mantenimento della coppia signoria-servitù (Stato-sud-dito) che lascia intravedere, oltre la spersonalizzazione dell'autorità, oltre l'astrazione dello Stato, *le tracce del conflitto* originario fra servo e padrone.

K. MARX, ripercorrendo le tracce di questo conflitto nella critica dell'astrazione, ha scoperto appunto che essa diviene possibile solo in quelle formazioni sociali in cui « le condizioni di esistenza » appaiono « indipendenti dagli individui e, sebbene prodotto della società, si presentano come condizioni di natura ». Nella fase, cioè, del « lavoro alienato », quando le condizioni oggettive del lavoro « assumono rispetto al lavoro vivo un'autonomia sempre più colossale » e « la ricchezza sociale si contrappone al lavoro in dimensioni sempre più imponenti come un potere *dominante ed estraneo* » <sup>(24)</sup>. « Una macchina inanimata è spirito rappreso. Soltanto questa sua natura le conferisce la potenza di costringere gli uomini al suo servizio e di determinare la loro esistenza quotidiana di lavoro in modo così dispotico, come effettivamente avviene nella fabbrica. Spirito rappreso è pure quella macchina che è costituita dall'organizzazione burocratica, con la sua specializzazione del lavoro tecnico, la sua delimitazione della competenza, i suoi regolamenti e i suoi rapporti di obbedienza ordinati gerarchicamente. In unione con la macchina inanimata, essa è allora per preparare la struttura di quella servitù futura alla quale un giorno

<sup>(23)</sup> M. SGALAMBRO, *La morte del Sole*, Adelphi, Milano, 1983, p. 114.

<sup>(24)</sup> K. MARX, *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, La Nuova Italia, Firenze, 1970, vol. II, p. 575.



forse gli uomini saranno costretti ad adattarsi impotenti, come i *fellah* dell'antico Egitto » (25).

È in questa fase che la contraddizione originaria assume la *forma della contraddizione del moderno soggetto*, del soggetto borghese della proprietà e della libertà; la contraddizione dell'intenzione del soggetto moderno proteso verso l'eguaglianza e la generalità e radicato, nella sua particolare esistenza, al sistema materiale delle differenze del possesso privato della natura.

Qui si ritrova la connotazione dell'astrazione giuridica e il segno della sua impurità costitutiva. L'essere allo stesso tempo ritrovamento dell'universale, del generale e repressione della istintività individuale e dell'istanza materiale. L'impurità della contraddizione insanabile che vive dentro l'astrazione e ne segna la forma, per rapporto alle concrete modalità che costituiscono le « circostanze storiche » (tecniche, saperi, linguaggi, codici, ecc.) a partire dalle quali si modellano l'agire individuale e l'azione sociale. Così ad esempio (come si è già visto) la moderna astrazione giuridica (dell'eguaglianza formale e delle norme generali) esprime la specifica contraddizione della « soggettività borghese », che ne definisce allo stesso tempo la « realtà » e la « non realtà ».

L'astrazione giuridica, l'eguaglianza formale sono reali perché effettivamente realizzano la trasformazione degli individui concreti in individui astratti in ruoli giuridico-economici.

« In questi termini, " il principio del soggetto giuridico (intendiamo con ciò i principi formali della eguaglianza e della libertà, il principio della autonomia della persona, ecc.) non è soltanto uno strumento di inganno e un prodotto della ipocrisia della borghesia (...), ma è in pari tempo un principio realmente operante nella società borghese, quando questa si genera dalla società feudale patriarcale, e la distrugge, e — in secondo luogo — che la vittoria di questo principio è non soltanto e non tanto un processo ideologico (cioè attinente per intero alla storia delle idee), quanto piuttosto un processo reale di giuridificazione dei rapporti umani, che accompagna lo sviluppo della economia capitalistica e che comporta profonde e complete trasformazioni. Vi rientrano: il sorgere e il consolidarsi della proprietà privata, il suo universalizzarsi in rapporto sia ai soggetti, sia a tutti i possibili oggetti, la liberazione della terra dai rapporti di dominio e di soggezione,

---

(25) M. WEBER, *Economia e società*, cit., p. 714.

la trasformazione di ogni proprietà in proprietà mobile, lo sviluppo e il predominio dei rapporti di obbligazione, e infine la separazione del potere politico, come forza particolare, a lato della quale compare il potere puramente economico del denaro, con la conseguente divisione più o meno netta tra la sfera dei rapporti pubblici e quella dei rapporti privati, tra il diritto pubblico e il diritto privato » (Pasukanis) <sup>(26)</sup>.

Lo sviluppo dell'astrazione è dunque legato all'organizzazione capitalistica del lavoro, giacché solo con essa il lavoro diventa *lavoro astratto*, indipendente dal produttore concreto, in quanto *lavoro libero* da ogni vincolo di socialità, e in quanto lavoro connesso alla produzione per la produzione (non per il consumo). Il lavoro astratto si configura a partire dall'astrazione dai particolari valori d'uso, dai bisogni e dagli interessi.

L'astrazione del lavoro (dal lavoratore e dai bisogni della società) diventa un « destino dell'intera società; l'astrazione del lavoro si estende all'astrazione dell'intera società e richiede il sacrificio di ogni soggetto, (anche della persona-valore dell'ideologia borghese).

È al massimo sviluppo di questo processo di astrazione che si collocano, appunto, le tendenze comuni a tutte le scienze contemporanee, di negare in definitiva la stessa rilevanza del soggetto individuale, dell'esistenza empirico-materiale.

È in questo contesto che nasce ad es. lo strutturalismo etnologico e la linguistica strutturale di Roman Jakobson durante la seconda guerra mondiale. Come i linguaggi, afferma Lévy-Strauss, anche i dati culturali sono costituiti essenzialmente da segni e non sono isolabili l'uno dall'altro. Il significato dei segni consiste unicamente nel loro collegamento, nel loro dar vita a sistemi dotati di coerenza interna, capace di conferire senso e significato ad ogni cultura.

Analogamente il pensiero luhmaniano, a cui abbiamo più volte fatto riferimento, costruisce il sistema sociale come un sistema autosufficiente in grado di risolvere i problemi posti dall'ambiente umano attraverso la propria autodifferenziazione.

---

(26) E. PASUKANIS; *op. cit.*

In realtà, come ha osservato Girard, si tratta di una vasta ritirata strategica in cui le scienze dell'uomo rinunciano a interrogarsi sul destino dell'individuo (27).

6. Il potere *dell'astrazione repressiva* è destinato, però, ad essere *revocato in dubbio* non appena la moderna società di massa viene attraversata dai processi di *democratizzazione*, dall'esplosione dei movimenti e dall'emersione delle nuove identità collettive.

I processi di democratizzazione riaprono la questione. Ricomincia l'epoca della « dismisura » che già aveva destato lo sgomento di A. Tocqueville (di fronte alla rivoluzione francese).

... « In questa malattia della Rivoluzione francese v'è inoltre qualcosa di particolare che intuisco, ma che non riesco a descrivere esattamente, né ad analizzarne le cause. È un virus d'una specie nuova e sconosciuta. Ci sono state nel mondo molte Rivoluzioni violente, ma il carattere smoderato, violento, radicale, disperato, audace, quasi folle e tuttavia possente ed efficace di questi rivoluzionari mi sembra senza precedenti, nelle grandi agitazioni sociali dei secoli scorsi. Donde viene questa nuova razza? Chi l'ha prodotta? Chi l'ha resa efficace? Chi la perpetua? Giacché, sebbene in circostanze diverse, ci troviamo di fronte sempre gli stessi uomini, che hanno proliferato in tutto il mondo civile. Il mio pensiero si sfinisce nel tentare di concepire una nozione precisa di quest'oggetto, e il modo di dipingerlo con esattezza. Independentemente da tutto ciò che si spiega, nella Rivoluzione francese, c'è qualcosa d'inspiegabile nel suo spirito e nei suoi atti. Io sento dov'è l'oggetto sconosciuto, ma per quanto faccia non riesco a strappare il velo che lo nasconde. Lo sento al tatto, come attraverso un corpo estraneo che mi impedisce di toccarlo bene e di vederlo » (28).

Come allora anche oggi si ripropone lo scarto fra democrazia e sistema (codice, Stato, ecc.).

Il sistema non riesce a sopportare il carico dell'eccesso di democrazia, gli effetti « destabilizzanti » della pluralizzazione della

(27) R. GIRARD, *Delle cose nascoste*, cit., p. 20 (ivi anche riferimenti e analisi all'epoca dello strutturalismo).

(28) *Correspondance Tocqueville-Kergorlây*, lettera del 16 maggio 1858, citata da F. FURET, *Critica della rivoluzione francese*, Laterza, Bari, 1980, p. 181.

soggettività; dei processi di individuazione che attraversano le « masse ».

La tecnologia sociale sviluppa livelli ancora più rarefatti di astrazione; « precisi procedimenti tecnico-scientifici sembrano mettere a portata di mano dell'uomo il dominio incontrastato della terra », e contemporaneamente la scienza cerca di delineare l'immagine dell'uomo nell'era della tecnica (29).

Il modello di uomo diventa « il super-esperto, l'uomo della grande routine, che al tempo stesso è superiore alla routine; una figura indispensabile e freneticamente richiesta nell'economia, nella politica, nell'amministrazione, nel "tipo ideale", l'uomo dotato di vitalità ed energia lavorativa, intelligenza e lungimirante capacità sintetica, fermezza e iniziativa, ricchezza di idee e discrezione: in certo qual modo il successo personificato. La società moderna — su ciò non sussistono dubbi — esige e insieme genera questo tipo d'uomo, perché è una società aperta, che rompe di continuo con la propria tradizione, che avanza con ritmo impetuoso, ma nel contempo è sotto la costante minaccia di irrigidire nella routine perché funziona suddivisa in prestazioni specializzate. Perciò il super-pratico, l'uomo che, padrone assoluto della consuetudine, domina dall'alto la propria esperienza, è una delle sue figure chiave ».

E, tuttavia, l'enorme incremento delle possibilità legate allo sviluppo dei mezzi elettronici, l'estrema indeterminatezza della vita pubblica, aumentano « lo stress decisionale dei soggetti ». Come giustamente rileva D. Zolo (30), nell'introduzione a *Potere e complessità sociale*, l'antropologia di ARNOLD GEHLEN produce la semplificazione istituzionale del possibile della teoria sistemica di N. Luhmann. « Il massimo di libertà del soggetto finisce con il coincidere così paradossalmente con il massimo di soggezione ».

« Nella sua fase attuale, infatti, l'uomo è un essere impaurito e tremante, i cui nervi sono saltati. L'angoscia davanti al rendimento lo prende alla gola. Mentre la sempre più dominante vita dei nervi diventa sempre più incapace di sopportare le ferite che infligge il processo lavorativo » (Sgalambro).

« Da quando l'economia di scambio pone in rapporto tutti gli individui, li universalizza con la forza nei grandi accentramenti urbani,

---

(29) A. GEHLEN, *L'uomo nell'era della tecnica*, Sugar, Milano, 1967, pp. 198 ss. e *passim*.

(30) *Op. loc. ult. cit.*

rendendo anche universale l'effetto delle azioni degli uni sugli altri. Ciascuno già per sopravvivere deve estorcere all'altro parte del suo riposo, della sua libertà e della sua felicità. Nessuno può sfuggire alle conseguenze delle azioni reciproche. Il *neminem laedere*, l'ultima roccaforte della morale, come l'aveva additato Schopenhauer, si avvera impossibile » (Sgalambro) <sup>(31)</sup>.

Lo Stato prodotto dal soggetto, con l'intenzione di realizzare la libertà e l'eguaglianza si è risolto in Stato macchina, in geometria sistemica senza passioni. Mai il soggetto è stato così potente e mai il soggetto è stato così negato come nell'epoca moderna.

La volontà di potenza espressa attraverso l'imitazione acquisitiva e l'accumulazione del sapere ha ridotto la scienza a mero strumento di dominio sulla natura senza alcuna possibilità di controllo degli obiettivi e dei fini. La massima soggettivazione della volontà di potenza ha finito col distruggere il soggetto nella sua realtà empirico-materiale, lo ha trasformato in appendice del sistema. Non esiste più possibilità — come ha osservato Severino <sup>(32)</sup> — di chiedere giustizia in nome dei diritti dell'uomo, giacché non c'è nessun criterio per conoscere quali siano questi diritti.

Oggi più che mai sembra vera l'affermazione quasi profetica di Heidegger secondo il quale la *perdita del centro coincide con il tramonto dell'occidente*; con l'affermazione di Nietzsche che oggi più che mai « il deserto cresce ». In realtà, « l'inaridimento è più inquietante della stessa distruzione, la distruzione accantona soltanto ciò che è stato costruito, l'inaridimento impedisce ogni costruzione futura ». E continua ancora Heidegger: « Il momento in cui l'uomo si prepara ad assumere il controllo totale sulla terra » è anche quello in cui si manifesta di più il pericolo della morte e della guerra totale. Il rischio della guerra nucleare sembra sotto questo profilo rappresentare simbolicamente un possibile esito di questa vicenda attraverso la quale è stato represso il problema della individualità empirico-materiale <sup>(33)</sup>.

Mentre le invenzioni e le scoperte della tecnica sembrano prospettare all'uomo un orizzonte di felicità, gli uomini e gli Stati

---

<sup>(31)</sup> *Op. ult. cit.*

<sup>(32)</sup> E. SEVERINO, *Legge e caso, loc. cit.*

<sup>(33)</sup> M. HEIDEGGER, *Che cosa significa pensare?*, cit., pp. 69 ss.

vengono spinti da una guerra mondiale all'altra, e la pace diventa soltanto un preludio alla guerra, anzi, la guerra diviene la garanzia della pace. « Guerra e pace rimangono come i due pezzi di legno che i selvaggi continuamente sfregavano per ottenere il fuoco ».

Qualé via si può aprire per l'uomo della nostra epoca al di là di quanto congressi, conferenze, commissioni, sottocommissioni, comitati, sono in grado di dirci « organizzando la pace e ammiccando continuamente all'attesa della guerra »?

Nella seconda parte di « Così parlò Zaratustra », intitolata appunto al tema della redenzione, si afferma che è necessario superare lo spirito di vendetta <sup>(34)</sup> « Lo spirito di vendetta, amici, è ciò su cui finora gli uomini meglio riflettono e dove c'è stata sofferenza inferta sempre doveva esserci una punizione ». È il commento di Heidegger: vendetta, vendicare, wreken, urgere significano: urtare, spingere, perseguire, posporre. Il ripensare, il porre innanzi il rappresentare dell'uomo è stato sin qui dominato dalla vendetta, dal perseguire, dal posporre ». Abbandonare questa strada significa realizzare la liberazione dallo spirito di vendetta, aprirsi come esistenti alla pretesa dell'essere. L'antropologia di Girard ci ricorda tuttavia che lo spirito di vendetta nasce dalla imitazione acquisitiva, dall'imitazione appropriativa. Per liberarsi dalla vendetta occorre redimersi da questo istinto di appropriazione, occorre produrre una « critica nuova » dell'identità possessiva che sin qui ha retto le sorti del mondo del diritto. Significa per i giuristi diventare finalmente responsabili della produzione di un diritto delle libertà reali. Si vedrà allora l'orrore di quello che Simmel chiama l'individualismo dell'amore: « ma solo al di là di tutte le proprietà, qualcosa di generale, in un collegamento non dato con esse, sta quell'immagine totale veramente individuale, indissolubilmente unitaria, a cui è rivolto l'amore » <sup>(35)</sup>.

Si scoprirà allora che è « un errore pensare che l'egoismo abbia il carattere dell'individuale. Al contrario, l'egoismo che vuole sempre « avere », che esce quindi dall'individuo dirigendosi su og-

<sup>(34)</sup> F. NIETZSCHE, *Così parlò Zarathustra*, con prefazione di R. Cantoni, Mursia, Milano, 1965, p.

<sup>(35)</sup> G. SIMMEL, *Fragment über die Liebe*, in « Logos », X, 1, 1921, p. 48, cit. da M. SGALAMBRO, cit., p. 162.

getti esterni che potrebbero essere anche di altri, contiene in ultima analisi un elemento tipico di spersonalizzazione, qualcosa di generico, impersonale »<sup>(36)</sup>. Liberarsi dello spirito di vendetta, dell'astrazione repressiva e della spersonalizzazione della violenza può significare allora ritrovare la « responsabilità dell'essere ».

Forse proprio nell'epoca in cui sembrano scatenarsi gli egoismi aggressivi delle corporazioni e degli individui, diventa possibile per il « sé » abbandonare il suo bisogno « egoistico » e sottrarsi « al ritmo implacabile della natura »<sup>(37)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> G. SIMMEL, *L'intuizione della vita*, cit., p. 196.

<sup>(37)</sup> Così la conclusione delle suggestive pagine di P. ZWEIG, *L'eresia dell'amore di sé, Storia dell'individualismo sovversivo nella cultura occidentale*, Feltrinelli, Milano, 1984. V. anche le considerazioni sui nuovi bisogni qualitativi dei gruppi post-materialistici, V.R. INGLEHART, *La rivoluzione silenziosa*, Rizzoli, Milano, 1983, pp. 405 ss.





## COME CONCLUSIONE

L'attraversamento delle contraddizioni del sapere giuridico sembra dunque avere un *esito antropologico*: quale immagine dell'uomo può coesistere con l'intrinseca contraddittorietà dell'intenzione egualitaria e quale « forma » può garantire la intrinseca contraddittorietà della pluralizzazione delle ragioni e dei soggetti?

Qui sta in parte la novità del problema. La tradizione liberal-democratica e l'ideologia giuridica (del formalismo ecc.) conoscono, infatti, la pluralità delle ragioni e dei soggetti, ma solo come « contingenza » o addirittura come malvagità ed egoismo da dominare e controllare, e anzi danno « forma » solo alla *persona-valore borghese* in quanto ritenuta capace di « convivere » con la contingenza del pluralismo degli *interessi/bisogni* e della soggettività empirico-materiale.

Non a caso è su questo terreno che si sviluppa la critica kelseniana della cosiddetta rappresentanza degli interessi in favore della *forma unica* della rappresentanza (il parlamento e la politica). Viceversa oggi il problema che la critica dell'ideologia giuridica e l'analisi dei processi sociali ci restituiscono è quello della *pluralità* della *ratio* e quindi delle *forme*.

\* \* \*

In realtà, l'*esito antropologico* non è un approdo <sup>(1)</sup>, ma un avvio, il *terreno* sul quale convergono le domande che ci siamo

---

(1) Riformulare la questione sul terreno antropologico, nel contesto delle riflessioni che abbiamo svolto, non significa naturalmente abbandonarsi al riduzionismo della sociobiologia (v. per i rapporti con il diritto il recente saggio di A. FALZEA, *La « sapientia » degli uomini*, in *Il gene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 21 ss.), ma al contrario riaprire il problema del rapporto fra sapere delle « norme » e sapere dell'uomo, come uomo totale (sia in base alle sue *produzioni*, sia in base alle sue rappresentazioni - uomo che trasforma il mondo e che trasformandolo si trasforma (C. LEVY-

venuti ponendo, lungo un tracciato che consente di riformularle nei termini corrispondenti a quel tempo della « povertà estrema » che Heidegger, nelle sue « *Delucidazioni sulla poesia di Hölderlin* », definisce come l'epoca in cui « più non son gli dei fuggiti, né ancor sono i venienti ». Il percorso compiuto, attraverso le aporie del sapere giuridico e la costitutiva impurità delle sue forme, ci ha mostrato, infatti, quanto *contigue* siano le « storie » della perdita del fondamento della norma astratta e generale (dello Stato di diritto) e della perdita del fondamento della verità del pensiero filosofico.

La parabola di Cassese che paragona il giurista della tradizione (ma solo quello?) al barone di Münchhausen che cerca di tirarsi fuori dallo stagno (o palude) afferrandosi per i capelli (ma quanto nell'apparente follia di questo gesto non è ancora falsa coscienza di poggiare su solide pietre?) è assai simile a quel processo del pensiero umano che, risolvendo l'essere nell'Ente a partire dall'*Ἀγαθός* di Platone, ha finito con il risolvere la *verità*, nell'*adeguatezza* — o meglio concordanza di un giudizio (*λόγος*) con una cosa (*πρᾶγμα*) — e quindi in una qualità dell'uomo (il suo saper vedere, rappresentare e giudicare).

La scomparsa dell'essere dall'orizzonte della verità spinge sempre più a cercare il fondamento e la garanzia nel Soggetto del rappresentare e del giudicare, ma a sua volta costringe questo Soggetto, per fondare e dare garanzia, a trasformarsi in Super-ente e ad assumere la *forma unica* di Dio o della *ragione universale* (fino alla persona valore-borghese), nella pretesa, cioè di *valere incondizionatamente*. Anche qui, dunque, il filosofo come il giurista si afferra ai propri capelli per tirarsi fuori dallo stagno del caotico mutamento delle forme dell'esperienza<sup>(2)</sup>.

Ma come per il diritto anche per la filosofia « volontà di potenza equivale a dire impotenza dell'ente ad essere garantito dalla

---

STRAUSS, *Antropologia strutturale*, Il saggiaiore, Milano, 1980); l'antropologia come *luogo* dove ragione e senso si possono ricongiungere. V. comunque D. SPERBER, *Il sapere degli antropologi*, Feltrinelli, Milano, 1984.

(2) V. per il dibattito sui fondamenti da ultimo, a cura di G. VATTIMO e P.A. ROVATTI, *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano, 1984.

possibilità di precipitare nel nulla », nel caos degli egoismi e degli interessi. L'assenza/perdita del *fondamento* mette a nudo l'imponenza della « norma » fondata sull'unica misura dell'astrazione e della generalizzazione.

L'irruzione dell'idea democratica nel mondo del diritto è l'esperimento cruciale dell'infondatezza della norma (dell'unificazione normativa) basata sull'unicità della ragione universale. E d'altra parte potrebbe esserci/può esserci *cogenza della norma senza unicità della verità?*

Ecco come l'attraversamento delle aporie del sapere giuridico ci restituisce la domanda sul fondamento della vincolatività del diritto positivo statale.

Si badi bene, però, non si tratta di una domanda riformulata solo sul piano di un itinerario teorico-intellettuale, ma innanzitutto di una vera e propria *quaestio facti*.

La pluralizzazione dei soggetti, il rifiuto empirico-materialistico della repressione dell'individualità mediante l'astrazione, non è un'immagine del mondo, ma un'esperienza del nostro tempo.

Qui si presenta il *paradosso* del tempo della povertà (e dell'assenza di fondamento): *possono i soggetti giungere là dove non è giunto il Soggetto? È possibile, a partire dalla pluralizzazione delle ragioni e della soggettività empirico-materiale, attingere una nuova « nozione » dell'uguaglianza che manifesti/esprima la diversità senza abbandonarla alla contingenza del caos quotidiano, e quindi al nulla?*

Su questo terreno l'orizzonte antropologico è l'unico che consente ancora di riformulare la domanda e mantenere aperta una speranza.

Cosa c'è oltre il pessimismo dell'antropologia dominante, oltre la paura del circolo vizioso della vendetta, oltre l'istinto di imitazione acquisitiva e l'aggressività dell'identità possessiva? A. Todisco, commentando sul Corriere della sera del 2 gennaio 1984 il volume di Eibl-Eibesfeld, *Etologia della guerra*, recentemente pubblicato da Boringhieri, annuncia la nascita dell'« *homo pacificus* », che rifiutando l'imperativo culturale — uccidi il tuo nemico — ritorna alla *norma naturale* di non ammazzare il proprio simile; Giorgio de Santillana e Hertha von Dechend, ne *Il mulino di Am-*

*leto*, ripropongono il mito cosmologico dello zodiaco, unico vero luogo degli accadimenti umani<sup>(3)</sup>.

L'esperienza psico-analitica post-freudiana ci suggerisce l'immagine di un occhio distaccato, aperto sulla contemplazione dell'ambiguità-ambivalenza originaria dell'uomo, diviso/scisso fra l'annullamento nell'oggetto (tipico del rapporto simbiotico), e l'esaltazione maniacale della volontà di potenza (tipica del rapporto schizoide). Un uomo che coltiva anche dentro se stesso la dialettica servo-padrone e che è capace di contemprarla (e riprodurla) come un destino.

Tra mito e utopia, forse, l'accettazione della contraddizione, la convivenza con la scissione è una strada possibile e un compito realistico.

---

(3) J. EIBL-EIBESFELDT, *Etologia della guerra*, Boringhieri Torino, 1983, pp. 193 ss.; G. de SANTILLANA e H. von DECHEND, *Il mulino di Amleto, saggio sul mito e sulla struttura del tempo*, Adelphi, Milano, 1983.

# INDICE

## Capitolo I

### LA CULTURA GIURIDICA AL TORNANTE DEGLI ANNI '80

	<i>pag.</i>
1. Ipotesi sul decennio: ambiguità della scienza giuridica e crisi della legittimazione . . . . .	1
2. La legittimazione tradizionale: la ricostruzione del sistema come mediazione fra legalità positiva e <i>nómos</i> oggettivo . . . . .	11
3. L'irruzione dell'idea democratica e la fine del « sovrano » della norma: la risposta kelseniana e il tentativo di costruire un sistema senza « fondamento » . . . . .	15
4. Dalla catastrofe del nazismo alla rifondazione dello Stato sociale democratico: democrazia sostanziale e politicizzazione del conflitto nel passaggio dallo Stato-norma allo Stato-tutore . . . . .	23
5. Gli anni '70 e la ricerca di un nuovo fondamento della norma: critica delle categorie giuridiche tradizionali e ricerca storica . . . . .	27
6. La risposta della scienza giuridica: il giurista interprete della maggioranza legislativa e il principio di effettività . . . . .	32
7. Le vie delle riforme possibili: <i>a)</i> la scuola dell'economia del benessere; <i>b)</i> la scuola del riformismo progettuale . . . . .	35
8. <i>c)</i> La scuola del garantismo e il ritorno all'analisi storica . . . . .	40
9. Il ritorno del tecnicismo e il problema della codificazione . . . . .	48
10. La concezione del diritto come tecnologia sociale: il luhmanismo giuridico e la scuola della neo-esegesi . . . . .	56
11. Conclusioni e prospettive . . . . .	65

## Capitolo II

### I SOGGETTI E LE NORME

1. Il problema del soggetto giuridico: premessa introduttiva . . . . .	73
2. La negazione del soggetto nella teoria pura del diritto e l'itinerario del pensiero moderno - Rinvio . . . . .	76
3. L'epoca del dualismo e la struttura del politico e dello Stato moderno . . . . .	93
4. Diritto soggettivo e diritto oggettivo - la contraddizione insanabile . . . . .	106
5. L'epoca della risoluzione: l'astrazione del diritto e l'astrazione dello Stato . . . . .	112
6. La struttura contraddittoria della soggettività egualitaria . . . . .	119

	<i>pag.</i>
7. La parzialità delle forme giuridiche e la distinzione fra pubblico e privato . . . . .	125
8. La forma della dialettica fra eguaglianza e diseguaglianza e il problema storico dello Stato: dal soggetto-Stato allo Stato-soggetto . . . . .	130
9. Per una critica delle teorie dello Stato . . . . .	134
10. Il principio della soggettività: l'epoca della dispersione . . . . .	138

### Capitolo III

#### POTERE NORMATIVO E SOCIETÀ DI MASSA

1. Le trasformazioni della legge: ipotesi interpretative del fenomeno . . . . .	141
2. La funzione della legge nell'esperienza dello Stato sociale: il governo della « eccezionalità » e la garanzia dell'eguaglianza . . . . .	144
3. <i>Forma della legge</i> e legittimazione del potere di governo della società e dell'intervento nell'economia: le nuove forme di <i>consenso sociale</i> . . . . .	149
4. La centralità del <i>procedimento legislativo</i> e le tendenze alla procedimentalizzazione come risposta alla emergenza economica e politica . . . . .	153
5. Inadeguatezza e ambiguità della tecnica della procedimentalizzazione: la <i>pluralizzazione della soggettività sociale</i> . . . . .	155
6. Le risposte alla crisi della « legge »; <i>riduzione o allargamento della democrazia</i> . . . . .	159
7. Le contraddizioni della moderna società di massa: <i>espropriazione e soggettività</i> . . . . .	163

### Capitolo IV

#### IMMAGINI DELL'UOMO E TECNICHE GIURIDICHE

1. L'ostilità verso la pluralità dei soggetti: un'ipotesi antropologica . . . . .	171
2. Il conflitto mimetico e il circolo vizioso della vendetta: dal sacrificio dell'innocente all'amministrazione della giustizia . . . . .	174
3. Il processo di « civilizzazione » nelle teorie dello Stato e del diritto: l'invenzione della razionalità . . . . .	177
4. I modelli di razionalità e l'immagine dell'uomo: <i>ratio politica, ratio giuridica e ratio tecnologica</i> . . . . .	182
5. Lo sviluppo dell'astrazione dello Stato (e del diritto) e l'organizzazione capitalistica del lavoro . . . . .	185
6. Negazione del soggetto e perdita del centro: verso la critica dell'identità possessiva . . . . .	191
<i>Come conclusione</i> . . . . .	197

**UNIVERSITÀ DI FIRENZE**  
CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

**PUBBLICAZIONI**

**QUADERNI FIORENTINI**

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8° p. 1200

Vol. 13 (1984) (in preparazione)

**BIBLIOTECA**

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

**1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**

Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972

Atti, a cura di Paolo Grossi

(1973), 8°, p. 484

**2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS**

Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna

(1974), 8°, p. 399

**3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO**

Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico

Vol. I: Da Hobbes a Bentham

(1974), 8°, p. XIII-414

- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO  
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »  
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria  
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
con particolare riguardo alla Germania  
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco  
Vol. I (1980), 8°, p. 560  
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO  
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE  
Trad. di Alessandra Maccioni  
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO  
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)  
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari  
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECULARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO  
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher  
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE  
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983  
A cura di Paolo Grossi  
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio  
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »  
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann  
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME  
(1984), 8°, p. IV-204







**L. 12.000** I.V.A. inclusa

---

0302-17

**[ISBN 88-14-00128-6]**

